

Propuestas de Política Pública

Ignacio Valenzuela Nieto

La prohibición a los fines de lucro y propuestas de gobierno para las universidades chilenas

Propuestas de Política Pública

N° 9 / Mayo 2015

La serie *Propuestas de Política Pública* es editada en formato digital por el Centro de Estudios Públicos (CEP). El director y representante legal del CEP es Harald Beyer Burgos. Dirección: Monseñor Sótero Sanz 162, Providencia, Santiago de Chile. Fono: 2 2328 2400. Fax: 2 2328 2440. Sitio web: www.cepchile.cl. Email: escribanos@cepchile.cl.

Cada artículo es responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente la opinión del CEP. Esta institución es una fundación de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objetivo es el análisis y difusión de los valores, principios e instituciones que sirven de base a una sociedad libre.

Edición gráfica: David Parra Arias.

La prohibición a los fines de lucro y propuestas de gobierno para las universidades chilenas

Ignacio Valenzuela Nieto

Abogado, Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente cursa un LL.M. en la Universidad de Columbia, Nueva York.

Agradezco los valiosos comentarios de Harald Beyer, Claudia Allende y Peter Swords. Los errores que pueda contener este trabajo son de mi exclusiva responsabilidad.

Síntesis

La legislación actual obliga a las universidades chilenas a constituirse como personas jurídicas sin fines de lucro. En este artículo se analiza, en primer lugar, la lógica que justifica dicha normativa y su eventual necesidad o conveniencia para mejorar la calidad de la educación superior en Chile. A continuación, se identifica la falta de regulación sobre transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas como un vacío que permite la existencia de potenciales abusos en violación del espíritu de la ley. Considerando que dichas transacciones han sido, sin embargo, fundamentales para el desarrollo de las universidades chilenas durante los últimos años, se plantea que su regulación parece ser una solución más eficiente que su prohibición. Luego se proponen ciertos principios para regular los conflictos de interés que pueden afectar a las universidades, inspirados en la regulación chilena de las sociedades anónimas y la experiencia internacional. Finalmente, dichos principios se complementan con propuestas para una regulación de los deberes fiduciarios de quienes sirven en directorios universitarios, apuntando a promover una mayor transparencia en el funcionamiento de las universidades y, al mismo tiempo, incentivar la participación de personas talentosas y experimentadas en la administración de esas instituciones.

I. Introducción: Marco legal existente y contexto actual

Desde 1981, la ley obliga a las universidades chilenas a constituirse como instituciones sin fines de lucro. El artículo 15 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de Educación, publicado en enero de 1981, establecía que “podrán crearse universidades, las que deberán constituirse como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro.”¹ Esta condición fue replicada en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (“LOCE”), publicada en marzo de 1990,² y es el principio que impera en la actualidad.

En el último tiempo, la calidad de la educación impartida en Chile y, en particular, la que entregan las universidades, ha sido motivo de preocupación para el gobierno, organizaciones no gubernamentales relacionadas con la educación y la sociedad chilena en general. El debate se ha centrado en la conveniencia de que el gobierno procure una educación superior gratuita a las personas interesadas en seguir estudios universitarios, el sistema de admisión que debería implementarse para determinar la universidad de destino de los postulantes y si se justifica el requerimiento de que las universidades se constituyan como instituciones sin fines de lucro en el contexto actual.

Durante el gobierno del Presidente Sebastián Piñera, tres emblemáticos proyectos de ley relacionados a la educación superior fueron enviados al Congreso. Uno de ellos se refería al financiamiento de la educación superior, el segundo promovía la creación de una Agencia Nacional de Acreditación y un tercero proponía la creación de una Superintendencia de Educación Superior.

¹ Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Educación Pública del 3 de enero de 1981, “Fija normas sobre universidades”, República de Chile.

² Ver Ley N° 18.962 del 10 de marzo de 1990, “Ley orgánica constitucional de enseñanza”, República de Chile.

Esta última estaría encargada, entre otras tareas, de monitorear las actividades de las universidades y de hacer cumplir las restricciones establecidas en la ley. Todos estos proyectos fueron retirados por la Presidenta Michelle Bachelet durante los primeros días de su segundo mandato. Las razones comunicadas fueron que las propuestas contradecían los principios de la reforma educativa que el nuevo gobierno pretendía implementar.³

Chile enfrenta un momento en que el destino de su educación superior ha sido puesto en el centro del debate público. En ese contexto, este artículo aporta algunas reflexiones sobre la prohibición a los fines de lucro de las universidades chilenas y propone formas eficientes de aplicarla, de una manera que contribuya al desarrollo de tales instituciones y promueva una mejor calidad de la educación que éstas entregan a sus estudiantes.

II. El desarrollo de la educación superior en Chile en el período 1980-2014

Un breve recuento del desarrollo del sistema de educación superior en Chile antes y después de 1981, año de publicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de Educación, constituye una valiosa guía para comprender el contexto en el que se ha ido diseñando la legislación sobre la educación superior en el país. Además, permite entender los efectos de dicha legislación frente a un escenario de creciente demanda por programas en ese nivel de estudio.

Antes de 1981 existían ocho universidades en Chile, de las cuales dos eran estatales y seis eran privadas. En el período anterior al gobierno militar, todas ellas fueron gratuitas. La educación superior en Chile era concebida como una responsabilidad pública, asumida por el Estado en cuanto a su financiamiento y por las mismas instituciones de educación superior en su regulación. Debido a la existencia de un financiamiento público garantizado en un contexto de autorregulación, el ordenamiento se denominaba de “autonomía privilegiada”. En este sistema, las universidades chilenas, tanto públicas como privadas, actuaban con una perspectiva de carácter público.⁴ Con la normativa de 1981 se autorizó la creación de universidades privadas y, en cuerpos legales paralelos, se regularon nuevas instituciones de educación superior no universitarias. Estos eran los institutos profesionales y los centros de formación técnica, los que, como se verá más adelante, estaban impedidos de otorgar títulos reservados a las universidades. A diferencia de estas últimas, los

³ Álvaro Elizalde, Ministro Secretario General de Gobierno de la Presidenta Bachelet, explicó en una conferencia de prensa realizada el 24 de marzo de 2014 (a sólo trece días de haber asumido el nuevo gobierno) que, entre otros motivos, los proyectos de ley referidos habían sido retirados porque “contradicen los principios y pilares de la reforma educativa propuesta por la Presidenta Bachelet (...), porque establecen estándares regulatorios insuficientes para mejorar la calidad de la educación en nuestro país; y (...) porque están concebidos bajo esta visión de que la educación es un bien de consumo y no un derecho social.” “Gobierno anuncia suspensión de tres proyectos de educación enviados por Piñera al Congreso”, *El Mercurio*, 24 de marzo de 2014:

<http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/03/24/651512/gobierno-anuncia-eliminacion-de-tres-proyectos-de-educacion-enviados-por-pinera-al-congreso.html> (accedida el 3 de abril de 2015).

⁴ Ver André Bernasconi & Fernando Rojas, *Informe sobre la educación superior en Chile: 1980-2003*, (Santiago: Editorial Universitaria, 2004), 29.

institutos profesionales y centros de formación técnica no fueron sometidos al requisito de constituirse como personas jurídicas sin fines de lucro.⁵

Durante los años siguientes a 1981, y a pesar del ingreso de nuevos actores privados, la cobertura de las universidades existentes era baja; situación que, incluso en 1990, permanecía inalterada. En dicho año, la matrícula de educación superior para pregrado era de aproximadamente 245.600 estudiantes (de los cuales aproximadamente el 52 por ciento se encontraba matriculado en universidades),⁶ con una población de entre 18 y 24 años de edad de aproximadamente 1.737.000 jóvenes.⁷ Estos datos dan cuenta de una tasa de cobertura bruta⁸ aproximada de un 14 por ciento. En 1990, alrededor del 85 por ciento de los estudiantes que cursaban sus estudios de pregrado en universidades estaban inscritos en universidades que formaban parte del Consejo de Rectores de Universidades Chilenas (CRUCH).^{9 10}

Tras la salida del gobierno militar en 1990, los gobiernos democráticos que le sucedieron se encontraron con un bajo gasto público en educación y necesidades relevantes en la educación escolar. La baja cobertura de la educación secundaria fue motivo de especial preocupación. Como consecuencia de lo anterior, los gobiernos democráticos posteriores a 1990 reasignaron los fondos públicos destinados a educación, lo que produjo una caída considerable del gasto público relativo en educación superior.

Desde comienzos de los años noventa, en parte debido a los buenos resultados de la economía chilena, se produjo una creciente demanda por programas de educación superior.

Los siguientes gráficos muestran el incremento de la cobertura bruta correspondiente a pregrado y la caída del gasto público directo en educación superior en Chile, como porcentaje de su PIB, durante el período 1990-2012. El gasto público directo es aquel que, en general, se destina exclusivamente a instituciones del CRUCH.¹¹

⁵ Ver Decreto con Fuerza de Ley N° 5 del Ministerio de Educación Pública del 16 de febrero de 1981, “Fija normas sobre institutos profesionales”, República de Chile; y Decreto con Fuerza de Ley N° 24 del Ministerio de Educación Pública del 16 de abril de 1981, “Fija normas sobre centros de formación técnica”, República de Chile.

⁶ Servicio de Información de Educación Superior de Chile, “Evolución de la matrícula de pregrado por tipo de institución 1983-2013”: <http://www.mifuturo.cl/index.php/estudios/estructura-compendio>

⁷ Instituto Nacional de Estadísticas de Chile, “Chile proyecciones y estimaciones de población. Total país 1950-2050”: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/proyecciones/Informes/MicrosoftWordInforP_T.pdf

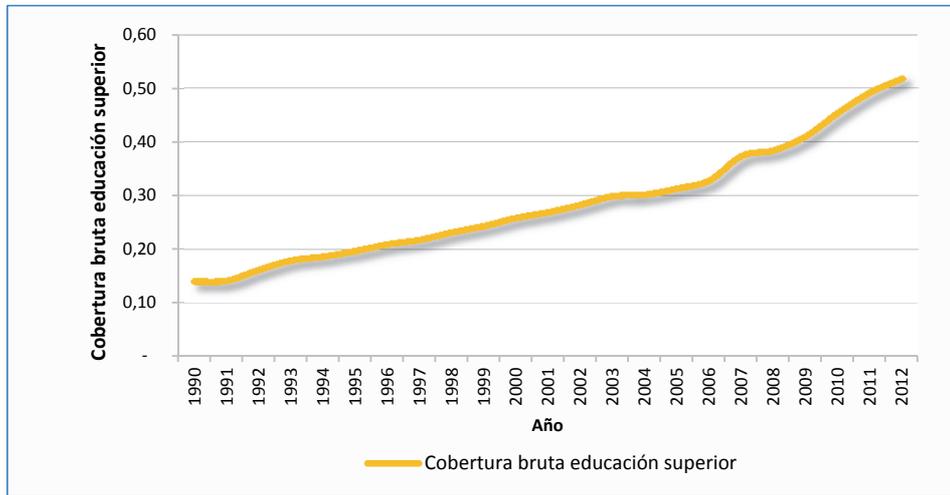
⁸ La tasa de cobertura bruta se define para estos efectos como el total de personas en la educación superior como porcentaje del total de personas entre 18 y 24 años de edad.

⁹ El CRUCH es una entidad creada en 1954 que reúne a todas las universidades estatales y privadas existentes antes de 1981. Hoy, todas esas universidades y aquellas que se forman a partir de ellas con posterioridad a 1981 están agrupadas en el CRUCH. En abril de 2015, veinticinco universidades eran miembros del CRUCH.

¹⁰ Servicio de Información de Educación Superior, “Evolución de la matrícula”.

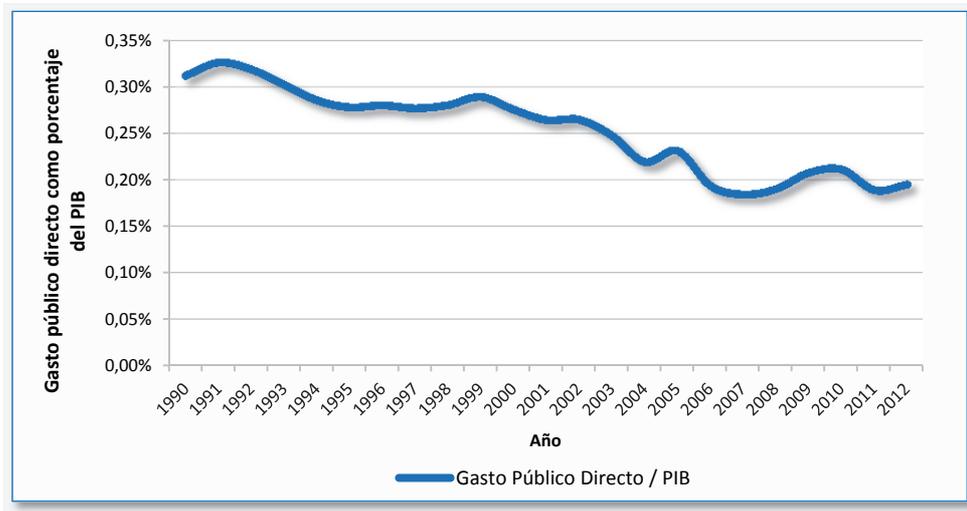
¹¹ El año 2006 el financiamiento institucional se abrió acotadamente a instituciones no pertenecientes al CRUCH, con Mecosup 2, y luego en 2011 con el fondo de desarrollo institucional.

Gráfico 1: Cobertura bruta en educación superior en Chile para el período 1990-2012 (sólo considera pregrado)



Fuente: Elaboración propia en base a datos del Servicio de Información de Educación Superior y el Instituto Nacional de Estadísticas.

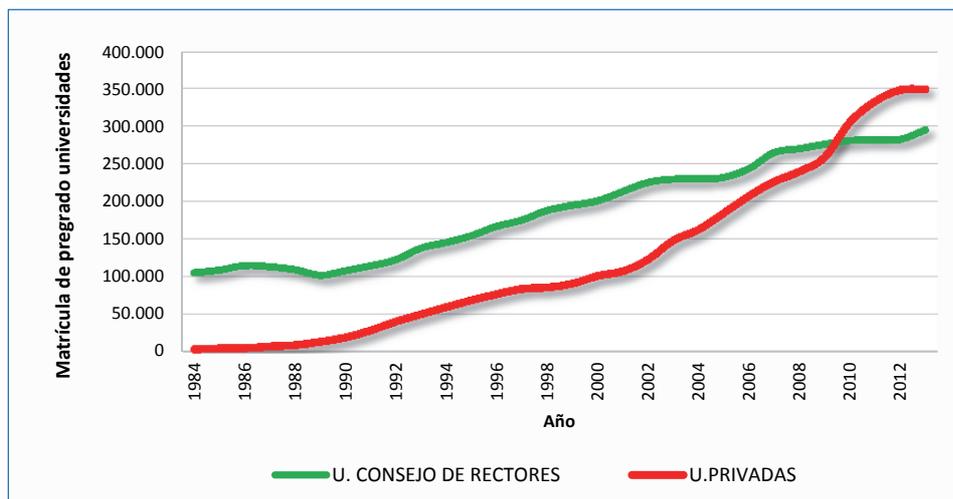
Gráfico 2: Gasto público directo en educación superior en Chile, como porcentaje del PIB, para el período 1990-2012



Fuente: Dirección de Presupuesto.

La disminución a lo largo de los años del gasto público directo relativo en educación superior y una cobertura creciente, sugieren que la iniciativa privada ha sido uno de los pilares que ha permitido el crecimiento de dicha cobertura.

El siguiente gráfico muestra el incremento comparativo de la matrícula de pregrado de las universidades pertenecientes al CRUCH y las universidades privadas a partir de 1984.

Gráfico 3: Evolución de la matrícula de pregrado en las universidades que forman parte del CRUCH y en las universidades privadas para el periodo 1984-2013

Fuente: Servicio de Información de Educación Superior.

Las universidades privadas han crecido de manera exponencial en los últimos veinticinco años y su rol sigue siendo extremadamente relevante para la educación de estudiantes provenientes de familias de diversos niveles socioeconómicos. Según datos del Ministerio de Educación, en 2014 existían sesenta universidades en el país, de las cuales treinta y cinco eran privadas.¹² El número total de estudiantes de educación superior en pregrado para el mismo año ascendía a 1.144.605 (de los cuales 645.439, equivalentes a un 56 por ciento, correspondían a universidades),¹³ respecto de una población de entre 18 y 24 años de edad de aproximadamente 2.043.000 jóvenes.¹⁴ Estos datos dan cuenta de una tasa de cobertura bruta aproximada de un 56 por ciento.¹⁵ En 2014, aproximadamente un 47 por ciento de los estudiantes universitarios de pregrado se encontraba matriculado en universidades del CRUCH, y el 53 por ciento restante, en universidades privadas.¹⁶ Estas cifras son un valioso antecedente para comprender los profundos cambios que ha experi-

¹² Ministerio de Educación de Chile, “Becas y créditos 2015”:

http://www.mineduc.cl/usuarios/becasycreditos/doc/201411181621000.insertoBYC_2015VF.pdf

¹³ Servicio de Información de Educación Superior de Chile, “Informe matrícula 2014”, 17 de septiembre de 2014:

<http://www.mifuturo.cl/index.php/informes-sies/matriculados>

¹⁴ Instituto Nacional de Estadísticas, “Chile proyecciones y estimaciones”.

¹⁵ De acuerdo a un informe del Ministerio de Educación, para el año 2014, la cobertura

bruta total de la educación superior (considerando pregrado y postgrado) fue de 60%, mientras que la cobertura neta fue de 39%, ambas respecto de la población de 18 a 24 años. La tasa de cobertura bruta se define para estos efectos de la misma manera que la indicada en la nota 8. La tasa de cobertura neta se define para estos efectos como el porcentaje de personas en educación superior entre 18 y 24 años sobre el total de personas del mismo rango de edad. Ver Servicio de Información de Educación Superior de Chile, “Panorama de la educación superior en Chile 2014”, http://www.mifuturo.cl/images/Estudios/Estudios_SIES_DIVESUP/panorama_de_la_educacion_superior_2014_sies.pdf

¹⁶ Servicio de Información de Educación Superior, “Informe matrícula 2014”.

mentado la educación superior en Chile en los últimos veinticinco años. En este contexto de transformaciones significativas no resulta sorprendente que hayan surgido problemas y debido enfrentarse nuevos desafíos.

III. La LOCE y la prohibición de los fines de lucro

El requisito de que las universidades chilenas deban ser constituidas como instituciones sin fines de lucro se funda, probablemente, en la creencia de que existe una tensión natural entre el propósito de desarrollar investigación científica avanzada, por un lado, y la expectativa de obtener beneficios pecuniarios, por el otro. De esa manera se explica que la prohibición a los fines de lucro fuera sólo aplicada a las universidades y no a las demás instituciones de educación superior. Después de la publicación del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de Educación de 1981, la LOCE reafirmó esta consideración.

El 10 de marzo de 1990, un día antes de que el gobierno militar entregara el mando de la nación al nuevo gobierno del Presidente Patricio Aylwin, se promulgó la LOCE. Esta ley introdujo un nuevo sistema de supervisión de las universidades privadas, basado en la acreditación entregada por un Consejo Superior de Educación, organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio.¹⁷ De acuerdo al artículo 29 de la LOCE, el Estado reconocería oficialmente como instituciones de educación superior a las universidades, los institutos profesionales, los centros de formación técnica y otros centros de enseñanza especializada vinculados a la defensa nacional y el orden público, dependientes de instituciones del Estado, como las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile.

En dos aspectos relevantes la LOCE replicaba lo que establecía la norma de 1981. En primer lugar, el artículo 30 de dicha ley establecía que las universidades chilenas debían constituirse como corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro. Ese artículo también hacía referencia a los institutos profesionales y centros de formación técnica, los que, tal como ocurrió en 1981, quedaron libres del requisito impuesto a las universidades.¹⁸ La distinción hecha por el legislador en 1981 y luego replicada en

¹⁷ Ver Bernasconi & Rojas, *Informe sobre Educación Superior*, 34.

¹⁸ El artículo 30 de la LOCE, en su parte relevante, establecía lo siguiente: “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. Los institutos profesionales y centros de formación técnica de carácter privado podrán ser creados por cualquier persona natural o jurídica en conformidad a esta ley, debiendo organizarse siempre como personas jurídicas de derecho privado para el efecto de tener reconocimiento oficial. Estas entidades no podrán tener otro objeto que la creación, organización y mantención de un instituto profesional o un centro de formación técnica, según el caso; todo ello sin perjuicio de la realización de otras actividades que contribuyan a la consecución de su objeto.” Ley N° 18.962 de 1990. Debe notarse que, a diferencia del artículo 15 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Educación de 1981, el que requería que las universidades se constituyeran como *personas jurídicas de derecho privado* sin fines de lucro (pudiendo de conformidad a la ley ser corporaciones o fundaciones); la LOCE requiere, respecto de las universidades que no se creen por ley a partir de su entrada en vigencia, que éstas se constituyan como *corporaciones de derecho privado*, sin fines de lucro (énfasis agregado). Ver Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Educación de 1981 y Ley N° 18.962 de 1990. Así, las universidades en Chile

1990 (esta vez posiblemente elaborada bajo importantes presiones de tiempo, considerando que la LOCE fue promulgada el último día del gobierno imperante) ha llevado a sostener que se estaba pensando en que las universidades seguirían el patrón de emprender activamente en labores de investigación, como las universidades más tradicionales de Estados Unidos. En ese esquema, la labor central de formación de los futuros profesionales quedaba entregada a los institutos profesionales, mientras que la formación de los futuros técnicos correspondería a los centros de formación técnica. Por ello, a inicios de los años ochenta y noventa, es probable que se haya considerado que una forma de asegurar el cumplimiento del objetivo de tener universidades con altos niveles de investigación era requerir que éstas fueran constituidas como instituciones sin fines de lucro.

En segundo lugar, la LOCE siguió el patrón de la norma precedente al establecer que el otorgamiento del título profesional de determinadas profesiones se reservaría para las universidades (todos aquellos títulos profesionales que, de acuerdo al artículo 52 de la LOCE requieren que previamente la persona haya obtenido el grado académico de licenciado; entre ellos, abogado (cuyo título lo otorga la Corte Suprema de Justicia), arquitecto, ingeniero civil y comercial, médico cirujano y profesor).¹⁹ En la práctica, esta exclusividad atentó contra la capacidad de las universidades para centrarse en la investigación, requiriéndoles que se hicieran cargo de satisfacer la demanda de los títulos que les fueron reservados y entregándoles incentivos para desviar sus recursos hacia la formación de profesionales universitarios.²⁰

Considerando las aspiraciones que los redactores de la norma de 1981 y la LOCE tenían en mente, es importante reconocer que la idea de que era improbable que instituciones con fines de lucro se abocaran a actividades de investigación era adecuada. Según Beyer,

pueden estar constituidas como fundaciones o corporaciones. Para las propuestas aquí contenidas no resulta especialmente relevante si las universidades han sido constituidas como una fundación o una corporación.

¹⁹ El artículo 31 de la LOCE, en su sección relevante, establecía lo siguiente: “corresponderá exclusivamente a las universidades otorgar títulos profesionales respecto de los cuales la ley requiere haber obtenido previamente el grado de licenciado en las carreras que impartan.” El artículo 52 de la LOCE, por su parte, presentaba una lista exhaustiva de esos títulos profesionales. El cuerpo legal de 1981 reservaba el otorgamiento de doce títulos a las universidades; en la LOCE eran quince los títulos reservados a las universidades y, en la actualidad, de conformidad al Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Educación (“Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005”), publicado en el Diario Oficial con fecha 2 de julio de 2010, son dieciocho los títulos reservados a las universidades. Ver Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Educación del 2 de julio de 2010, “Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005”, República de Chile.

²⁰ Es interesante notar que el artículo 2 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Educación de 1981 establece lo siguiente: “corresponde especialmente a las universidades: a) *Promover la investigación, creación, preservación y transmisión del saber universal y el cultivo de las artes y de las letras*; b) Contribuir al desarrollo espiritual y cultural del país, de acuerdo con los valores de su tradición histórica; c) Formar graduados y profesionales idóneos, con la capacidad y conocimientos necesarios para el ejercicio de sus respectivas actividades; d) Otorgar grados académicos y títulos profesionales reconocidos por el Estado, y e) En general, *realizar las funciones de docencia, investigación y extensión que son propias de la tarea universitaria*” (énfasis agregado). Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Educación de 1981. Se desprende de lo anterior que la realización de actividades de investigación forma parte de lo que la ley entiende como constitutivo de una universidad.

es importante reconocer que en el nivel terciario es casi imposible que una institución con fines de lucro sea una universidad compleja; es decir, una donde existe investigación de alto nivel y se desempeña un número elevado de docentes que no sólo hacen clases sino que investigan en asuntos de su especialidad. Las únicas instituciones de estas características son estatales o privadas sin fines de lucro. Esta realidad obedece básicamente a que crear una universidad compleja requiere de muchos recursos que sólo son posibles de obtener del erario público o de donaciones privadas. Precisamente es ese costo el que explica por qué sólo una pequeña proporción de las instituciones de educación superior en las más diversas latitudes realiza investigación avanzada.²¹

En efecto, *The Carnegie Classification of Institutions of Higher Education*, estudio periódico que apunta a describir la diversidad institucional de la educación superior en Estados Unidos, revela que en ese país, en 2010, sólo un 6,3 por ciento de las instituciones de educación superior, que representan cerca de un 28 por ciento de la matrícula total del sistema, son caracterizadas como universidades de investigación. De las universidades consideradas como instituciones con muy alta actividad de investigación, 68 por ciento eran públicas y 32 por ciento eran privadas sin fines de lucro, mientras que de aquellas consideradas con alta actividad de investigación, 75 por ciento eran públicas y 25 por ciento eran privadas sin fines de lucro. En estas categorías no había una sola universidad privada con fines de lucro.²² Estos antecedentes sugieren que en sistemas universitarios masivos sólo un pequeño porcentaje de las universidades son instituciones complejas con un nivel avanzado de investigación y programas de doctorado. Dichas universidades reciben una parte importante de su financiamiento de donaciones privadas.

En Latinoamérica, el panorama de la diversidad de la educación superior no es distinto. Sobre un total de aproximadamente 3.530 universidades, cerca de cincuenta universidades pueden ser caracterizadas como universidades “de investigación” o “con investigación”, y otras 130 como universidades “emergentes en la investigación”.²³ Así las cosas, en conjunto, sólo cerca de un 5,1 por ciento del total de las universidades de la región posee alguna producción relativamente continua de trabajos de investigación.

Considerando estos antecedentes y la falta de donaciones privadas que históricamente han sufrido las universidades chilenas, es posible comprender que el supuesto de los legisladores a principios de los años ochenta y noventa, en cuanto a que la generalidad de las universidades se abocaría a la investigación, era muy difícil de ser llevado a la práctica. Más aún, la exclusividad que reci-

²¹ Harald Beyer, “La discusión sobre el lucro: ¿acento correcto?”, revista *Capital*, 18 de octubre de 2011: <http://www.brunner.cl/?p=2235> (accedida el 11 de abril de 2015).

²² The Carnegie Classification of Institutions of Higher Education: <http://carnegieclassifications.iu.edu/summary/basic.php> (accedida el 5 de abril de 2015).

²³ Ver José Joaquín Brunner & Cristóbal Villalobos, *Políticas de educación superior en Iberoamérica, 2009-2013* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014), 27-29. Los datos aquí presentados han sido adaptados a partir de aquellos indicados en el referido trabajo. La caracterización se ha realizado en base al número total de documentos publicados por cada universidad en revistas académicas indizadas en Scopus entre los años 2008 y 2012. Se consideran como universidades “de investigación” aquellas con 5.000 o más publicaciones, como universidades “con investigación” aquellas con 2.500 a 4.999 publicaciones, y como universidades “emergentes en la investigación” aquellas con 500 a 2.499 publicaciones, todas durante el período señalado.

bieron las universidades para otorgar determinados títulos derivó en que, al menos en cierta medida, abandonaran su aspiración investigadora y destinaran sus recursos a actividades de docencia. En efecto, según la misma caracterización referida para las universidades latinoamericanas, en Chile, de un total de sesenta universidades existentes, sólo tres son caracterizadas como universidades “de investigación” o “con investigación”, y otras trece como universidades “emergentes en la investigación.”²⁴

Estas consideraciones plantean dudas sobre qué tan apropiada resulta la prohibición de los fines de lucro para todas las universidades chilenas; más aún cuando muchas de ellas prácticamente no realizan actividades de investigación. Resulta propicio preguntarse si esa imposición tiene sentido en la actualidad. Pese a que la creencia de los años ochenta y noventa de que una generalidad de las universidades se dedicaría a la investigación probó ser inadecuada, existen todavía otras razones que podrían justificar una prohibición de los fines de lucro en el contexto de la educación superior. Éstas se describen en la siguiente sección.

Sólo podemos especular sobre de qué manera y en qué cantidad se habrían desarrollado las universidades chilenas con posterioridad a 1990 si la ley no les hubiera requerido constituirse como instituciones sin fines de lucro y no les hubiera otorgado exclusividad para impartir ciertos programas de estudio. De cualquier forma, esas restricciones y visiones condicionaron la forma en que las universidades chilenas administraron sus recursos y reaccionaron ante una creciente demanda de los títulos que les fueron reservados.

IV. Educación con o sin fines de lucro: un problema de señales

Muchos académicos han intentado aportar al debate sobre la prohibición de los fines de lucro en las universidades chilenas, entregando consideraciones sobre si esa prohibición contribuye o no a mejorar la educación superior en el país.

Antes de establecer conclusiones al respecto, es necesario comprender en qué consiste la prohibición de los fines de lucro. Como ocurre con las demás instituciones sin fines de lucro, la prohibición no implica que las universidades tengan prohibida la generación de utilidades. En efecto, éstas necesitan dichos excedentes para remunerar a sus profesores y administrativos, mantener su infraestructura, ampliar su oferta de carreras, y, en términos generales, realizar las actividades rutinarias propias de su giro. La posibilidad de que las personas jurídicas sin fines de lucro (esto es, las asociaciones o corporaciones de derecho privado y las fundaciones) obtengan utilidades está contemplada en el artículo 557-2 del Código Civil, el que dispone que

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.²⁵

²⁴ *Ibidem*, 27.

²⁵ Código Civil de Chile, artículo 557-2.

Por lo anterior, lo que la legislación chilena prohíbe a las personas jurídicas sin fines de lucro no es la obtención de utilidades. La regulación apunta al destino de los excedentes obtenidos. Lo que se prohíbe, en definitiva, es la distribución de los excedentes generados por la institución a las personas o entidades que tienen participación en ella o el retiro de los excedentes por estas últimas. Particularmente, lo que se considera como lucro sancionable en el contexto de las universidades chilenas es el retiro de excedentes obtenidos de las actividades universitarias y cuyo destino sean los controladores y miembros de las universidades,^{26 27} u otras personas con cargos directivos o administrativos (que no sean remuneración de sus servicios o reembolso de gastos). Estas consideraciones plantean importantes interrogantes: ¿por qué preferimos que las universidades se constituyan como instituciones sin fines de lucro?, ¿contribuye esa exigencia a que sus estudiantes reciban una mejor educación? En el contexto actual, los siguientes argumentos ayudan a entender la lógica de la prohibición al lucro o, más propiamente, a la distribución o retiro de excedentes, impuesta sobre las universidades y sus miembros.

1. *Asimetrías de información.* La educación es un bien cuya calidad sólo puede ser medida en el largo plazo. Mientras mayor sea el tiempo que pase entre la época en que una persona comienza a trabajar como profesional y la época en que su desempeño profesional es medido, mejor y más certera será la noción que tendrá la sociedad acerca de lo apropiadas que fueron las herramientas que recibió dicha persona cuando era estudiante. Más aún, las universidades saben mucho mejor que los estudiantes cuánto cuesta su educación y cuánto está gastando la universidad en cada alumno, por cada carrera que ofrece. Existe entonces lo que en economía se llama “asimetrías de información”. Ello significa que una de las partes, en este caso, la universidad, cuando hace públicas sus pretensiones y ofertas, dispone sustancialmente de más información que la otra, el estudiante, a la hora en que éste debe decidir si es o no una buena inversión pagar el monto que se le pide a cambio de la educación ofrecida. Una de las más importantes asimetrías radica en el hecho de que los educadores saben más que los estudiantes acerca de lo que estos últimos necesitan. Así, la relación entre un estudiante (y la persona que lo sostiene financieramente, si corresponde) y la universidad donde estudia es una relación de confianza. Imponer a las universidades una prohibición al reparto de excedentes otorga robustas señales a los estudiantes de que su proveedor educacional no tiene incentivos para desviar recursos de su educación. Las únicas limitaciones serán, naturalmente, la necesidad de cubrir gastos razonables y la inversión requerida para el crecimiento global de la universidad (lo que, ciertamente, puede ser también beneficioso para el estudiante).

²⁶ Ver Carlos Williamson, “Universidad y lucro”, *Estudios Públicos* 128 (2012): 149-150.

²⁷ Para efectos de este trabajo, el término “controlador” o “controladores” debe entenderse haciendo referencia a las personas o entidades que dispongan, de manera última, de los destinos de una universidad, o que ejerzan una influencia relevante en la institución. Lo anterior incluye, pero no está limitado a, quienes han realizado aportes significativos por vía de capital o deuda en la institución y quienes designen, por vía directa o indirecta, a uno o más integrantes del directorio u órgano de administración superior de la institución. “Miembros” de las universidades, por su parte, debe entenderse para estos efectos de manera amplia, incluyendo tanto a los miembros de las corporaciones universitarias como a los fundadores u organizadores de las universidades constituidas como una fundación, cualquiera que sea su denominación.

2. *Desarrollo de investigación.* Las asimetrías de información no son la única justificación para la prohibición al retiro de excedentes. Las universidades pueden concebirse como una de las pocas instituciones humanas donde hay un espacio para lo desconocido, lo no imaginado y aquello para lo que el mercado aún no ha puesto precio. Son las universidades el hogar de quienes buscan respuestas a los asuntos más trascendentes de la vida en sociedad y el mundo que nos rodea, las que pueden perfectamente no llegar (a lo menos, en el corto o mediano plazo). En las universidades reside la esperanza para la cura de las enfermedades, ideas sobre tecnologías más sustentables, nociones sobre los alcances del universo inexplorado, y, en términos generales, esfuerzos por superar los límites del conocimiento y aportar a un mejor futuro para la humanidad. Pero esa empresa es costosa y puede que no entregue resultados útiles en los plazos esperados. Es posible que prohibir el retiro de excedentes sea una forma de asegurar que las personas dispuestas a buscar las respuestas requeridas tengan, de acuerdo a las circunstancias de cada universidad, los recursos y el apoyo que requerirán.²⁸

3. *Desalentadora evidencia de la experiencia pro lucro.* A la luz de la experiencia de países en los que se permite el retiro de excedentes desde las instituciones de educación superior, hay quienes han planteado que la educación superior con fines de lucro no es necesariamente un buen camino a seguir. Estudios en los que éstos se han basado muestran que las universidades con fines de lucro en Estados Unidos son generalmente más costosas y entregan educación de peor calidad que universidades comparables de naturaleza pública y sin fines de lucro. Asimismo, sus titulados tienen una mayor propensión al desempleo y tienen mayores niveles de endeudamiento que sus pares que asisten a universidades públicas y sin fines de lucro.²⁹ En

²⁸ Es preciso señalar que la prohibición a los fines de lucro, por sí sola, no asegura que las universidades desarrollarán investigación. Como se ha mencionado, las actividades de investigación pueden ser muy onerosas y son pocas las universidades capaces de obtener los fondos requeridos para llevar adelante ese cometido al más alto nivel. Adicionalmente, en general, la experiencia en los países desarrollados muestra que las universidades que desarrollan muchas actividades de investigación tienen menos estudiantes que sus pares que no han tomado esa opción (o a lo menos, no con la misma intensidad), y, ciertamente, muchos menos estudiantes que las universidades chilenas, especialmente en pregrado. Por ejemplo, en 2014, la matrícula de la Universidad de Columbia era de aproximadamente 8.600 alumnos en programas de pregrado y 18.900 en programas de postgrado y escuelas profesionales; en Harvard, era de aproximadamente 6.700 alumnos en programas de pregrado y 14.500 en programas de postgrado y escuelas profesionales; y en Yale, era de aproximadamente 5.400 alumnos en programas de pregrado y 6.500 en programas de postgrado y escuelas profesionales. Todas estas universidades son privadas y sin fines de lucro y, de acuerdo a The Carnegie Classification of Institutions of Higher Education, todas son caracterizadas como universidades de investigación del más alto nivel. Estas cifras contrastan con los aproximadamente 30.900 estudiantes de pregrado y 8.000 estudiantes de postgrado matriculados en la Universidad de Chile (2013), los aproximadamente 22.700 estudiantes de pregrado y 4.700 estudiantes de postgrado matriculados en la Pontificia Universidad Católica de Chile (2014), y los aproximadamente 34.500 alumnos de pregrado y 4.100 estudiantes de postgrado matriculados en la Universidad Nacional Andrés Bello (2013) (todos los datos sobre matrícula han sido obtenidos de los sitios web de las respectivas universidades, el 15 de febrero de 2015). Es probable que una reasignación de recursos en las universidades chilenas para orientarlas más a la investigación (trasladando profesores y fondos desde la docencia hacia esas actividades) tendría efectos sustanciales en su financiamiento particular y en la oferta colectiva de programas de educación superior, a nivel nacional.

²⁹ Ver Arturo Fontaine, "Lucro, universidad y filantropía", *Estudios Públicos* 128 (2012): 157.

ese mismo país, ha sido frecuente que universidades con fines de lucro sean investigadas por fraude, publicidad engañosa y uso de métodos prohibidos de reclutamiento de alumnos.³⁰ En esa misma línea, un reporte de un comité del Congreso de Estados Unidos publicado en 2012, reveló que instituciones de educación superior con fines de lucro en ese país registraron un 64 por ciento de deserción al tiempo que destinaron un 22 por ciento de sus ingresos para marketing, publicidad, reclutamiento y admisiones, y sólo un 18 por ciento de tales ingresos para la enseñanza de sus alumnos.³¹ Respecto de Brasil, país donde también se permiten estas instituciones, hay quienes opinan que la mala calidad de las universidades ha requerido la intervención directa del Estado para controlar la calidad de la enseñanza de un modo centralizado y político. Se ha sostenido que las universidades terminan convertidas en empresas privadas de mala calidad que penden del financiamiento y la regulación del gobierno.³² Sin mayores estudios que avalen las diferencias de calidad entre la educación superior con y sin fines de lucro, sigue siendo claro reconocer que, en el contexto del lucro, las clases saturadas de alumnos pueden ser buenas para los inversionistas, pero ciertamente no para los estudiantes que se empeñan por obtener un título. También puede suceder que las universidades incluyan como parte de sus programas de estudio cursos diferentes (o adicionales) a los que los potenciales estudiantes (consumidores) realmente necesitan.

4. *Eliminación de incentivos para operar en exceso de una capacidad razonable.* Un cumplimiento efectivo de la prohibición de retiro de excedentes remueve incentivos para que las universidades capten más alumnos de los que buenamente pueden educar.

Este objetivo, beneficioso en su formulación para la calidad de la educación entregada, debe ponderarse con la conveniencia efectiva de hacer más selectiva la educación universitaria en cada país. Resulta natural que un acceso universitario más selectivo, en pos de una mejor calidad, implica un sacrificio de la proporción de estudiantes que pueden acceder a la universidad. La experiencia internacional muestra que los países desarrollados tienen sistemas más o menos selectivos de acceso a la universidad, pero ofrecen también otras opciones de acceso a la educación superior. Definir cuál es el equilibrio adecuado entre esas instituciones es una tarea sumamente compleja, y es un tema que, en Chile, debe ser estudiado profundamente en los años venideros. Un sistema equilibrado, por cierto, existirá únicamente en la medida que se hagan esfuerzos reales y se adopten medidas certeras para mejorar la calidad de cada una de las distintas modalidades que existen en Chile para la enseñanza de educación superior.

Con todo, las siguientes son consideraciones que arrojan luces para la búsqueda del referido equilibrio:

- I) En Chile se entrega un gran premio a la educación superior, en general, y universitaria en particular, que incentiva el acceso.

³⁰ *Ibidem*, 166.

³¹ Ver "Special Report Universities", *The Economist*, 28 de marzo de 2015.

³² Ver Arturo Fontaine, "Lucro, universidad y filantropía", 169.

El Cuadro 1, adaptado de una publicación de la OCDE, muestra los ingresos relativos de trabajadores que han obtenido un nivel de educación equivalente al entregado por las universidades en Chile, en algunos países de la OCDE, incluyendo Chile.³³

Cuadro 1: Ingresos relativos de trabajadores que han obtenido un nivel de educación equivalente al entregado por las universidades en Chile, por grupo de edad (2012)
(adultos con ingresos por trabajo; donde educación secundaria completa = 100)

	25-34 años	55-64 años
Alemania	149	227
Australia	121	159
Canadá	133	185
Chile	261	323
Dinamarca	112	142
España	139	160
Estados Unidos	170	180
Francia	145	212
Holanda	137	160
Israel	133	174
Italia	125	167
Japón	144	203
Korea	133	196
Noruega	107	152
Portugal	157	204
Reino Unido	153	170
Suecia	115	158
Promedio OECD	145	191

Fuente: OECD, *Education at a Glance 2014*.

³³ El cuadro considera los ingresos de quienes han completado la educación terciaria tipo A y programas de investigación avanzada. La educación terciaria tipo A es definida por la OCDE como “programas mayoritariamente basados en teoría, diseñados para entregar suficientes calificaciones para ingresar a programas de investigación avanzada y profesiones con altos requerimientos de habilidades, como medicina, odontología o arquitectura. La duración es de por lo menos tres años a tiempo completo, aunque es usualmente cuatro años o más.” Los programas de investigación avanzada, por su parte, son definidos por la OCDE como aquellos que “llevan directamente a la obtención de una calificación de investigación avanzada, por ejemplo, un PhD. La duración teórica de estos programas es de tres años a tiempo completo, en la mayoría de los países (...), aunque su duración efectiva es típicamente más larga. Los programas se dedican a estudios avanzados e investigación original.” Ver OECD, “*Education at a Glance 2014: OECD Indicators*”, 2014, <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2014-en>

El cuadro anterior da cuenta del elevado premio que se otorga a la educación universitaria en Chile en comparación a otros países de la OCDE. De lo anterior se desprende que un mayor acceso a la educación superior ofrece reales posibilidades de mejorar las condiciones de vida de la población y reducir las desigualdades de ingreso de los trabajadores.³⁴ Con todo, aun este ideal es derrotado si la educación entregada no es de una calidad adecuada.

- li) A pesar de los incentivos existentes para completar la educación universitaria, los porcentajes de deserción del sistema son relevantes. En la cohorte de 2008, por ejemplo, cerca de un 25 por ciento de los estudiantes no continuó luego del primer año de estudios (de los cuales aproximadamente la mitad se reintegró al sistema universitario dentro de los tres años siguientes).³⁵ Ello no considera quienes desertaron con posterioridad en sus respectivos programas.³⁶ Lo anterior es demostrativo de que la oferta de cupos para programas universitarios excede de manera considerable la proporción de estudiantes que tiene la disposición o los recursos para culminar dichos programas. Ello, a su vez, sugiere la existencia de importantes ineficiencias en el uso de los recursos vinculados a la educación superior, provenientes del Estado, las instituciones, los alumnos y sus familias. Esta realidad hace imperativo un estudio de las causas de la deserción para que luego se adopten medidas tendientes a mitigarlas.³⁷

Sin perjuicio del progreso que vaya existiendo en la búsqueda de un equilibrio favorable entre las distintas instituciones de educación superior y de las medidas necesarias o convenientes que en su oportunidad sean tomadas para disminuir los porcentajes de deserción del sistema, es razonable adelantar que restricciones al reparto de excedentes (al menos en algunas de las instituciones de educación superior), así como un marco regulatorio que apunte a la existencia de gobiernos transparentes e independientes en las instituciones de educación superior, serán útiles para alinear los intereses de las instituciones con el afán de hacer un uso más eficiente de los recursos existentes. Lo anterior podría verse traducido, por ejemplo, en la disminución de incentivos para ofrecer ca-

³⁴ Ver Beyer, “La discusión sobre el lucro”.

³⁵ Servicio de Información de Educación Superior de Chile, “Deserción & reingreso a educación superior en Chile, análisis de la cohorte 2008”, 2012:
http://www.mifuturo.cl/images/Estudios/Estudios_SIES_DIVESUP/desercion_reingreso_a_educacin_superior.pdf

³⁶ Dispone un informe del Ministerio de Educación (en base a una publicación de la OCDE del año 2013) que “a nivel internacional, entre 18 países de la OCDE para los cuales se cuenta con información, cerca del 30% de los estudiantes que ingresaron a educación superior universitaria se retiraron sin haber obtenido el grado correspondiente. Esto considerando tanto a los que se retiran el primer año como a aquellos que lo hacen en los años sucesivos. Las cifras de deserción varían entre más de un 40% en Hungría, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia y Estados Unidos, y menos del 25% en Australia, Dinamarca, Francia, Japón, Finlandia y España (...). Si bien la forma de cálculo de este indicador OCDE (...) difiere del indicador utilizado en Chile —que sólo considera la deserción de primer año— los niveles reportados tienden a ser similares a los países de la OCDE que presentan mayores tasas de deserción.” Sistema de Información de Educación Superior, “Panorama de la educación superior”.

³⁷ Estudios del Ministerio de Educación relacionan la permanencia en el sistema con variables vinculadas al perfil del estudiante, tales como género, edad, estado civil, educación de los padres, nivel de ingresos, trayectoria académica previa y acceso a financiamiento. Ver Sistema de Información de Educación Superior, “Panorama de la educación superior”.

rreras que no tengan buenas proyecciones en el mercado laboral y para ofrecer cupos de matrícula en exceso de las posibilidades de cada universidad para ofrecer una educación de calidad aceptable.

5. *Costo de cambiar programas de estudio.* Otro motivo para justificar la conveniencia de la prohibición al retiro de excedentes es la larga duración de las carreras y lo costoso que resulta para los estudiantes cambiar de carrera o estudiar un programa adicional cuando ya han completado alguno.³⁸ Es probable que estudiantes conocedores de estos factores prefieran universidades que estén obligadas a reinvertir sus utilidades por sobre aquellas que pueden sacrificar inversiones asociadas con la educación de cada estudiante a cambio de un mayor beneficio privado para sus dueños.

Todas estas son importantes razones que ayudan a comprender por qué una prohibición al retiro de excedentes es conveniente en el contexto de las universidades chilenas. Sin embargo, ninguna es suficientemente poderosa o decisiva para excluir la opción contraria de una manera absoluta. Después de todo, el mercado es un motor eficiente que, por lo general, premia el éxito de los buenos proveedores y castiga a aquellos con mal desempeño. En algunos países, compañías privadas con fines de lucro (algunas con presencia internacional), se han enfocado en estudiantes mayores, quienes por trabajo o paternidad han postergado sus estudios y a quienes no les resulta posible seguir las carreras universitarias tradicionales, impartidas en campus universitarios y de tres o más años de duración. Estos mercados, en general, han sido calificados como saludables.³⁹ En Brasil, estudios recientes demuestran que una de las grandes compañías internacionales que proveen educación superior ha mejorado los resultados de al menos nueve de los once centros de educación superior que controla, desde que asumió el control de los mismos (uno habría demostrado retroceso y el otro se habría adquirido muy recientemente para determinar los efectos de la adquisición). En Inglaterra, por otra parte, se observa evidencia de universidades que, a cambio de sus elevadas tarifas, han hecho promesas concretas a sus estudiantes, como la fijación de plazos formales para la entrega de sus evaluaciones.⁴⁰

Aprovechar la motivación de empresarios dispuestos a invertir en una educación de calidad puede ayudar a ampliar las oportunidades educativas de los jóvenes chilenos. Ello requerirá, por cierto, que se permita a estos inversionistas obtener una compensación por el riesgo en que han incurrido con su inversión. En este caso, se requerirá un minucioso monitoreo estatal de las actividades y resultados de las universidades, pero este costo por sí solo no parece suficiente para excluir la alternativa de permitir el lucro. El monitoreo permanente de las instituciones, la examinación de los resultados de la educación que entregan (campo en el que Brasil y Colombia están haciendo considerables esfuerzos, examinando a los estudiantes antes y después de sus programas de estu-

³⁸ Según datos para el año 2012, las carreras en Chile duran en promedio 6,3 años, mientras que la duración promedio de las carreras para los países miembros de la OCDE es de 4,3 años. Ver Presentación Estados Financieros 2012 de las instituciones de educación superior, <http://www.mifuturo.cl/index.php/2013-03-06-18-20-53/noticias/312-mineduc-entrega-informacion-financiera-de-las-instituciones> (accedida el 10 de abril de 2015).

³⁹ Ver "Special Report", *The Economist*.

⁴⁰ *Ibíd.*

dio)⁴¹ y la difusión de información pertinente, pueden ayudar a superar varios de los problemas de la educación con fines de lucro que arriba se han mencionado. En efecto, expertos chilenos en educación han sostenido que, bajo ciertas condiciones, hay beneficios que pueden entregar al sistema las instituciones de educación superior con fines de lucro. En opinión de Bernasconi,

aun cuando el fin de lucro en la educación superior diera lugar a más contras que pros, todavía podría constituir una suerte de “mal necesario”, necesario para brindar acceso en tiempos de masificación mundial de la educación superior, donde el Estado carece de la capacidad financiera para mantener el crecimiento del sector público. Además, la filantropía es escasa. Baja capacidad financiera del Estado y filantropía casi inexistente es una combinación de factores que describe con bastante acierto la situación de casi todo el mundo en desarrollo.⁴²

Otro tema controvertido es a qué tipo de financiamiento público, si lo hubiere, debieran poder optar las instituciones de educación superior. Las universidades chilenas, debido a su condición de instituciones sin fines de lucro, están exentas del pago de impuestos de primera categoría y de bienes raíces, además de tener franquicias tributarias respecto a las donaciones. En Estados Unidos, los *colleges* y universidades sin fines de lucro están, por lo general, exentas del pago de impuestos a las rentas corporativas, tanto a nivel federal como estatal, así como a los impuestos que gravan la propiedad y (usualmente) las ventas, tanto a nivel estatal como local, entre otros beneficios.⁴³ En ese país, se han señalado dentro de las principales razones para otorgar subsidios públicos a la educación superior, en general, y a los *colleges* y universidades privadas sin fines de lucro, en particular, las siguientes: (i) externalidades positivas: la educación superior beneficia a la sociedad en su conjunto, no sólo a los estudiantes que reciben la educación,⁴⁴ (ii) garantía imperfecta del capital humano: dado que el capital humano es una garantía de imposible ejecución, los subsidios estatales pueden promover la eficiencia reduciendo el costo privado de la educación superior a un nivel donde sea más accesible el financiamiento privado, (iii) riesgo: existe una probabilidad de que los retornos de los graduados no sean los esperados (dificultando así el pago de sus deudas), el que puede ser traspasado a la sociedad a través de subsidios estatales, y (iv) redistribución: subsidios estatales a la educación superior sirven un rol de redistribución de riquezas y oportunidades en favor de los más desventajados de la sociedad.⁴⁵

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Andrés Bernasconi, “El motivo del lucro en la educación superior”, *International Higher Education* 71, (Spring 2013): 11.

⁴³ Ver Henry Hansmann, “Why are Colleges and Universities Exempt from Taxes?”, preparado para la 25° Conferencia Anual del National Center on Philanthropy and the Law: “Colleges and Universities: Legal Issues in the Halls of Ivy”, 24 y 25 de octubre de 2013, 3:
<http://www1.law.nyu.edu/ncpl/resources/documents/HenryHansmann-COLLEGEANDUNIVERSITYEXEMPTION.pdf>

⁴⁴ En la misma línea, ver Fontaine, “Lucro, universidad y filantropía”, 165 (“los beneficios tributarios y aportes para la investigación se merecen porque la universidad, en su docencia y en su investigación, debe producir externalidades positivas, generar bienes públicos”).

⁴⁵ Ver Hansmann, “Colleges and Universities”, 4-5.

Si se permite la existencia de universidades con fines de lucro, parece razonable que estas no puedan optar a subsidios estatales, al menos en las mismas condiciones que las universidades sin fines de lucro. De lo contrario, la sociedad podría estar subsidiando desproporcionadamente una entidad privada cuyos dueños obtienen utilidades, como ocurre con cualquier otra actividad comercial. Sin embargo, los estudiantes de bajos ingresos debieran seguir pudiendo optar a becas estatales y subsidios si escogen estudiar en instituciones con fines de lucro y han demostrado resultados promisorios. Habrá eso sí que tener presente que, debido a la existencia de asimetrías de información, es posible que como repuesta a dichos subsidios las instituciones con fines de lucro incrementen sus aranceles. Para evitar esos efectos indeseados, sería necesario crear mecanismos que controlen los subsidios que se otorgan y, en especial, los efectos de esos subsidios en los aranceles que las universidades cobran a sus estudiantes.⁴⁶

Con políticas adecuadas de monitoreo permanente, examinación de resultados y difusión de información, los argumentos a favor o en contra de la prohibición de los fines de lucro en las universidades pueden reducirse a un problema de señales, sin que la implementación de una u otra alternativa se traduzca necesariamente en variaciones significativas en la calidad de la educación.⁴⁷

Sin embargo, existen buenas razones que respaldan la idea de que las instituciones de educación superior sin fines de lucro (ya sea como única alternativa legal o en un sistema que permita también las instituciones con fines de lucro) no sólo deberían permitirse sino también promoverse. El interés público envuelto en la educación de los ciudadanos y las razones previamente señaladas, incluyendo el apoyo a la investigación, que constituye una herramienta necesaria para un futuro mejor para la humanidad (o de una sociedad en particular), son ciertamente argumentos sólidos para permitir, mantener y legislar sobre el funcionamiento de universidades sin fines de lucro.

Asumiendo entonces que las instituciones sin fines de lucro son deseables en la educación superior (aunque no sea de manera exclusiva), se analiza a continuación cómo, considerando la situación actual en Chile, debiera aplicarse la prohibición al retiro de excedentes. El foco principal serán

⁴⁶ El efecto de las asimetrías de información que se producen con los subsidios estatales (ya sea directos o a través de becas u otros beneficios a los estudiantes) también existirá en las universidades sin fines de lucro. La diferencia entre estas últimas y las universidades con fines de lucro es que en las universidades sin fines de lucro no existen incentivos para extraer excedentes para beneficio personal, sino que se estimula la destinación de los recursos para financiar la corrección de ineficiencias o el emprendimiento en actividades de investigación.

⁴⁷ En este sentido, ver Williamson, "Universidad y Lucro", 149. En base a antecedentes expuestos en el trabajo, propone el autor que un número significativo de las universidades con acreditación institucional y que han formado entidades comerciales relacionadas (tras lo cual puede haber sospecha de una vulneración a la prohibición del lucro) exhiben indicadores contables que revelan una razonable fortaleza financiera e indicadores académicos y de resultados no muy distintos a las entidades públicas y privadas sin fines de lucro que han sido acreditadas institucionalmente, y que se estiman que cumplen con esa prohibición. Estas instituciones acreditadas que han formado entidades comerciales relacionadas, según el autor, representan el 34 por ciento del sistema. Con todo, agrega que en un segundo grupo, compuesto por universidades que no han obtenido la acreditación institucional y que también podrían haber formado entidades comerciales relacionadas (las que representan el 5 por ciento del sistema), si bien hay escasa información, los pocos datos insinúan que existe allí una preocupante precariedad financiera y académica.

las transacciones que las universidades llevan a cabo con sus entidades relacionadas y propuestas sobre los estándares para regir los deberes fiduciarios de los directores de universidades.

V. Transacciones con entidades relacionadas que involucran a universidades sin fines de lucro

a) ¿Deberían permitirse las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas?

En la actualidad no existen normas legales directamente dirigidas a hacer cumplir la prohibición de retiro de excedentes que afecta a las universidades chilenas. Sin perjuicio de lo anterior, la ley le confiere al Ministerio de Educación la autoridad para cancelar la personalidad jurídica de las universidades que, entre otras faltas, no cumplan con sus fines o incurrieren en infracciones graves a sus estatutos.⁴⁸ Se trata, entonces, de un mandato que cabe dentro de la descripción general de las atribuciones de dicho Ministerio, al que la ley no ha dotado de las atribuciones y recursos que son necesarios para monitorear el cumplimiento de la prohibición de retiro de excedentes (especialmente, si se considera que la violación de esta prohibición generalmente involucra transacciones complejas con entidades cuya supervisión excede el ámbito de autoridad del Ministerio de Educación). En la práctica, el cumplimiento de la prohibición a los fines de lucro, en muy buena parte, es dejado al juicio de las personas a cargo de cada universidad.

Se ha sostenido reiteradamente en las últimas décadas que algunos controladores de las universidades chilenas, recurriendo a transacciones con entidades relacionadas, obtienen injustamente utilidades que provienen de las actividades de las universidades. Las normas legales aplicables a las universidades no prohíben las transacciones entre éstas y sus entidades relacionadas. Sin embargo, en la medida que estas transacciones impliquen condiciones inequitativas para la universidad, a través de ellas se puede transgredir si no la letra, el espíritu de la ley, pues por vía indirecta se vulnera la prohibición al retiro de excedentes. Lo anterior, porque las entidades relacionadas a las universidades no se encuentran afectas a esa prohibición.

El objeto de las transacciones con entidades relacionadas es la provisión de todo tipo de bienes y servicios a cambio de una compensación. Estos bienes y servicios pueden ser provistos por las entidades relacionadas a la universidad, efectuando esta última un pago; o por la universidad a las entidades relacionadas, las que efectúan un pago a la universidad. Si bien la primera modalidad es la que genera riesgos para el retiro indebido de excedentes de las universidades; en realidad, ambas modalidades son relevantes, en cuanto, al existir un conflicto de interés, cualquiera de ellas puede perjudicar a la universidad. Según información entregada por el Ministerio de Educación el año 2012, el 90 por ciento de las universidades del país manifestaron tener relaciones con entidades relacionadas. El año 2011, las universidades del CRUCH reportaron 170 transacciones con entidades relacionadas, mientras que las universidades privadas reportaron 176 transacciones de ese

⁴⁸ Ver artículo 64 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Educación de 2010, y artículos 2 y 8 de la Ley N° 18.956 del 8 de marzo de 1990, "Reestructura el Ministerio de Educación Pública", República de Chile.

tipo.⁴⁹ Una parte importante de las transacciones que las universidades realizan con sus entidades relacionadas son operaciones entre la universidad e inmobiliarias ligadas a los controladores de la misma, las que construyen o adquieren edificios para uso de la universidad que luego son arrendados a esta última. Estas transacciones son altamente relevantes para las universidades, puesto que las instituciones requieren de dichos inmuebles para realizar sus actividades rutinarias. Las transacciones que celebran las universidades con sus entidades relacionadas (sea que involucren inmuebles, asesorías u otros bienes o servicios) no necesariamente son realizadas a valores de mercado, y de ahí que son una vía para permitir la transferencia de utilidades de la universidad (las que deben destinarse a sus objetivos) desde la universidad a sus controladores.

Por lo general, cuando se habla de transacciones con entidades relacionadas, en el caso de las universidades, deben considerarse las operaciones entre la universidad y sus controladores, directores o ejecutivos principales (incluyendo los parientes cercanos de los dos últimos), o bien las entidades que se encuentran bajo una influencia relevante de cualquiera de las personas que califican en las categorías anteriores. La generalidad de las veces, se tratará de transacciones con entidades que están bajo el mismo control que la universidad.

Las normas que de manera específica regulan la constitución y funcionamiento de las universidades no tratan las transacciones entre éstas y sus entidades relacionadas. Por su parte, la regulación de las personas jurídicas sin fines de lucro, contenida en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, cuyas reglas aplican supletoriamente a las universidades,⁵⁰ dispone sólo una regla que (de manera muy limitada) trata uno de los aspectos descritos en el párrafo anterior. Esta regla se refiere a la remuneración de los directores de las asociaciones (o corporaciones de derecho privado) y otras retribuciones que los directores pueden recibir de esas organizaciones. La disposición es el artículo 551-1 del Código Civil, el que establece lo siguiente:

Los directores ejercerán su cargo gratuitamente (...). 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.⁵¹

⁴⁹ Ver "El 90% de las instituciones de educación superior mantiene empresas relacionadas", *La Tercera*, 21 de agosto de 2012:

<http://www.latercera.com/noticia/educacion/2012/08/657-479239-9-mineduc-el-90-de-las-instituciones-de-educacion-superior-mantiene-empresas.shtml> (accedida el 10 de abril de 2015).

⁵⁰ De conformidad a lo dispuesto en el artículo 84 de la LOCE, las universidades estatales existentes al 31 de diciembre de 1981 y las que deriven de ellas se regirán por las disposiciones legales, por sus respectivos estatutos y reglamentos, en cuanto no fueren contrarios a éstas y, supletoriamente, por las normas de derecho privado. Según el artículo 30 de la LOCE, las universidades privadas creadas a partir de su dictación deben ser corporaciones de derecho privado. Ver Ley N° 18.962 de 1990.

⁵¹ Código Civil de Chile, artículo 551-1.

Sin perjuicio de lo anterior, los estatutos de las respectivas universidades priman sobre las reglas de las personas jurídicas sin fines de lucro del Código Civil. Por lo tanto, sólo en la medida que nada digan los estatutos de la universidad sobre la remuneración de los directores se hará aplicable la regla transcrita.

Puede pensarse que la omisión de una regulación sobre las transacciones con entidades relacionadas llevadas a cabo por las universidades chilenas (o una ausencia de prohibición) correspondió, en su momento, a un error de los legisladores. Sea o no de tal manera, durante los últimos veinticinco años, las universidades chilenas han realizado frecuentemente transacciones con sus entidades relacionadas. En una época de creciente debate público sobre la educación, una definición esencial es si estas prácticas son valiosas desde un punto de vista social y si, según ello, deben o no ser permitidas.

Por un lado, algunos expertos han señalado que las transacciones con entidades relacionadas violan, si no la letra, el espíritu de la ley, al dar lugar a repartos encubiertos de utilidades a través de la transferencia de fondos a entidades comerciales relacionadas (que, al contrario de las universidades, no están sujetas a la prohibición de retiro de excedentes). Hay así quienes han sostenido que debieran derechamente prohibirse las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas. Se ha argumentado que los controladores de las universidades, en lugar de arrendar a estas últimas los inmuebles que utilizan, debieran decidir de qué lado de la mesa prefieren estar.⁵² Una norma como esa, plantea esta argumentación, obligaría a los controladores a escoger entre mantener el control de la universidad o quedarse con el control de la sociedad relacionada. Así, se propone, no se desalentarían los intercambios sino los conflictos de interés con los que estos se realizan y existiría, además, una separación entre las instituciones de transmisión cultural (como es el caso de las universidades) de los negocios puramente mercantiles.⁵³ Si la opción es prohibir las transacciones con entidades relacionadas, otra forma de implementarlo es mediante la transferencia forzosa de los activos que se arriendan a las universidades, a estas últimas (lo que genera algunos problemas, que se discutirán a continuación).

Por otro lado, puede argumentarse que, puesto que en Chile la filantropía no ha constituido una fuente importante de recaudación de fondos para las universidades, y las universidades privadas no reciben, por lo general, recursos públicos de manera directa, el financiamiento a través de entidades relacionadas ha sido clave para el desarrollo de los planes de inversión de las universidades. Estos planes les han permitido expandir su oferta de carreras, en línea con la creciente demanda por parte de los estudiantes. Así, hay quienes han sostenido que ni la falta de regulación relativa a las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas ni una falta de fiscalización posterior, fue un error. Por el contrario, se ha argumentado, habría detrás de ello “un propósito claro de permitir que los distintos factores, particularmente el capital necesario para desarrollar la infraestructura, fuera remunerado.”⁵⁴ Se menciona que “no proveyéndola el Estado

⁵² Ver Carlos Peña, “La universidad y el lucro: cómo impedirlo y por qué”, *Estudios Públicos* 128 (2012): 130.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Ricardo Paredes, “Universidad y lucro o el dilema de la cobertura”, *Estudios Públicos* 128 (2012): 182.

mediante su intervención directa, si no se hubiera permitido la remuneración de los distintos factores, habría sido inviable el crecimiento de infraestructura y el aumento de oferta universitaria.⁵⁵ Se ha señalado también que debido a la escasa filantropía, las fuentes de financiamiento para las universidades privadas han sido el endeudamiento (de difícil acceso para las universidades y modesto atendido el volumen de recursos que se requieren) o el apoyo de sociedades relacionadas.⁵⁶ Se sostiene que “quizás por ello la legislación chilena no estableció mayores exigencias a las formas en que las universidades allegaban recursos, estableciendo sólo principios generales como que las corporaciones universitarias no podían tener fines de lucro.”⁵⁷

Considerando los costos y beneficios que cada posición en el debate conlleva, existen razones teóricas y prácticas para respaldar la idea de que permitir estas transacciones (con limitaciones) es, en el corto y largo plazo, la solución más eficiente. Entre ellas, cabe mencionar las siguientes:

1. *El conocimiento lleva a resultados eficientes.* Las entidades vinculadas al control de una universidad tienen una comprensión privilegiada de la forma en que esta última opera, sus necesidades, potencialidades y la mejor forma de asignar sus recursos. Saben cuándo y en qué medida algo es conveniente o necesario. Más aún, las universidades pueden reducir de manera significativa sus costos de transacción cuando operan con sus entidades relacionadas.⁵⁸ De esta manera lo explican Fishman y Schwarz:

¿No sería una prohibición contra cualquier conflicto de interés por parte de las instituciones sin fines de lucro demasiado severa, al incluir útiles transacciones con entidades relacionadas que las instituciones sin fines de lucro, especialmente las más pequeñas, necesitan para sobrevivir? Una prohibición absoluta ignora la realidad de gran parte del sector sin fines de lucro (...). Las transacciones con entidades relacionadas son eficientes. Los costos de transacción son bajos. Los directores interesados podrían prestar dinero o proveer servicios o hacer negocios con una institución sin fines de lucro a menores costos porque, mejor que cualquier otro, conocen a la organización (...). Una institución sin fines de lucro perdería frecuentemente ventajosas oportunidades, que de otra manera le estarían disponibles, si se le prohibiera completamente realizar cualquier transacción con cualesquiera de sus directores o entidades en que los directores tienen interés.”⁵⁹

2. *Falta de otros métodos para obtener financiamiento.* A diferencia de la situación en Estados Unidos, donde gran parte del *endowment* de las universidades privadas proviene de donacio-

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Ver Harald Beyer, “Una agenda para la educación superior”, Centro de Estudios Públicos, *Documento de Trabajo* N° 390 (Enero 2013): 5: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5235_3352/HBeyer_presentacion.pdf

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ En este sentido, Williamson sostiene que “el modelo de sociedades relacionadas puede ser virtuoso para la gestión universitaria y la promoción de desarrollos innovadores en educación, ciencia y tecnología.” Williamson, “Universidad y lucro”, 153.

⁵⁹ James J. Fishman & Stephen Schwarz, *Cases and Materials on Nonprofit Organizations* (New York: Foundation Press, 1995), 221.

nes, las universidades chilenas no obtienen mucho de la filantropía y las universidades privadas, por lo general, no reciben recursos públicos (al menos de forma directa).⁶⁰ En ese escenario adverso, las entidades relacionadas a las universidades han obtenido históricamente valiosos financiamientos de bajo costo, los que han sido utilizados para cubrir las necesidades de tales universidades. Según se mencionó anteriormente, para obtener los recursos que requieren, las universidades chilenas han recurrido a préstamos y el apoyo de sus sociedades relacionadas. Beyer sostiene que siendo las universidades (al menos en su fase inicial) deudores poco atractivos (por su condición de corporaciones sin fines de lucro), el endeudamiento directo no ha resultado una fórmula de financiamiento relevante. En cambio, las entidades relacionadas han tenido más capacidad de conseguir financiamiento, puesto que han podido ofrecer garantías más confiables que las propias universidades (incluso con avales de personas naturales).⁶¹ Ello facilitó “la obtención de créditos o aportes de capital que permitieron, por ejemplo, desarrollar los planes de inversión necesarios para que las universidades pudieran atender a los estudiantes que se matriculaban en sus programas.”⁶² Agrega que la flexibilidad que se ha producido por falta de una regulación detallada “mirado retrospectivamente, (...) ha sido útil, porque ha permitido satisfacer más rápido la demanda por acceso a la educación superior.”⁶³ Señala también que, en efecto, la posibilidad de obtener financiamiento a través de terceros “ha sido instrumental a la aspiración política transversal de aumentar la cobertura en educación superior.”⁶⁴ A menos que el financiamiento de la educación superior, según las propuestas de gobierno, cambie de manera radical para todas las instituciones en el corto plazo, no es razonable pensar que los hechos que llevaron a este escenario (escasa filantropía, falta de recursos públicos y acceso costoso para las universidades a financiamiento independiente) dejarán de estar presentes en el futuro.

3. *Elevado costo de transferencia de inmuebles desde las entidades relacionadas a las universidades.* La infraestructura utilizada por muchas universidades pertenece a entidades relacio-

⁶⁰ Sólo en el año académico 2012-2013, los *colleges* y universidades de Estados Unidos recibieron 33.800 millones de dólares en donaciones. La Universidad de Stanford por sí sola logró en ese mismo período reunir 931,6 millones (todas las cifras en dólares de Estados Unidos). Ver “Colleges Raise Record \$33.8 Billion Exceeding U.S. Peak in 2009”, *Bloomberg*, 12 de febrero de 2014, <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-02-12/college-donations-rise-to-record-as-stocks-gain-fueled-giving> (accedida el 28 de febrero de 2015). En contraste, el monto anual promedio donado a universidades chilenas bajo franquicias tributarias entre los años 2007 y 2010 fue del orden de 18.000 millones de pesos (pesos del año 2010). Estos aportes, por lo demás, se concentran en un reducido grupo de instituciones. Ver Ernesto Vargas & Claudia Martínez, “Evaluación del sistema de franquicias tributarias para donaciones a universidades en Chile”, *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas* 12 (2012): 6-8; <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/aa496d822815db1c812d016694dc5ee46c98e685.pdf>

⁶¹ Ver Beyer, “Una agenda para la educación superior”, 5.

⁶² *Ibidem*. Además, Beyer aporta como evidencia que, según antecedentes del Consejo Nacional de Educación, entre 1997 y 2007, la infraestructura de las universidades chilenas privadas habría crecido en un 311 por ciento, mientras que la de las universidades del CRUCH lo hizo sólo en un 21 por ciento. *Ibidem*, 4.

⁶³ *Ibidem*, 5.

⁶⁴ *Ibidem*.

nadas que obtuvieron financiamiento para su construcción o adquisición.⁶⁵ Una prohibición total a las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas obligaría a que se realizara la transferencia forzosa de los inmuebles de propiedad de las entidades relacionadas a las universidades que los utilizan o, alternativamente, a requerir que la entidad relacionada transfiera los inmuebles a un tercero no relacionado (o lo que es equivalente, que los controladores enajenen su participación en la entidad relacionada). Si la primera fuera la alternativa escogida, considerando las significativas inversiones realizadas por las entidades relacionadas en infraestructura y equipamiento, cabe anticipar que las transferencias serían numerosas y de montos relevantes. Naturalmente, las universidades no pueden correr el riesgo de perder las instalaciones que utilizan para sus actividades cotidianas, las que, de no mediar nuevos proyectos o circunstancias extraordinarias, seguirán siendo las más propicias para desarrollar su actividad. Esta situación pondría a las entidades relacionadas propietarias de los inmuebles en una posición privilegiada (tanto por condiciones geográficas como operativas, podría decirse que es monopólica) a la hora de negociar con las universidades las condiciones para la transferencia. Es así posible que, finalmente, esas transacciones no se realicen a valor de mercado, riesgo que justifica que las mismas sean reguladas. Sin embargo, ello no agota el problema pues también habría que determinar el precio de referencia que se utilizará para las transferencias (¿valor de libro? ¿valor actual? ¿valor esperado en el futuro? ¿a qué plazo?).⁶⁶ La alternativa de transferir las propiedades a terceros no relacionados no parece ser una mejor solución. Ello porque esta alternativa volvería a poner a la universidad en la posición incómoda de tener que negociar con terceros el arriendo de activos que son esenciales para su funcionamiento, y donde los costos de recurrir a cualquier solución alternativa (como trasladar la universidad a otro lugar) pueden ser extraordinariamente elevados (pudiendo así el tercero gozar de una posición monopólica). Más aún, el valor de las propiedades tiende a fluctuar más que el de los arriendos y, por ende, lograr un acuerdo respecto de un arriendo puede resultar más fácil (y menos costoso) que un acuerdo sobre el valor de venta de los inmuebles.⁶⁷

A pesar de las ventajas explicadas en esta sección respecto de permitir que las universidades realicen transacciones con sus entidades relacionadas, es importante tener en cuenta que el Congreso de Chile sentó un precedente relevante al aprobar en enero de 2015 un proyecto de ley que prohíbe el lucro y pone fin a la selección y el copago en la educación escolar. El proyecto establece

⁶⁵ Es importante notar que la prohibición del reparto de excedentes no afecta a las entidades relacionadas a una universidad. Dichas entidades pueden así repartir las utilidades que se generen a partir de las operaciones que efectúan con las universidades, sin perjuicio de los conflictos de interés que existirán en la fijación de los términos de tales operaciones. De tal manera, las entidades relacionadas pueden obtener y repartir utilidades de los arriendos de infraestructura a las universidades y pueden, desde luego, beneficiarse de eventuales ganancias de capital que existirán al disponer de los inmuebles. Lo importante es evitar los abusos que pueden generarse contra las instituciones sin fines de lucro a causa del interés común a ambos lados de la operación, donde los controladores comunes podrán obtener beneficios privados sólo en uno de los extremos de la transacción.

⁶⁶ Ver Williamson, "Universidad y lucro", 151-152.

⁶⁷ *Ibíd.*

que los sostenedores de los colegios que reciban subvención estatal tendrán que transformarse en corporaciones sin fines de lucro y, dentro de un cierto plazo, (i) adquirir la propiedad de los inmuebles donde operan sus respectivos colegios, (ii) recibirlos en comodato, o (iii) arrendarlos a un tercero no relacionado o sin fines de lucro.⁶⁸ Si el gobierno presenta un nuevo proyecto de ley que incluya temas relativos a la prohibición a los fines de lucro en las universidades, y éste es discutido en el Congreso en el próximo tiempo, es probable que, para ser consistentes con la postura adoptada respecto de los colegios, los legisladores, al menos inicialmente, consideren un enfoque similar al anterior. Si tal fuera el caso y la legislación apuntara a obligar a las universidades a “incorporar” a su propiedad los activos esenciales que utilizan, es probable que el foco de la discusión estará en cómo determinar un valor para los inmuebles de las entidades relacionadas que tendrían que ser transferidos a las universidades.⁶⁹ Quizás un enfoque adecuado sería otorgar un plazo razonable para realizar la transferencia de los inmuebles (por ejemplo, cinco años a partir de la entrada en vigencia de la ley), dándole a cada universidad y sus partes relacionadas libertad para determinar los precios de las transferencias (lo que evitaría el problema de fijar *ex ante* un criterio único para la determinación de los precios, como se ha señalado más arriba). La autoridad a quien se delegue la supervisión del proceso podría definir internamente, en base a su propia evaluación y los antecedentes aportados por asesores externos, el monto máximo que, a su entender, debiera pagar cada universidad al dueño de los inmuebles por cada uno de ellos. Más aún, la autoridad podría definir estos montos máximos antes de que las universidades le informen acerca del acuerdo que han alcanzado con sus partes relacionadas respecto de la transferencia de los inmuebles, sin hacer difusión de los resultados de su evaluación. La universidad tendría entonces que informar del precio acordado a la autoridad y esta cotejaría el monto declarado con su propia estimación. Si la autoridad notara una discrepancia sustancial respecto de su propia cifra de referencia (por ejemplo, una discrepancia superior a un 10 por ciento del monto de referencia), se vería obligada a desafiar el monto indicado. Para efectos de resolver el problema, la ley podría requerir la creación de comités de expertos (conformados, por ejemplo, por tres árbitros, uno designado por cada parte y otro de común acuerdo). Si este fuera el caso, la ley tendría que establecer normas de procedimiento para resolver las disputas y podría también determinar otros términos y condiciones para la compra de los inmuebles. Un sistema como este, que incluye un mecanismo imparcial de resolución de disputas, podría ser una interesante alternativa si la opción es prohibir las transacciones con terceros relacionados. Sin embargo, es también posible que un proceso como el descrito resulte costoso, complejo e incierto en cuanto a la duración que cada disputa pueda tener. Más aún, para algunas universidades, obtener financiamiento comercial para la compra de los activos puede resultar oneroso y difícil.

⁶⁸ Ver “Cámara aprueba proyecto que pone fin al lucro, selección y copago, y lo despacha del Congreso”, *Cámara de Diputados de Chile*, 26 de enero de 2015, http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=125055 (accedida el 18 de abril de 2015).

⁶⁹ El proyecto de ley aprobado por el Congreso dispone que en caso que se opte por la compra de los inmuebles, ésta se hará por su valor comercial, con cargo a la subvención, con garantía de CORFO y en un plazo de veinticinco años. Quienes opten por el arriendo de los inmuebles, en las condiciones descritas en el proyecto, deberán hacerlo al 11% del valor del avalúo fiscal. El plazo para la transferencia del inmueble es, en general, de tres años. Ver “Cámara aprueba proyecto”, *Cámara de Diputados de Chile*.

b) Marco jurídico propuesto para regular las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas.

Durante el gobierno del Presidente Sebastián Piñera, el Ministerio de Educación preparó un proyecto de ley que fue enviado al Congreso proponiendo la creación de una Superintendencia de Educación Superior y regulando otras materias relativas al gobierno de las universidades (en adelante, el “Proyecto de Ley”).⁷⁰ El gobierno adoptó un enfoque que, sin prohibir las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas, las restringía. Se observa que los fundamentos de las normas propuestas respecto a ese tema fueron tomados del Título XVI de la Ley N° 18.046 del 22 de octubre de 1981 (la “Ley sobre Sociedades Anónimas”), que impone restricciones considerables a las sociedades anónimas abiertas para realizar operaciones con sus partes relacionadas. Básicamente, el Proyecto de Ley establecía que las transacciones con entidades relacionadas sólo podrían realizarse en condiciones similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado al tiempo de su celebración. Además, las transacciones que excedieran las 2.000 Unidades de Fomento deberían ser aprobadas en forma previa a su celebración por la mayoría de los miembros del directorio (u órgano de administración correspondiente), excluyéndose de la votación a los miembros que tuvieran interés directo o indirecto en la operación. Las transacciones con entidades relacionadas que no excedieran ese monto quedarían excluidas de tal requisito y podrían ejecutarse sin dicha aprobación. La propuesta exigía también que las universidades no estatales tuvieran al menos tres directores independientes, exigiéndose el voto favorable de la mayoría de dichos directores independientes para la aprobación de las transacciones con entidades relacionadas. En el caso de las universidades estatales, se requeriría el voto favorable de la mayoría de los directores nombrados por el Presidente de la República.⁷¹ Asimismo, se imponían requisitos de documentación de las decisiones e información periódica a la Superintendencia de Educación.

⁷⁰ Ver Presidencia de la República de Chile, “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación Superior (Mensaje N° 277-359)”, 10 de noviembre de 2011.

⁷¹ El artículo 53 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Educación de 2010 establece que las universidades sólo podrán crearse por ley y, las que no tengan tal carácter, conforme a los procedimientos establecidos en la misma ley (lo que incluye la aprobación del Ministerio de Educación), las que serán siempre corporaciones de derecho privado sin fines de lucro. Las universidades creadas por ley son consideradas universidades estatales y aquellas creadas según los procedimientos establecidos en la ley como corporaciones de derecho privado, carecen de ese carácter. Ver Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Educación de 2010. En las universidades de carácter estatal, la composición de su órgano superior de administración depende de lo establecido en sus propios estatutos, los que son establecidos por ley. Por ejemplo, de conformidad al Título II de los estatutos de la Universidad de Chile, los órganos superiores de la Universidad de Chile son el Rector, el Consejo Universitario y el Senado Universitario. El Consejo Universitario es el órgano colegiado de carácter ejecutivo de la Universidad, y está integrado por el Rector (quien lo preside), el Prorector, los Decanos y dos representantes del Presidente de la República, de exclusiva confianza de esa autoridad. Ver Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Educación del 2 de octubre de 2007, “Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 153, de 1981, que establece los estatutos de la Universidad de Chile”, República de Chile. De manera semejante, en las universidades que no tienen carácter estatal, la denominación, composición y atribuciones de sus respectivos órganos superiores de administración son establecidos, con sujeción a las normas legales, por los miembros de cada universidad y constan en sus respectivos estatutos.

Como ya se ha señalado, el Proyecto de Ley fue retirado del Congreso durante las primeras semanas del gobierno de la Presidenta Bachelet.

Habiendo ya analizado por qué permitir y restringir las transacciones con entidades relacionadas es una mejor solución que prohibirlas, es importante establecer los principios que debieran orientar una futura reglamentación de dichos asuntos. El Proyecto de Ley tenía un enfoque en la dirección correcta. En atención a que, en la práctica, el Ministerio de Educación carece de las atribuciones y los recursos necesarios para fiscalizar adecuadamente a las universidades en el cumplimiento de la ley, un organismo especializado dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, como la propuesta Superintendencia de Educación Superior, resulta necesario para llevar adelante labores de monitoreo de las instituciones de educación superior, incluyendo velar por el cumplimiento de la prohibición al reparto de excedentes impuesta sobre las universidades. Las propuestas aquí contenidas asumen la existencia de una autoridad de ese tipo, con atribuciones y recursos apropiados para supervisar el cumplimiento de las normativas existentes. Además de la propuesta de crear la mencionada autoridad y con respecto a las transacciones con entidades relacionadas, el mérito de los autores del Proyecto de Ley es que, primero, identificaron que las transacciones con entidades relacionadas son un medio a través del cual las universidades pueden eludir la prohibición al reparto de excedentes impuesta por la legislación; segundo, concluyeron que en vez de prohibir dichas transacciones, resultaba más realista y eficiente limitarlas; y, por último, hicieron esfuerzos por adaptar a la realidad de las universidades las normas que, desde hace algunos años, rigen las transacciones con entidades relacionadas en entidades sofisticadas, como son las sociedades anónimas abiertas. Dichas normas, incorporadas a la legislación el año 2009,⁷² son familiares tanto para organismos gubernamentales como para quienes asesoran a las entidades fiscalizadas, por lo que se facilita así la comprensión y aplicación de los nuevos mandatos por parte de la comunidad jurídica, en un tema que es complejo.

Sería valioso que una nueva iniciativa legislativa adopte algunas de las ideas incorporadas en el Proyecto de Ley, especialmente, la creación de un organismo especializado de fiscalización, como la Superintendencia de Educación Superior, y la regulación de transacciones con entidades relacionadas. Sin embargo, sería también propicio que incorpore normas precisas y claras para mejorar la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas en el proceso de toma de decisiones por la alta administración universitaria, requiriendo, por ejemplo la documentación de las decisiones y la publicidad de las mismas. Además, al diseñar e implementar dichas normas, habría que tomar en cuenta que, a diferencia de las grandes empresas, donde la relación de agencia se establece entre los accionistas y el directorio; en las organizaciones sin fines de lucro, dicha relación se da entre la misión de la institución (y, tal vez, entre los miembros del público a quienes la institución

⁷² Las normas que regulan las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas se encuentran en el Título XVI de la Ley N° 18.046 del 22 de octubre de 1981, "Ley sobre sociedades anónimas"; las que fueron incorporadas por la Ley N° 20.382 del 20 de octubre de 2009, "Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas", ambas de la República de Chile.

intenta beneficiar) y su directorio.⁷³ Esta particular condición requiere la existencia de resguardos especiales, de manera de asegurar que las instituciones cumplan con sus respectivos fines.

Considerando los objetivos antes mencionados y sobre la base de la experiencia que ha existido en la regulación de las sociedades anónimas abiertas chilenas, se describen a continuación principios que podrían inspirar una futura iniciativa legislativa tendiente a regular las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas.

1. *Requerimiento de contar con directores independientes.* La independencia del directorio es un primer paso necesario si lo que se busca es un proceso de deliberación más transparente y exhaustivo. El requisito de independencia podría concebirse tanto como una pauta para todos los directores designados acerca de la conducta que de ellos se espera, como un requisito que exija que algunos de los directores de la universidad sean independientes de sus controladores o de cualquier otra persona, entidad o grupo con capacidad para influir en los asuntos de la misma.

La primera parte de este requisito ya ha sido abordado en la Ley sobre Sociedades Anónimas. El artículo 39 de dicho cuerpo legal establece que “los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y a aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron.”⁷⁴ Esta declaración no existe en ninguna de las normativas que se aplican a las instituciones sin fines de lucro o en cualquier otra normativa referida a las universidades, aunque sí fue considerada por los autores del Proyecto de Ley. Adoptar un mandato de independencia como el anterior en una futura propuesta referida al gobierno universitario dejará en claro a los directores que sus deberes son para con la universidad, su misión y las personas a quienes ésta busca beneficiar, y no para con quienes los han designado o han promovido su designación.

La segunda parte del requisito de independencia encuentra también fundamento en la Ley sobre Sociedades Anónimas e, igualmente, fue considerado en el Proyecto de Ley. De conformidad a las reglas de las personas jurídicas sin fines de lucro del Código Civil, aplicables supletoriamente a las universidades, la única limitación en cuanto al número de directores de una asociación es que el directorio debe contar con tres miembros, a lo menos.⁷⁵ Puesto que las universidades requieren de flexibilidad para atraer nuevos miembros (los que también pueden ser una fuente de capital) y que ofrecer un puesto en el directorio puede contribuir a lograr este objetivo, tiene sentido la idea de que el tamaño de los directorios no sea de otra manera limitado. Sin embargo, la presencia de miembros independientes en el directorio garantiza un proceso de toma de decisiones más equili-

⁷³ Para los efectos de este artículo, debe entenderse por “directorio” cualquier órgano colegiado en el que resida la dirección y administración superior de la universidad respectiva, cualquiera sea su designación (como “Consejo Superior Directivo”, “Junta Directiva”, “Consejo Directivo”, o cualquier otra), y sin importar si la universidad se ha constituido como fundación o corporación. Por “director”, en tanto, debe entenderse cualquier persona que haya sido designada para ocupar un lugar en dicho órgano.

⁷⁴ Ley N° 18.046 de 1981.

⁷⁵ Ver Código Civil de Chile, artículo 551.

brado. Nuevamente, inspirándose en la Ley sobre Sociedades Anónimas,⁷⁶ el Proyecto de Ley establecía que el directorio de las universidades que no tengan carácter estatal debería estar integrado al menos por tres miembros independientes. Se entregaban, asimismo, reglas para determinar quiénes no se considerarían para estos efectos independientes, las que apuntaban, en general, a quienes por relaciones patrimoniales, fiduciarias o familiares, compartan o hayan compartido intereses con los controladores de la universidad. El anterior es un enfoque razonable que, si está adecuadamente asociado con los quórum de aprobación, otorga a la institución una protección considerable al momento de contratar con entidades relacionadas. Como es evidente, para salvaguardar la independencia que el cargo requiere, los directores independientes que dejen de tener esa calidad por razones sobrevinientes a su designación, debieran ser de inmediato reemplazados en el cargo, según los procedimientos que los estatutos de la universidad dispongan al efecto.

Durante las discusiones en torno al Proyecto de Ley, se criticó que el requisito de contar con miembros independientes en el directorio de las universidades no realizaría la plenitud de sus objetivos ya que para dichos directores podría ser muy difícil entender las repercusiones de las decisiones adoptadas por el directorio en la gestión de la universidad y, particularmente, en la educación que la universidad entrega a sus estudiantes. Esta crítica hace sentido si consideramos que en las sociedades comerciales se dispone usualmente de detallados indicadores financieros y de desempeño, y en las sociedades anónimas abiertas (por el interés general que tienen), dicha información es auditada y está sujeta al escrutinio de autoridades fiscalizadoras, operadores de mercados bursátiles, asesores financieros y el público en general. Todo lo anterior facilita la labor de los directores de sociedades. Sin embargo, cuando se trata de las universidades, por la naturaleza de los servicios que prestan, la evaluación de su desempeño es sumamente compleja, y el escrutinio al que está sometida la información financiera con la que se cuenta por parte de personas o entidades independientes de sus controladores, si lo hubiera, es limitado.⁷⁷ Esto supondría una pesada carga para los directores independientes, quienes no tendrían, por sí solos, la autoridad para asignar recursos del directorio a la recopilación y análisis de información relevante relativa a la gestión de la universidad. Ello es especialmente relevante en el caso de las transacciones con entidades relacionadas (por ejemplo, es probable que si una universidad compra materiales educativos a una entidad relacionada, a un director independiente le será extremadamente difícil determinar si se está pagando un precio justo por ellos o evaluar su calidad y contribución al pro-

⁷⁶ El artículo 50 bis de la Ley sobre Sociedades Anónimas establece que las sociedades anónimas abiertas que cumplan con ciertas condiciones de patrimonio bursátil y estructura accionaria deberán designar al menos un director independiente y un comité de directores, formado por tres directores, la mayoría de los cuales (o al menos uno de ellos, si no hubiera más) deberá ser independiente. Este comité tiene entre sus facultades examinar los informes de los auditores externos y los estados financieros, las remuneraciones y planes de compensación de los ejecutivos y las transacciones con entidades relacionadas, debiendo evacuar un informe sobre estas últimas antes de que el directorio se pronuncie al respecto. Ver Ley N° 18.046 de 1981.

⁷⁷ El artículo 114 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Educación de 2010 establece que “las instituciones de enseñanza superior que reciban aporte fiscal deberán enviar, anualmente, al Ministerio de Educación la memoria explicativa de sus actividades y su balance. Las instituciones de educación superior de carácter privado que cuenten con aporte fiscal deberán rendir cuenta al Ministerio de Educación sólo respecto de los fondos fiscales que hubieren recibido.” Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Educación de 2010.

ceso de aprendizaje de los estudiantes que los utilizan). Debido a que estos problemas están íntimamente ligados a las características especiales de los servicios que las universidades entregan a la sociedad (cuya calidad se mide en el largo plazo), es esencial dotar a los directores independientes de las herramientas necesarias para evaluar las condiciones, el riesgo y los efectos de las decisiones que enfrentan los directorios universitarios. Una vez más, la regulación de las sociedades anónimas entrega una valiosa solución, que no fue contemplada en el Proyecto de Ley. El artículo 50 bis de la Ley sobre Sociedades Anónimas establece que, anualmente, deberá asignarse un presupuesto especial para uso exclusivo del comité integrado (al menos en parte) por los directores independientes de las sociedades anónimas abiertas, cuando su constitución sea necesaria de conformidad a la ley.⁷⁸ Requerir un presupuesto anual para uso exclusivo de los directores independientes (o más bien del comité que ellos integren, como se propone más adelante) les entregaría la posibilidad de contratar los servicios de asesores en materias educativas, financieras, operacionales u otras, permitiéndoles así contar con una recomendación experta si estiman que ello es necesario o conveniente para emitir una opinión o un voto informado. El monto de dicho presupuesto anual podría determinarse por ley en relación al patrimonio declarado por cada universidad.

2. *Descripción precisa de las transacciones con entidades relacionadas.* Para efectos de identificar las transacciones con entidades relacionadas a una universidad debieran, en general, considerarse aquellas transacciones en que intervengan de modo directo o indirecto las siguientes personas: (i) los miembros del directorio y los ejecutivos principales de la universidad, incluidos sus parientes por consanguinidad o afinidad, hasta un determinado grado, (ii) otras personas naturales o jurídicas con poder para influir en las decisiones administrativas de la universidad (incluyendo sus controladores y miembros directos o indirectos, aquellos que tengan el poder de designar directores y quienes tengan un interés económico relevante en las sociedades filiales y coligadas de la universidad) y, en el caso de las personas jurídicas, sus respectivos socios relevantes, directores y ejecutivos principales; y los parientes por consanguinidad o afinidad de cualquiera de las personas naturales cubiertas por este número, hasta un determinado grado, (iii) cualquier persona jurídica en que las personas mencionadas en los números (i) y (ii) tengan un interés económico relevante o poder de decisión (incluyendo cargos directivos), o cualquier socio relevante de dichas personas, así como sus controladores directos o indirectos, incluyendo los directores y ejecutivos principales de las personas jurídicas cubiertas en este número y los parientes por consanguinidad o afinidad, hasta un determinado grado, de las personas naturales cubiertas por este número, y (iv) las filiales y coligadas de la universidad y otras personas jurídicas en que la universidad pueda designar a miembros de su directorio u órgano de administración.⁷⁹ Las transacciones entre las universidades y cual-

⁷⁸ El artículo 50 bis de la Ley sobre Sociedades Anónimas establece, en su parte relevante, que “la junta ordinaria de accionistas determinará un presupuesto de gastos de funcionamiento del comité y sus asesores, el que no podrá ser inferior a la suma de las remuneraciones anuales de los miembros del comité, y éste podrá requerir la contratación de la asesoría de profesionales para el desarrollo de sus labores, conforme al referido presupuesto.” Ley N° 18.046 de 1981.

⁷⁹ Para los efectos de este trabajo, los términos “filiales”, “coligadas” y “ejecutivos principales” deben ser entendidos según las definiciones que entregan, respectivamente, los artículos 86 y 87 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, y 68

quiera de estas personas debieran entenderse como transacciones con entidades relacionadas para efectos de la ley. En general, el Proyecto de Ley reconocía estos conceptos. No obstante, hay dos consideraciones que pueden otorgar mayor eficiencia y protecciones adicionales para evitar los efectos indeseados de los conflictos de interés en estas materias.

En primer lugar, sería valioso que una futura propuesta tome en consideración que cada universidad enfrenta diferentes necesidades, desafíos y amenazas para el mejor funcionamiento de su gobierno universitario. Cada directorio universitario es el órgano que puede evaluar dichas amenazas de manera más informada y con una visión más amplia de las necesidades de la institución. Posibilitar que, para efecto de las transacciones con entidades relacionadas, los estatutos de cada universidad y el comité de directores independientes (cuyo establecimiento se propone más adelante), por resolución fundada, también pudieran establecer entidades relacionadas a la respectiva universidad, para los efectos de las transacciones con entidades relacionadas, constituiría una instancia de protección adicional. Lo anterior porque podrían quedar bajo el procedimiento de aprobación que describa la normativa situaciones que no hubieran sido previstas por los legisladores y que representan una amenaza para la independencia del directorio de la universidad.⁸⁰

Segundo, debe reconocerse que a las universidades se les permite (y, desde una perspectiva práctica, requieren) obtener ganancias de sus actividades. Estas pueden ser generadas directamente por sus propias actividades o bien por actividades de sociedades en cuya propiedad la universidad participa. Existen muchas y variadas razones por las cuales la universidad podría crear o ingresar a la propiedad de otra entidad (incluyendo aquellas que tengan el carácter de filiales y coligadas de la universidad). Las universidades pueden buscar socios y participar en sociedades comerciales para explotar los resultados de sus investigaciones, prestar servicios de consultoría o incluso para otorgar a sus estudiantes la posibilidad de adquirir experiencia práctica en sus ámbitos de estudio a la vez que atienden necesidades sociales, a través de instituciones como hospitales o medios de

de la Ley N° 18.045 del 22 de octubre de 1981 (“Ley de mercado de valores”): “Art. 86. Es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores. (...)” “Art. 87. Es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma. (...)” Ley N° 18.046 de 1981. “Art. 68. (...) Se entenderá por ejecutivo principal a cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solo o junto con otros. En el desempeño de las actividades precedentemente señaladas no se atenderá a la calidad, forma o modalidad laboral o contractual bajo la cual el ejecutivo principal esté relacionado a la entidad, ni al título o denominación de su cargo o trabajo, independientemente de la denominación que se les otorgue.” Ley N° 18.045 del 22 de octubre de 1981, “Ley de mercado de valores”, República de Chile.

⁸⁰ Este principio ha sido considerado en el artículo 146 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, que establece que se considerarán operaciones con partes relacionadas para efectos de la ley aquellas que establezcan los estatutos de la sociedad o fundadamente identifique el comité de directores, si lo hubiera. Ver Ley N° 18.046 de 1981.

comunicación.⁸¹ Si el nivel de participación de la universidad en estas sociedades es el requerido para calificar a estas entidades como filiales o coligadas de la universidad, o si la universidad puede designar a miembros de su órgano de administración, ellas serán entidades relacionadas a la universidad. Sin embargo, es importante reconocer la diferencia entre las distintas interacciones que pueden existir con dichas entidades, e interacciones con otras entidades relacionadas.

Las distribuciones de excedentes que representan un flujo de fondos desde las entidades relacionadas en que la universidad participa (filiales, coligadas o aquellas en que la universidad puede elegir a miembros de su órgano de administración) hacia la universidad, no deberían considerarse, en general, una transacción con entidades relacionadas para efectos de la ley. En ese caso, más que ingresar en una transacción particular, la universidad está obteniendo el retorno de sus propias actividades y, salvo excepciones, dicho flujo de fondos no ocasionará perjuicio a la universidad.⁸²⁸³ No obstante, en circunstancias excepcionales, puede ocurrir que las sociedades relaciona-

⁸¹ Deben distinguirse las actividades anexas al giro universitario (como consultoras, hospitales y medios de comunicación), del giro propiamente universitario. No debe permitirse que entidades relacionadas a las universidades en las que participen terceros realicen actividades del giro propiamente universitario.

⁸² En el caso de las sociedades anónimas, las distribuciones de dividendos de filiales y coligadas a sus respectivas sociedades matrices o coligantes no han sido históricamente tratadas como operaciones con partes relacionadas, aun cuando en atención a las partes involucradas satisfagan la caracterización legal para ser consideradas como una operación de ese tipo. No es tan clara la razón de lo anterior, pero es posible que ello se deba al carácter recurrente que tienen estas distribuciones y, especialmente, porque es discutible que sean una transacción. La distribución de dividendos es más bien consecuencia de la inversión de capital realizada en la filial o coligada que una transacción particular acordada entre dos partes que tienen relación. A mayor abundamiento, si el directorio u órgano de administración de la sociedad filial o coligada acuerda una distribución de dividendos, ésta se realizará en cualquier caso y aun ante la oposición del socio o accionista con derecho a recibir esos dividendos. Sin embargo, por la particular restricción que tienen las universidades chilenas, en el sentido que se les prohíbe efectuar distribuciones a sus miembros, sí parece justificado imponer ciertos controles a las distribuciones de las sociedades en las que participa la universidad. Lo anterior, porque ellas pueden ofrecer oportunidades para retener o desviar fondos que, en otras circunstancias, entrarían al patrimonio de la universidad. La aplicación de estos controles, desde luego, sólo hace sentido en lo que respecta al poder de decisión que a la propia universidad le cabe en la sociedad filial, coligada u otra en que participe y pueda designar a miembros de su órgano de administración, en atención a su cuota de participación en esa sociedad o su influencia en la administración de la misma. Los controles podrían traducirse en el monitoreo, por parte del comité de directores independientes, de la voluntad que manifiesta la universidad en las decisiones sobre flujos de dividendos de las sociedades relacionadas en las que participa.

⁸³ Bernasconi hace la distinción entre lo que denomina “la universidad como negocio” y “negocios de la universidad”. Sostiene así que “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 entidades 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 empresas 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 sólo legales ante el derecho chileno, sino legítimos y necesarios para que la universidad cumpla su misión de bien público.” Andrés Bernasconi, “Prohibición del lucro en las universidades: alcance y consecuencias”, *Temas de la Agenda Pública* 62 (2013): 3:

das en las que participa la universidad se estén beneficiando indebidamente de una retención excesiva de sus utilidades o que estén utilizando dichas utilidades para fines distintos a sus actividades regulares. Debido a que intervenciones indebidas (esto es, contrarias a los intereses de la universidad) en el flujo de excedentes de las sociedades relacionadas en que participa implican una amenaza al cumplimiento de los fines que persigue la prohibición al reparto de excedentes de las universidades, y para impedir que esas situaciones ocurran con la complicidad del directorio de la universidad (mediante el ejercicio de su poder de decisión en los asuntos de las sociedades relacionadas en que la universidad participa), las decisiones que corresponden a la universidad en la administración de sus filiales, coligadas y otras sociedades en que participa y pueda influir en su administración, deben ser monitoreadas. No obstante, es probable que la distribución de utilidades sea un hecho recurrente, y como el tiempo y los recursos de que dispone el directorio para realizar actividades de fiscalización son limitados, deberían estar reservados sólo para las situaciones más relevantes. A la luz de estas consideraciones, una solución eficiente es delegar el monitoreo de las decisiones relativas a los flujos de dividendos provenientes de las sociedades en que la universidad participa e influye en su administración al comité de directores independientes (cuya creación se propone más adelante). Cuando dicho comité, en base a evidencia fáctica, concluya (por cuenta propia o en base a recomendaciones de asesores externos contratados con su presupuesto separado) que hay una probabilidad razonable que la universidad esté sufriendo perjuicios a causa del flujo de dividendos que recibe (o deja de recibir) de las sociedades en que participa, la ley podría conferirle a dicho comité la autoridad para someter la toma de decisiones que competen a la universidad respecto de dichos flujos a las normas que rigen las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas.

Una situación diferente a la descrita en el párrafo anterior son aquellas transacciones entre la universidad y sus filiales o coligadas (u otras sociedades relacionadas en las que participa) no relacionadas a repartos de dividendos y transacciones con otras entidades relacionadas de aquellas descritas al inicio de este número 2. Estas son las transacciones que usualmente encienden luces de alerta y, sean cuales fueren las circunstancias, activarán el procedimiento de aprobación para transacciones con entidades relacionadas (con las excepciones mencionadas en esta propuesta y excluyendo las transacciones entre las universidades y filiales de las que la universidad es única socia o accionista).

La fijación de las remuneraciones de los directores de las universidades, si fueran éstas permitidas por la nueva ley y contempladas en los respectivos estatutos, es también un asunto cuya determinación, si fuera entregada al directorio, calificaría como una transacción con entidad relacionada a la universidad. Siendo este el más delicado de todos los conflictos de interés (pues todos los miembros del directorio tendrían interés en el asunto), una alternativa para evadirlo es entregar la determinación de estas remuneraciones a los miembros de la universidad. Este fue el camino adoptado por el Proyecto de Ley. Más adelante se hace una referencia a la conveniencia de que el cargo de director de las universidades sea remunerado.

3. *Declaración oportuna, completa y precisa de hechos relativos a posibles transacciones con entidades relacionadas.* Los directores involucrados deberán abstenerse de tomar parte en las deliberaciones sobre esos asuntos. Debiera exigirse a los directores, ejecutivos principales, miembros de la universidad y cualquier otra persona que, según las circunstancias, tenga vínculos relevantes con esta última (como asesores, académicos u otros funcionarios), que, actuando de buena fe, pongan en conocimiento del comité de directores independientes (según se explica más adelante), de manera oportuna, completa y precisa, los hechos concernientes a una posible transacción con entidades relacionadas de la que tuvieren conocimiento, sea que se encuentren o no involucrados en dicha transacción. Los directores que (por sus vínculos patrimoniales, fiduciarios o familiares) estuvieren “involucrados” (o “tuvieren interés”) en una transacción con entidades relacionadas,⁸⁴ deberían declarar oportunamente y de manera completa y precisa la naturaleza de su interés y, en adelante, deberían abstenerse de participar en cualquier deliberación o votación relacionada a dicha transacción. Los terceros relacionados a la universidad que tuvieren interés en la transacción debieran proporcionar de buena fe y de manera oportuna toda la información relevante para la transacción que pudiese requerir el directorio o el comité de directores independientes.
4. *Monto mínimo para gatillar la aplicación del procedimiento de aprobación de transacciones con entidades relacionadas.* Una normativa eficiente debe tomar en cuenta que los directorios están llamados a tomar las decisiones sobre la gestión universitaria al más alto nivel. En consecuencia, el tiempo del directorio, actuando como órgano colegiado, y el de cada uno de sus miembros, debería estar reservado sólo para los asuntos más relevantes que atañen a la institución educativa, evitando que operaciones rutinarias queden sujetas a la aprobación del directorio. Un monto mínimo para gatillar la aplicación del procedimiento de aprobación de transacciones con entidades relacionadas que aquí se propone, permitiría que el directorio se abocara al conocimiento sólo de aquellas transacciones con entidades relacionadas que, en atención a las circunstancias, sean más relevantes para la universidad. El monto mínimo de 2.000 Unidades de Fomento propuesto por el Proyecto de Ley (el mismo que aplica a las ope-

⁸⁴ No debe confundirse el concepto de “entidad relacionada a la sociedad” con el de “director involucrado” en una transacción. El primer concepto determina la aplicación del procedimiento de aprobación de transacciones con entidades relacionadas a la universidad que en esta propuesta se describe. El segundo concepto, en cambio, determina cuándo los directores deben abstenerse de participar en las deliberaciones y votación referidas a las transacciones con entidades relacionadas. Las situaciones en que un director se encuentre “involucrado” dependerán de la relación que tenga con quien la universidad intenta contratar. Esta distinción es reconocida por la Ley sobre Sociedades Anónimas y fue también reconocida en el Proyecto de Ley. Si bien el Título XVI de la Ley sobre Sociedades Anónimas se refiere a la abstención de directores “involucrados” en la aprobación de operaciones con partes relacionadas a la sociedad, sin describir quiénes caen en esa situación, la Superintendencia de Valores y Seguros ha manifestado en diversos oficios que el concepto de director “involucrado” se homologa al concepto de “director con interés”, cuyas causales sí se describen en el artículo 44 de la referida ley al tratar las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas cerradas. Estas situaciones se refieren, en general, a casos en que los directores tienen vínculos con terceros derivados de sus relaciones patrimoniales, fiduciarias o familiares (las que en términos semejantes se replicaban en el Proyecto de Ley). Ver Ley N° 18.046 de 1981; Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio Ordinario N° 9914, 18 de abril de 2012; y Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio Ordinario N° 4374, 21 de febrero de 2013.

raciones con partes relacionadas de las sociedades anónimas abiertas y cerradas, según la Ley sobre Sociedades Anónimas) es útil para este fin. No obstante, un futuro proyecto podría también tomar en consideración que los recursos de que dispone cada universidad son diferentes y, por lo tanto, el impacto que una misma transacción específica tendría en los registros contables y financieros variará para cada universidad. De tal forma, además de un monto mínimo fijo de referencia, podría ser considerada la relevancia de una transacción con entidades relacionadas (para efectos de requerir la aprobación del directorio, según el procedimiento que aquí se propone) en función del porcentaje que dicha transacción representa en el patrimonio de la universidad. Así, por ejemplo, sólo aquellas transacciones con entidades relacionadas cuyo precio exceda el 1 por ciento del patrimonio de la universidad quedarían sujetas al procedimiento de aprobación aquí propuesto. De conformidad con lo anterior, una transacción cuyo precio excediera el monto mínimo fijo de referencia, pero que no excediera un determinado porcentaje del patrimonio de la universidad, seguiría estando exenta del procedimiento de aprobación. Para evitar que transacciones que, no obstante no exceder un porcentaje mínimo del patrimonio de la universidad, por su monto, se estime que no debieran quedar exentas de las protecciones que otorga el procedimiento de aprobación propuesto, podría fijarse un monto máximo que determinaría la aplicación de dicho procedimiento en cualquier caso (en los artículos 44 y 147 de la Ley sobre Sociedades Anónimas se contempla para estos efectos un monto máximo de 20.000 Unidades de Fomento). Las transacciones realizadas dentro de un período de tiempo específico (por ejemplo, un año) en que exista identidad de partes u objeto deberían considerarse como una sola operación para efectos de aplicar los límites propuestos.⁸⁵

5. *Transacciones deben realizarse en términos de mercado.* Se debiera requerir que todas las transacciones con entidades relacionadas, sea que su valor supere o no los límites mínimos que determinan la aplicación del procedimiento de aprobación propuesto, se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado al tiempo de su celebración. El comité de directores independientes (propuesto más adelante) debiera ser el órgano encargado de velar por el cumplimiento de este requisito.⁸⁶ La condición mencionada fue incluida en el Proyecto de Ley y está inspirada en lo dispuesto en la Ley sobre Sociedades Anónimas. De manera similar, en Estados Unidos, por ejemplo (donde, según datos del año 2010, el sector sin fines de lucro representaba un 9,2 por ciento de los salarios pagados

⁸⁵ En la Ley sobre Sociedades Anónimas se contemplan también otras causales que pueden eximir a ciertas operaciones con partes relacionadas del procedimiento especial de aprobación que se contempla en el Título XVI de dicha ley. Estos son casos de operaciones habituales que sean ordinarias en consideración al giro social, y situaciones en que la sociedad posee, directa o indirectamente, un 95% o más de la propiedad de la contraparte. Por los resguardos adicionales que requieren los conflictos de interés que afectan a las instituciones sin fines de lucro, no parece prudente (al menos en una fase inicial) hacer extensivas estas excepciones al contexto de los gobiernos universitarios. Ver Ley N° 18.046 de 1981.

⁸⁶ Naturalmente, si el precio de una transacción entre una universidad y una de sus entidades relacionadas no es un precio justo de mercado, pero la transacción es igualmente favorable para la universidad (porque ésta pagaría un valor inferior al de mercado), debiera considerarse que dicha transacción cumple con el requisito propuesto.

en el país, y en 2014 correspondía a un 5,3 por ciento de su producto interno bruto),⁸⁷ el enfoque ha estado en considerar que un trato justo para la institución sin fines de lucro es lo que otros en situaciones similares están obteniendo.⁸⁸ Asimismo, la *New York Not-for-Profit Corporation Law* (modificada en 2013 por la *Non-Profit Revitalization Act*), en vez de describir un exhaustivo procedimiento para aprobar las transacciones con entidades relacionadas por parte de las instituciones sin fines de lucro, contempla, como condición principal para proceder con estas transacciones (con algunas consideraciones adicionales), que el directorio de cada institución determine previamente que la transacción es justa, razonable y en el mejor interés de la institución al tiempo de la determinación. Se agrega además el mandato a los directores o miembros de la administración de la institución que tengan interés en la transacción de revelar de buena fe al directorio o comité correspondiente los hechos relevantes concernientes a su interés y que dichas personas no podrán participar en las deliberaciones y votaciones relativas a la transacción.⁸⁹

6. *Opinión externa para las transacciones con entidades relacionadas que involucren inmuebles.* Las transacciones con entidades relacionadas que involucran inmuebles son las más relevantes para las universidades debido a su precio, los activos esenciales que los inmuebles representan para ellas y la probabilidad de que dichas transacciones sean utilizadas por sus controladores u otros miembros para obtener ganancias provenientes de las actividades universitarias, contraviniendo el espíritu de la ley. Para las transacciones con entidades relacionadas que involucren compra, venta (lo que se prevé poco usual), arrendamiento o cesión del uso y goce de un inmueble de cualquier otra forma, se debiera requerir la opinión (en cuanto a precio y condiciones) de al menos una entidad especializada independiente, para así evitar la existencia de condiciones abusivas requeridas por las entidades relacionadas (las que pueden explotar la posición monopólica que representa su inmueble) a la universidad.⁹⁰

⁸⁷ National Center for Charitable Statistics, “Quick Facts about Nonprofits”: <http://nccs.urban.org/statistics/quickfacts.cfm> (accedida el 12 de abril de 2015).

⁸⁸ Ver Internal Revenue Code §4958, Estados Unidos. Esta disposición es aplicable a beneficios en exceso pagados por organizaciones que gozan de exenciones de impuestos a personas que, en general, se encuentran en posición de ejercer una influencia sustantiva sobre los asuntos de la organización, o que dependen de ella. Según Swords, de acuerdo a esta regla, por ejemplo, “si una institución sin fines de lucro (...) entrega a su director ejecutivo un paquete de compensación que es mucho mayor que el recibido por otras personas en organizaciones comparables en la misma área geográfica y que proveen servicios comparables a aquellos provistos por el director ejecutivo, podría ser sostenido que el director ejecutivo ha recibido una compensación irrazonable o excesiva, y un impuesto puede ser aplicado sobre el mismo (...). Generalmente, el impuesto será sobre el monto del paquete de compensación que fue excesivo. En algunos casos, un impuesto será aplicado también sobre los miembros del directorio de la organización sin fines de lucro que aprobó el paquete de compensación.” Peter Swords, “How to Read the New IRS Form 990. Expansion: Section 4958 (the “Intermediate Sanctions Rule”), *Non-Profit Coordinating Committee of New York*, <http://www.npccny.org/new990/Expansion-4958.pdf> (accedida el 22 de febrero de 2015). Esta regla, a pesar de estar incluida en la regulación tributaria, aporta una visión general de cómo se establece en Estados Unidos que una transacción es justa.

⁸⁹ Ver New York Not-for-Profit Corporation Law §715 y §715-A, Estado de Nueva York, Estados Unidos.

⁹⁰ Ver Williamson, “Universidad y lucro”, 152-53.

7. *Informe previo elaborado por un comité de directores independientes.* Las operaciones que califiquen como transacciones con entidades relacionadas y que excedan los límites mínimos que determinan la aplicación del procedimiento de aprobación propuesto, según lo dispuesto en los números 2 y 4 anteriores, deberían ser presentadas a un comité especial formado únicamente por directores de la universidad que tengan la calidad de independientes. Siguiendo a lo dispuesto en el Proyecto de Ley, los directores independientes no deberían ser menos de tres. En las universidades estatales, este comité debería estar integrado exclusivamente por los miembros del directorio que hayan sido designados por el Presidente de la República (y que hacen, para estos efectos, las veces de directores independientes).⁹¹

El comité propuesto debería estar a cargo de: (i) diseñar e implementar un sistema de reportes que facilite la detección temprana de operaciones que pudieran calificar como transacciones con entidades relacionadas, junto con los mecanismos a través de los cuales la información pertinente puede ser entregada al comité de directores independientes (esta política podría también incluir la obligación de que los directores, con posterioridad a su designación y antes de asumir el cargo, entreguen al comité de directores independientes, o al organismo que éste designe, una nómina de las entidades donde ejercen influencia relevante y cualquier otra situación que, de acuerdo a su mejor saber y entender, pudiera dar lugar a un conflicto de interés, la que se renueve periódicamente hasta que abandonen su cargo),⁹² (ii) asegurar una amplia difusión de las situaciones que representan conflictos de interés y de los sistemas y mecanismos mencionados, así como de otra información que consideren relevante para el mejor tratamiento de los conflictos de interés, entre los directores, ejecutivos principales, miembros de la universidad y otras personas que, por su posición, pudieren tener conocimiento de situaciones que envuelvan posibles conflictos, (iii) evaluar todos los componentes de las potenciales transacciones con entidades relacionadas que lleguen a su conocimiento, como precio, frecuencia, relación con las condiciones de mercado y el impacto de la transacción para el mejor interés de la universidad, y (iv) respecto a la evaluación anterior, preparar un informe con sus conclusiones y someterlo al conocimiento del directorio. Este informe incluiría la opinión individual de cada uno de los miembros del comité de directores independientes en cuanto a proceder o no con la transacción.

La *New York Not-for-Profit Corporation Law* (según fue modificada en 2013), dispone, con respecto a cualquier transacción que involucre un cierto tipo de instituciones sin fines de lucro (*charitable corporations*), en las que entidades relacionadas a ellas tengan un interés patrimonial sustantivo,

⁹¹ No debe descartarse la posibilidad de que las universidades no estatales tengan la intención de designar a más de tres directores independientes o que los miembros designados por el Presidente de la República en las universidades estatales sean más de tres. En esos casos, podría dejarse a criterio de las propias universidades, según éstas dispongan en sus estatutos, si los directores independientes adicionales formarán o no parte del comité y, si correspondiera, cómo se determinará qué directores independientes integrarán el comité (podría ser por designación de los miembros de la universidad o votación del directorio), los que, en cualquier caso deberán ser al menos tres. Cuando aquí se hace referencia a los “directores independientes”, se asume que son directores independientes miembros del comité de directores independientes, tanto para las universidades no estatales como las estatales (en cuyo caso la referencia se hace a los miembros designados por el Presidente de la República que formen parte del referido comité).

⁹² Ver *New York Not-for-Profit Corporation Law* §715-A, Estado de Nueva York, Estados Unidos.

que el directorio de dichas instituciones, antes de ingresar a la transacción, debe considerar, en la medida de lo posible, transacciones alternativas.⁹³ Adoptar esta idea para una futura regulación chilena, exigiendo el análisis de transacciones alternativas con entidades no relacionadas al nivel del comité de directores independientes (es decir, antes de que el directorio se pronuncie sobre la transacción), requerirá que los miembros de ese comité necesariamente indaguen sobre cuál es el valor justo de mercado y justifiquen, con alternativas, por qué una transacción propuesta es en el mejor interés de la universidad, o expliquen, por el contrario, por qué no lo es. Si se adoptara esta propuesta, los miembros del comité de directores independientes, al redactar su informe para el directorio, deberían también pronunciarse sobre si la transacción con la entidad relacionada que se evalúa es la mejor alternativa entre otras potenciales transacciones con entidades no relacionadas que también han sido objeto de evaluación. Naturalmente, el comité de directores independientes podría valerse para esta tarea de la opinión de asesores externos (haciendo uso de su presupuesto separado), si así lo estimara necesario o conveniente.

8. *Aprobación por mayoría absoluta en dos instancias.* Antes de que la universidad ingrese a una transacción con entidades relacionadas, debiera requerirse la aprobación por mayoría absoluta tanto de los miembros del comité de directores independientes como del directorio (en este último caso, excluyendo a los miembros del comité de directores independientes, quienes ya se habrán pronunciado). Los directores involucrados en la transacción debieran abstenerse de participar en las correspondientes deliberaciones y votaciones, pero se les debiera exigir que proporcionen de buena fe y oportunamente cualquier información adicional que pudiera requerir el directorio o el comité de directores independientes. El voto individual de cada uno de los miembros del comité de directores independientes debiera ser incluido en el informe que al efecto preparen para el directorio. De tal manera, si la transacción no obtiene la aprobación por mayoría absoluta de los miembros del comité de directores independientes, se consideraría que ésta ha sido rechazada y no sería necesaria la votación del directorio. En consecuencia, este mecanismo implicaría que sólo fueran examinadas por el directorio de la universidad potenciales transacciones con entidades relacionadas que hayan recibido previamente la aprobación mayoritaria de los directores independientes, evitando así que el directorio se aboque a discusiones sobre temas complejos que podrían no contar *ex ante* con la aprobación de tales directores. Si la mayoría absoluta de los directores no independientes estuvieren involucrados en la posible transacción, siguiendo la regla aplicable a las sociedades anónimas abiertas, se debiera exigir la aprobación unánime de los directores no involucrados⁹⁴ (además de la aprobación previa por el comité de directores independientes). Si todos los directores no independientes estuvieren involucrados en la posible transacción, o todos excepto uno, el voto de los directores independientes debiera dirimir el asunto.⁹⁵ En esta si-

⁹³ Ver New York Not-for-Profit Corporation Law §715, Estado de Nueva York, Estados Unidos.

⁹⁴ Ver Ley N° 18.046 de 1981.

⁹⁵ De acuerdo al artículo 147 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas requieren la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros del directorio, con exclusión de los directores involucrados. En el caso que la mayoría absoluta de los miembros del directorio se encuentre involucrado, la ley dispone que la operación sólo podrá llevarse a cabo si es aprobada por la unanimidad de los miembros del

tuación altamente conflictiva, parece adecuado requerir, de manera excepcional, la aprobación unánime del comité de directores independientes.⁹⁶ El Proyecto de Ley consideraba un mecanismo similar, aunque simplificado, de aprobación, exigiendo el voto favorable de la mayoría de los directores no involucrados y, adicionalmente, el voto favorable de la mayoría de los directores independientes (en las universidades no estatales) o de aquellos designados por el Presidente de la República (en las universidades estatales). No obstante, tal propuesta no contemplaba la creación de un comité de directores independientes y, de este modo, asumía que el voto de los directores no independientes y no involucrados, y el de los directores independientes, sería simultáneo.

Es importante que una descripción detallada de las condiciones de las operaciones aprobadas, los antecedentes que se hayan considerado, las deliberaciones y los detalles de los procesos de votación del comité de directores independientes y del directorio queden registrados en las actas que se levanten de las respectivas sesiones (en el caso del comité de directores independientes, esta acta podría ser parte de su correspondiente informe). Un registro detallado permitiría que los mencionados asuntos y, en especial, las deliberaciones, la forma en que han votado los directores y otros antecedentes relevantes relativos a la votación, queden disponibles para revisión de los miembros de la universidad y las autoridades regulatorias, de manera que estos puedan hacer efectivas las responsabilidades que en relación al proceso puedan surgir. La exigencia de incluir asuntos semejantes a los descritos en el acta del directorio que aprobó la transacción fue contemplada en el Proyecto de Ley.

9. *Divulgación ex post a los miembros de la universidad y a las autoridades regulatorias correspondientes.* Debiera exigirse que todas las transacciones con entidades relacionadas que sean aprobadas conforme al procedimiento propuesto sean informadas periódicamente por el directorio a los miembros de la universidad y a las autoridades regulatorias correspondientes (como la Superintendencia de Educación Superior, cuya creación se proponía en el Proyecto de Ley). Dicho informe, para el cual podría crearse un formulario modelo único distribuido por la autoridad, debería incluir, para cada transacción con entidades relacionadas aprobada en el

directorio no involucrados o, en su defecto, si es aprobada en junta extraordinaria de accionistas con el acuerdo de dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto. La ley no señala de manera explícita qué sucede cuando sólo un miembro del directorio está habilitado para votar. Sin embargo, pronunciamientos recientes de la Superintendencia de Valores y Seguros declaran que, en ese caso, las operaciones con partes relacionadas deben ser aprobadas por los accionistas en junta extraordinaria con el quórum de aprobación ya señalado. Ver Ley N° 18.046 de 1981; y Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio Ordinario N° 9914, 18 de abril de 2012.

⁹⁶ Si bien los requisitos que la legislación particular imponga para ser electo como director independiente de una universidad deben estar orientados, entre otros propósitos, a minimizar las situaciones en que quienes tengan esa calidad se encuentren inhabilitados para votar, no deben descartarse situaciones en que los directores independientes se encuentren involucrados en una posible transacción (por circunstancias que, probablemente, sean personales para ese director). Estas situaciones excepcionales podrían salvarse mediante el reemplazo de él o los directores independientes involucrados por el número necesario de directores no independientes que no se encuentren involucrados en la transacción particular, quienes asumirían, sólo para efectos de la transacción en cuestión, las plazas correspondientes en el comité de directores independientes. Estos directores reemplazantes podrían ser designados por los directores independientes no involucrados en la transacción o, en su defecto, por el presidente del directorio.

período, información detallada sobre los motivos que han hecho necesaria la aplicación del procedimiento especial, las características y condiciones de la transacción aprobada, la identificación de los directores involucrados que han debido abstenerse de las deliberaciones y votaciones (mencionando la naturaleza de sus intereses), las deliberaciones de los directores y la manera en que han votado, los antecedentes en base a los cuales se ha determinado que la transacción se ha realizado en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y otros que se hayan considerado, los informes de asesores externos que hayan sido considerados y, en el caso de las transacciones que involucren inmuebles, copia de la opinión que al efecto fuera emitida por la entidad especializada independiente. Una copia de las actas de las sesiones del directorio y del comité de directores independientes debiera acompañarse a este informe. El informe, finalmente, debiera ser suscrito por todos los directores que concurren al acuerdo.

El Proyecto de Ley requería que trimestralmente se comunicara a la Superintendencia de Educación Superior los acuerdos del directorio que hubieran aprobado transacciones con entidades relacionadas, incluyendo una copia del acta de la reunión respectiva, y que, en las universidades no estatales, dichos acuerdos fueran comunicados por el directorio a las asambleas de socios u órgano equivalente de la universidad, en la sesión inmediatamente siguiente a la celebración de la transacción. El requisito de presentar un informe que contenga las materias descritas precedentemente, idealmente basado en un formulario único y suscrito por todos los directores que concurren al acuerdo, facilitaría el procesamiento de toda la información relevante por parte de los miembros de la universidad y de la autoridad, haciendo, de tal manera, más efectivas las instancias de revisión.

10. *El incumplimiento de los requisitos previos no afectará la validez de la transacción, pero otorgará el derecho a perseguir las responsabilidades que correspondan.* El principio de que las transacciones con entidades relacionadas que se realicen sin cumplir con los requisitos legales no sean inexistentes o inválidas es reconocido tanto en la Ley sobre Sociedades Anónimas como en el Proyecto de Ley. Este principio reconoce que las entidades relacionadas, las que no necesariamente están bajo un control común con (o ejercen una influencia relevante sobre) la parte que incurrió en la infracción (por ejemplo, cuando se contrata con una sociedad en que el cónyuge de un director es miembro de su directorio); pueden haber confiado en la transacción y es así razonable dejarlas indemnes de una infracción en la que (al menos de manera directa) no participaron. Sin embargo, para hacer efectivos los resguardos que persigue el procedimiento propuesto, cualquier infracción al mismo debiera otorgar a los miembros de la universidad, a los directores disidentes (aquellos que han dejado constancia en actas de su oposición a la transacción) y a las autoridades regulatorias correspondientes (actuando de oficio o a petición de parte), el derecho de perseguir, a nombre de la universidad, la responsabilidad civil de los directores infractores (aquellos que hubieren concurrido a la aprobación de la transacción en contravención al procedimiento establecido o que negligentemente hubieren

descuidado su aplicación) por los perjuicios que hubieren causado a la universidad.⁹⁷ Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran aplicarse por la autoridad.

Si la transacción no fue aprobada de acuerdo al procedimiento de aprobación propuesto, debiera corresponder a los presuntos directores infractores probar que no correspondía su aplicación o, al menos, que la transacción se realizó de buena fe, contando con información adecuada, en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y que, razonablemente, se preveía beneficiosa para los intereses de la universidad al tiempo de su ejecución (evitando sesgos retrospectivos). En ese caso, aun cuando los directores satisfagan el estándar de prueba propuesto y no sean responsables de los perjuicios causados, igualmente podrían ser objeto de la aplicación de sanciones administrativas por la autoridad, si hubieren incurrido en alguna infracción a sus deberes fiduciarios. Si, por el contrario, la transacción fue aprobada en conformidad con el procedimiento propuesto, la carga de la prueba debiera recaer sobre el demandante, quien tendrá que demostrar que ha existido injusticia en el proceso (por ejemplo, omisión o defecto de las revelaciones de información procedentes, consideración errónea respecto de los directores no involucrados en la transacción, falta de imparcialidad en la opinión de asesores externos o incumplimiento de deberes fiduciarios) o en relación al precio (que hubieran discrepancias relevantes con las condiciones de equidad que habitualmente prevalecen en el mercado),⁹⁸ y que, como consecuencia de lo anterior, ha existido perjuicio para la universidad. Así, el cumplimiento del procedimiento de aprobación propuesto serviría como una presunción simplemente legal (esto es, que admite prueba en contrario) de que el proceso de aprobación fue adecuado y fue justo el precio de la transacción.

Siguiendo el principio general de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y lo indicado en el Proyecto de Ley, los directores infractores debieran responder solidariamente por los perjuicios causados a la universidad.

VI. Un complemento necesario: perfeccionar los deberes fiduciarios de los directores de las universidades

El rol de quienes sirven como directores en instituciones sin fines de lucro difiere sustancialmente de lo que se espera de los directores en las sociedades (u organizaciones con fines de lucro).⁹⁹ A

⁹⁷ Si bien se ha dicho que en el caso de las instituciones sin fines de lucro los miembros del público a quienes la institución intenta beneficiar pueden actuar como mandantes en la relación de agencia que se establece con los administradores de la institución; otorgar legitimación activa a ese grupo, por cierto, difuso, no parece una política sensata. Los intereses de estos grupos quedarán resguardados por la legitimación activa que se entrega a los directores disidentes y a la autoridad regulatoria correspondiente, la que podría actuar de oficio o a petición de parte.

⁹⁸ Esta es una aplicación del estándar de derecho societario estadounidense conocido como “*entire fairness*”, el que permite la exención de responsabilidades cuando tanto el procedimiento de aprobación de una transacción como su precio han sido justos. Ver *Weinberger v. UOP, INC.*, 457 A.2d 701 (Del. 1983).

⁹⁹ El artículo 2.053 del Código Civil, en su parte relevante, dispone que “la sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello proven-

contrario de lo que ocurre en las sociedades en que el capital está representado por acciones, por ejemplo, donde la relación de agencia se establece entre sus accionistas, como mandantes o principales, y su directorio, como mandatario o agente; en las instituciones sin fines de lucro la relación de agencia se establece entre la misión de la institución y, quizás (como se ha sugerido), los miembros del público a quienes la institución intenta beneficiar, como mandantes o principales, y su directorio, como mandatario o agente. Según Goldschmid “los directores y ejecutivos de las organizaciones con fines de lucro están principalmente ocupados de la maximización de las ganancias en el largo plazo. Si bien los directores y ejecutivos de las instituciones sin fines de lucro tienen los temas económicos presentes, están principalmente ocupados del cumplimiento efectivo de la misión de esas instituciones.”¹⁰⁰ Esta realidad también se aplica a las universidades. Adicionalmente, a diferencia de los directores de sociedades, puede que los directores designados en las instituciones sin fines de lucro tengan escasa o ninguna experiencia de negocios, que hayan sido elegidos para el cargo por motivos completamente ajenos a su capacidad para obtener términos provechosos o equitativos en una transacción y que se muestren reacios a gastar fondos de la institución en asesores externos. Además, considerando que, por regla general, no son remunerados, dispondrán de un tiempo limitado para dedicar a las instituciones en que sirven. Finalmente, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades anónimas, en las instituciones sin fines de lucro no existe una protección análoga a aquella que otorga la aprobación o ratificación de un acto por una junta de accionistas ni tampoco, como ocurre en las sociedades anónimas abiertas, su gestión está sometida al escrutinio de una autoridad regulatoria especializada y, en efecto, del público general, a través de la información que se les exige difundir.¹⁰¹ No obstante, es probable que los directores de las instituciones sin fines de lucro tengan que enfrentar serios conflictos de interés, al igual que sus pares en las organizaciones con fines de lucro. Debido a estas características propias de los directorios de las instituciones sin fines de lucro, no sería prudente esperar que las protecciones que otorga el procedimiento propuesto en la sección V para los casos de conflictos de interés sean efectivas sin que exista, en primer lugar, un marco de normas que regulen los deberes fiduciarios de quienes sirven en los directorios de las universidades; y, luego, una entidad fiscalizadora con atribuciones y recursos adecuados.

La legislación chilena actual no contempla normas específicas sobre los deberes fiduciarios que aplican a los directores de las universidades. Las únicas reglas existentes son aquellas contenidas en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, aplicables a las personas jurídicas sin fines de lucro, y de manera supletoria a las universidades. Estas reglas son, sin embargo, considerablemente acotadas.

Una futura normativa sobre el gobierno de las universidades debería contemplar, además de reglas para la resolución de conflictos de interés, las que podrían estar inspiradas en el procedimien-

gan.” Código Civil de Chile, artículo 2.053. Así, desde un punto de vista teórico, las sociedades son exactamente lo opuesto a las instituciones sin fines de lucro.

¹⁰⁰ Harvey J. Goldschmid, “Fiduciary Duties of Nonprofit Directors and Officers: Paradoxes, Problems, and Proposed Reforms”, *Journal of Corporation Law* 23 (Summer 1998): 641.

¹⁰¹ *Ibidem*, 637.

to propuesto en la sección V, normas específicas relativas a los deberes fiduciarios de los directores. Los deberes de cuidado y de lealtad deberían adaptarse a las características únicas de los directorios de instituciones sin fines de lucro y, especialmente, a la realidad de las universidades chilenas (directorios que constan, al menos en parte, de expertos en educación, volumen considerable de transacciones con entidades relacionadas, falta de recursos públicos destinados directamente a las universidades privadas y necesidad de recaudar fondos en un entorno de escasa filantropía).

La legislación chilena ha equiparado históricamente el deber de cuidado con el deber de actuar con la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Este es el estándar actualmente vigente en el contexto de las sociedades anónimas, según la Ley sobre Sociedades Anónimas, y también en el contexto de las personas jurídicas sin fines de lucro, conforme al Título XXXIII del Libro I del Código Civil.¹⁰² Sin embargo, este estándar no pareciera ser enteramente apropiado ya que no toma en consideración las circunstancias particulares de los directores de organizaciones sin fines de lucro. Al enmarcar el alcance del deber de cuidado, podría ser útil considerar el enfoque de organizaciones internacionales y legislaciones extranjeras. La OCDE, en sus recomendaciones de gobierno corporativo, dispone que el deber de cuidado “requiere a los miembros del directorio actuar de una manera plenamente informada, de buena fe y con la debida diligencia y cuidado. En algunas jurisdicciones hay un estándar de referencia que es el comportamiento que una persona razonablemente prudente habría tenido en circunstancias similares.”¹⁰³ En Estados Unidos, precisamente, jurisdicción con vasta experiencia en gobiernos corporativos, el deber de cuidado de los directores se ha regulado tradicionalmente considerando lo que una persona ordinariamente prudente habría hecho en “circunstancias similares” y en una “posición semejante”.¹⁰⁴ Según Goldschmid,

los términos “circunstancias similares” y “posición semejante” otorgan flexibilidad, permitiendo que factores como la naturaleza de la institución sin fines de lucro, su tamaño y complejidad, la magnitud de cualquier problema y el rol individual de un director o ejecutivo, sean tomados en cuenta al juzgar si el director o ejecutivo han actuado con cuidado razonable.¹⁰⁵

¹⁰² Ver Ley N° 18.046 de 1981 y Código Civil de Chile, artículos 44 y 551-2.

¹⁰³ OECD, “Principles of Corporate Governance”, 2004, 59:
<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>

¹⁰⁴ Ver American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volume 1* (Saint Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers, 1994), 133. A su vez, la American Bar Association propone que la consideración de una persona en una “posición semejante” no requiere la representación de lo que un director particular habría creído apropiado en las circunstancias del caso, sino lo que una persona “en una posición semejante y actuando bajo las mismas circunstancias habría creído razonablemente apropiado”, por lo que “el grado de cuidado que los directores debieran emplear (...) implica un estándar objetivo.” American Bar Association, *Model Business Corporation Act Annotated*, (United States of America: American Bar Association, 2008), 8-193.

¹⁰⁵ Goldschmid, “Fiduciary Duties”, 642.

Una aproximación como ésta no es actualmente considerada por la normativa chilena, que se centra, en cambio, en la diligencia y cuidado del hombre medio. Sin embargo, la elevada confianza depositada en los directores, en tanto administradores de un patrimonio ajeno, requiere de ellos una responsabilidad especial, que excede la de la diligencia y cuidado del hombre medio. Este principio cobra aun mayor vigor en las instituciones sin fines de lucro, donde la fiscalización de terceros es considerablemente más acotada que en el ámbito societario (donde los socios o accionistas ejercen un rol supervisor). Un enfoque ajustado a las circunstancias del caso y que, sobre todo, reconozca la elevada confianza depositada en quienes sirven como agentes fiduciarios, como el descrito, sería una contribución útil en cualquier intento futuro de legislar sobre el estándar de conducta de los directores de instituciones sin fines de lucro (sin que se descarte su aplicación, además, en el contexto societario).

No obstante, el uso de conceptos como “circunstancias similares”, “posición semejante” u otros del tipo, resultan actualmente ajenos a la legislación chilena, incluso en el contexto de la regulación societaria. Respecto al estándar de cuidado que sí resulta aplicable, tampoco existe suficiente jurisprudencia y opiniones que sirvan de guía sobre su aplicación a casos concretos, especialmente en lo referido a instituciones sin fines de lucro. Esta falta de experiencia no debiera disuadirnos de realizar esfuerzos por mejorar nuestra regulación actual en materia de deberes fiduciarios, introduciendo, quizás, conceptos que vayan en línea con los antes mencionados. Si bien el mejor manejo de estos conceptos sólo lo traerá la experiencia, hay hechos objetivos que proporcionan información acerca de la diligencia o negligencia con la que actúa un director al tomar una decisión, y que indudablemente arrojan luces para hacer una comparación con lo esperable en circunstancias similares. La asistencia regular de un director a las reuniones de directorio, sus opiniones registradas en las actas de dichas reuniones, un registro de las asesorías independientes que se han solicitado (lo que es especialmente relevante para los directores independientes), el diseño e implementación de códigos de conducta ética al interior de la institución, la creación de mecanismos confidenciales para el reporte de situaciones de riesgo o irregularidades que se detecten al interior de ella y, en general, cualquier evidencia acerca de los esfuerzos del directorio y de cada uno de sus miembros en forma particular, por actuar en forma competente, de buena fe y en el mejor interés de la institución, constituirán instancias valiosas para evaluar potenciales responsabilidades.¹⁰⁶ Otros factores debieran también considerarse, como el tamaño y complejidad de la institución, sus circunstancias particulares, los recursos que la institución pone a disposición de los directores para ocuparse de determinados asuntos, la relevancia del asunto para la institución y qué tan predecibles eran los resultados indeseados al tiempo en que se tomó una decisión (cuidando

¹⁰⁶ En este sentido, una iniciativa particularmente valiosa es la Norma de Carácter General N° 341 emitida por la Superintendencia de Valores y Seguros, con fecha 29 de noviembre de 2012. En ella se impone a todas las sociedades anónimas abiertas la obligación de remitir a dicha Superintendencia en forma anual sus respuestas a un cuestionario sobre sus respectivas prácticas de gobierno corporativo. Entre otras materias, debe entregarse información sobre el funcionamiento del directorio, mecanismos de registro de los antecedentes tenidos en cuenta para tomar una decisión, tratamiento de conflictos de interés y existencia de códigos de conducta, políticas de compensación de ejecutivos e implementación de políticas para el control del riesgo en la empresa. Esta información debe además ser enviada a las bolsas de valores y ser puesta a disposición del público en el sitio de internet de las respectivas sociedades. Ver Superintendencia de Valores y Seguros, Norma de Carácter General N° 341, 29 de noviembre de 2012.

distinguir meros errores de juicio al tomar una decisión de negocios, de manifiesta falta de atención o negligencia). Una vez que se ha recogido y procesado esta información, corresponderá a los tribunales decidir si los esfuerzos colectivos e individuales desplegados por los directores han sido los razonablemente adecuados (de conformidad al estándar propuesto) para evitar la existencia de las consecuencias indeseadas.

En cuanto al deber de lealtad, los deberes de los directorios universitarios “no pueden ser otros que los de cautelar el interés que la corporación o la fundación universitaria declaró servir al momento de constituirse y no los intereses de los controladores.”¹⁰⁷ Principios como los considerados en la propuesta de un procedimiento para la aprobación de transacciones con entidades relacionadas, otorgan una guía que esclarece cómo debe esperarse que actúen los directores frente a una situación de conflicto de interés. Así, debiera hacerse hincapié en la divulgación oportuna, completa y precisa de cualquier potencial conflicto de interés que pudiere afectar a la universidad, la exclusión de los directores afectados por el conflicto de la toma de decisiones respecto al mismo y, como siempre, la buena fe. En cualquier caso, la aplicación de todos estos estándares requiere de una cuidadosa evaluación imparcial de las circunstancias específicas de cada caso.

Las consecuencias de las infracciones al deber de cuidado y al deber de lealtad por parte de los directores de las universidades debieran también ser consideradas en futuras iniciativas tendientes a mejorar el gobierno de estas últimas.

Además de la existencia de un marco de normas específicas, se hace imprescindible la creación de una entidad especializada que fiscalice el cumplimiento de las normas aquí tratadas y las demás que regulen la actividad de las universidades. Como se ha dicho, el Ministerio de Educación carece en la práctica de las atribuciones y recursos adecuados para llevar adelante un rol de control activo y permanente y, por cierto, debe atender tareas mucho más amplias que la fiscalización de las instituciones de educación superior. En atención a ello y, especialmente, a las acotadas instancias de control y rendición de cuentas de las instituciones sin fines de lucro; la plena aplicación y efectividad del marco regulatorio requiere la existencia de un servicio gubernamental especializado dedicado exclusivamente a la fiscalización de las universidades y demás instituciones de educación superior. Éste debiera depender del Ministerio de Educación, tener personalidad jurídica y patrimonio propio, y contar con atribuciones y recursos apropiados para velar por el buen funcionamiento de las instituciones sometidas a su fiscalización. Respecto de las universidades, en especial, debiera estar a su cargo la recepción y revisión de información periódica que se les requiera (incluyendo información financiera y sobre transacciones con entidades relacionadas) y el desarrollo de procesos de investigación respecto de irregularidades observadas y denuncias recibidas, pudiendo imponer sanciones y multas a las personas naturales que resulten responsables.

¹⁰⁷ Ver Peña, “La universidad y el lucro”, 134.

VII. La legislación como herramienta para atraer talento a los gobiernos universitarios

La existencia de un marco regulatorio específico y una entidad de fiscalización especializada son cruciales para el buen funcionamiento del sistema universitario. Sin perjuicio de lo anterior, la legislación debiera ser diseñada tomando en cuenta la extraordinaria importancia que los directores universitarios tendrán en la educación de futuras generaciones. De ahí que exista una imperiosa necesidad de incentivar a personas con conocimientos y experiencia a participar en ellos. En el cumplimiento de ese propósito, la legislación tendrá un rol crucial.

Siguiendo esa línea, el Proyecto de Ley dio un paso adelante, estipulando expresamente que, en consideración a las responsabilidades pecuniarias que podrían recaer sobre los directores de una universidad, los estatutos de la respectiva institución podrían disponer que éstos fueran remunerados (fijándose anualmente la cuantía de la remuneración por la respectiva asamblea de socios o miembros u órgano equivalente).¹⁰⁸ Lo anterior es una novedad en el ámbito de las instituciones sin fines de lucro, pues debe recordarse que, conforme a lo dispuesto en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, los directores de una institución sin fines de lucro, al menos en lo que compete a su servicio como director, no deben ser remunerados¹⁰⁹ (estas normas se aplican supletoriamente a las universidades, por lo que sus estatutos pueden disponer el pago de remuneraciones a sus directores). La mención expresa en el Proyecto de Ley de la posibilidad de que los directores universitarios sean remunerados es, en efecto, un primer avance en reconocer la importancia de incentivos para que personas con potencial para hacer contribuciones valiosas acepten el cargo. Sin embargo, una nueva propuesta legislativa podría ir un paso más allá, disponiendo que los directores universitarios serán remunerados, a menos que los estatutos de la universidad dispongan expresamente lo contrario. Para los miembros del comité de directores independientes, en atención a las responsabilidades especiales que sobre ellos recaerían (como la implementación de políticas para el tratamiento de conflictos de interés, la preparación de informes sobre transacciones con entidades relacionadas y, según sus labores requieran, reuniones adicionales a las regulares del directorio), siguiendo la solución de la Ley sobre Sociedades Anónimas, la ley podría mandar (a menos que los estatutos de la universidad expresamente dispongan lo contrario) una remuneración adicional para ellos en proporción a aquella recibida por los demás miembros del directorio.¹¹⁰ Para evitar los serios conflictos de interés que implica la fijación de las remuneraciones de los directores universitarios por el propio directorio de la universidad, esta determinación, si-

¹⁰⁸ El argumento del Proyecto de Ley para referirse expresamente a la posibilidad de que los directores de universidades sean remunerados es importante; sin embargo, la remuneración de los directores se vincula no sólo a una compensación por el riesgo de su eventual responsabilidad, sino también a la retribución por los servicios que presten en ejercicio de su cargo.

¹⁰⁹ Ver Código Civil de Chile, artículo 551-1.

¹¹⁰ Dispone el artículo 50 bis de la Ley sobre Sociedades Anónimas, en su parte relevante, que “los directores integrantes del comité serán remunerados. El monto de la remuneración será fijado anualmente en la junta ordinaria de accionistas, acorde a las funciones que les corresponde desarrollar, pero no podrá ser inferior a la remuneración prevista para los directores titulares, más un tercio de su monto.” Ley N° 18.046 de 1981.

guiendo al Proyecto de Ley, debiera quedar entregada a los miembros de la universidad, y fijarse en consideración “a las responsabilidades y dedicación requeridas por la función y a las condiciones habituales de mercado a la fecha correspondiente.”¹¹¹

Debe tenerse presente que, incluso en la actualidad, los directores de instituciones sin fines de lucro pueden verse obligados a responder con su propio patrimonio por las consecuencias perjudiciales de sus decisiones en el cargo. Ello cobra todavía mayor importancia para el caso de las universidades si se apunta a tener una entidad de fiscalización especializada que ejerza un control activo y tenga la facultad de imponer sanciones y multas sobre los directores de las universidades. Para que la existencia de controles activos y el riesgo de sanciones y multas no desincentive a personas idóneas para participar en directorios universitarios, es preciso utilizar herramientas legislativas que, sin obstar a la efectividad de los controles, provean incentivos suficientes para que esas personas se sumen a los distintos proyectos.

El desafío de mantener sistemas efectivos de control y al mismo tiempo generar incentivos para la atracción de talentos es un problema común en las naciones desarrolladas, y, sin dudas, uno que debe enfrentar Chile ante la aparición cada vez más frecuente de denuncias sobre irregularidades e imposición de sanciones en los gobiernos corporativos al interior de sociedades abiertas a la inversión pública. Así, la tendencia actual en las regulaciones societarias de países con experiencia en este fenómeno es otorgar a quienes sirven en directorios cuanto alivio de responsabilidad sea en derecho posible, en la medida que los directores actúen de buena fe, debidamente informados, en una creencia razonable que su actuación es en el mejor interés de la organización, y no hayan incurrido en infracciones a su deber de lealtad. Dichas jurisdicciones han desarrollado exhaustivos sistemas de resguardos contra la responsabilidad civil de los directores, que, con el tiempo, se han transformado en herramientas esenciales para la atracción de talento en sus organizaciones y el manejo del riesgo en sus economías.¹¹² Como resulta evidente, una legislación que favorezca el desarrollo de un sistema universitario moderno, transparente y al mismo tiempo abierto a los mejores talentos de nuestra sociedad, debe necesariamente hacerse cargo de estos desafíos.

En ese contexto, debido a la complejidad y tamaño de las universidades modernas, es muy importante que se reconozca la posibilidad de que sus directores, actuando de buena fe, tomen decisio-

¹¹¹ Ver Presidencia de la República, “Proyecto que crea la Superintendencia de Educación Superior”, 36.

¹¹² La regulación de sociedades del Estado de Delaware (donde una amplia mayoría de las más grandes sociedades de Estados Unidos se encuentra constituida), por ejemplo, permite que las sociedades constituidas en dicho Estado incluyan en sus estatutos renunciaciones a ejercer acciones contra sus directores por las infracciones de éstos a su deber de cuidado (lo que ha sido adoptado por cerca del 90 por ciento de las sociedades constituidas en dicho Estado), indemnizaciones a sus directores por su responsabilidad en actos culposos, y reembolsos o adelantos a sus directores por las expensas legales en que incurran en la defensa de las demandas que enfrenten por infracciones a sus deberes. Además, dispone la ley que dichas sociedades pueden contratar seguros de responsabilidad civil para sus directores y ejecutivos a costa de la sociedad respectiva (lo que en la práctica casi siempre hacen). Estos mecanismos de protección, en general, excluyen casos en que los directores no hayan actuado de buena fe o hayan incurrido en faltas a su deber de lealtad. Las disposiciones anteriores son también aplicables a las corporaciones sin fines de lucro constituidas en el Estado de Delaware, por lo que éstas también pueden hacer uso de las prerrogativas mencionadas. Ver Delaware General Corporation Law §102(b)(7) y §145(a), (c), (f) y (g), Estado de Delaware, Estados Unidos.

nes en base a la información obtenida de instancias diseñadas, justamente, para asistirlos en su función directiva.¹¹³ Así, un directorio que efectivamente dedique su tiempo a las decisiones más relevantes del quehacer universitario debiera implementar procedimientos y programas internos para el manejo de determinados asuntos universitarios (como, por ejemplo, comités con tareas específicas, designados por el directorio e integrados por funcionarios de la universidad) y recurrir, cuando lo estime conveniente, al servicio de asesorías especializadas externas (sea en materias educacionales financieras, legales, laborales, de marketing u otras). Contar con un presupuesto anual separado para uso exclusivo de los miembros del comité de directores independientes, como se ha propuesto, permitiría que esos directores, especialmente, pudieran beneficiarse de asesorías externas especializadas relativas al funcionamiento de los diferentes asuntos de la universidad. De tal manera, las decisiones que tomen los directores en base a la información obtenida de procedimientos y programas internos debiera contribuir a aliviar su responsabilidad, siempre que los procedimientos y programas hayan sido cuidadosamente implementados, que sea monitoreado su buen funcionamiento por el directorio, y que los directores actúen de buena fe. Lo mismo debiera aplicar respecto de las asesorías externas, en la medida de que éstas sean cuidadosamente seleccionadas (considerando su precio y experiencia), los proveedores mantengan una buena reputación en el mercado relevante y los directores actúen de buena fe.

Otra herramienta que puede ser también una manera eficaz para incentivar la participación de expertos valiosos en los directorios de las universidades es la utilización de seguros de responsabilidad civil para los directores. Estos seguros tienen una alta popularidad en el ámbito societario moderno y son cada vez más utilizados en Chile por las sociedades anónimas abiertas.¹¹⁴ Además, son muy comunes en el sector sin fines de lucro, incluyendo universidades, en países donde ese sector es prominente. Su cobertura, en general, comprende los costos asociados a defensas judiciales y condenas por infracciones al deber de cuidado de los directores, excluyendo, por lo general, casos de fraude o dolo (en general, cuando se actúa de mala fe) e infracciones al deber de lealtad (como casos de enriquecimiento injusto). Vale decir, quedan excluidas de la cobertura las esferas más sensibles de la condición fiduciaria por la que los directores responden.

¹¹³ Ver Goldschmid, "Fiduciary Duties", 643.

¹¹⁴ En el contexto de las sociedades anónimas abiertas, hace aproximadamente veinte años (y en mayor medida con posterioridad al Caso Chispas) que seguros como el propuesto son ofrecidos en el mercado local y utilizados como una herramienta para atraer y retener a directores y ejecutivos que son buenos aportes para cada sociedad. Según una nota publicada en *Economía y Negocios Online* en septiembre de 2014, a ese tiempo, más del 80 por ciento de las empresas del IPSA y no menos del 40 por ciento de las empresas del IGPA había contratado seguros de responsabilidad civil para directores y ejecutivos. Se indica, además, que las posibles reclamaciones no sólo provienen de instituciones ligadas al mercado bursátil, sino también de organismos gubernamentales, como por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio Nacional del Consumidor, aduanas, grupos ambientalistas y clientes, entre otros. Ver "Sube demanda por seguros para directores tras conflictos corporativos", *Economía y Negocios Online*, 23 de septiembre de 2014, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=123303> (accedida el 16 de abril de 2015). Tal como ocurre con las sociedades anónimas abiertas que han optado por esta alternativa para atraer buenos directores y ejecutivos, existe también un interés público en el buen gobierno de las universidades. Por lo demás, los directores de estas últimas no son inmunes a la acción de organismos gubernamentales como los mencionados y, especialmente, como se ha dicho, de una potencial entidad fiscalizadora especializada, como la Superintendencia de Educación Superior.

Si bien es cierto que la utilización de estos seguros conlleva un riesgo moral (pues los directores saben que las eventuales sanciones que podrían recibir serán, cuanto menos, moderadas a causa de la cobertura), dichos riesgos deben contrapesarse con los efectos *ex ante* que producen los seguros en el comportamiento de los individuos. La implementación de estos seguros no sólo contribuiría a que los posibles directores aceptaran designaciones para el cargo, sino que también los animaría a superar aversiones al riesgo al tomar decisiones que competen a la universidad y que pueden, con el tiempo, ser tremendamente provechosas (por ejemplo, al momento de atraer nuevos docentes, comprar un terreno para un nuevo campo de deportes, invertir en equipos para laboratorios, adquirir una colección de libros para las bibliotecas universitarias o iniciar desarrollo de proyectos en lugares distantes).¹¹⁵ La legislación puede utilizarse como punto de partida para movilizar a las universidades a seguir esta iniciativa, otorgándoles discreción para que éstas contemplen a nivel estatutario la contratación y financiamiento de estos seguros para sus directores.¹¹⁶

Replicar estas ideas en un proyecto futuro sería sumamente valioso. Ellas reconocen la importancia del propósito de incentivar a personas con conocimientos, experiencia, visión y capacidades para participar en los directorios de las universidades, sin menoscabar la efectividad de controles activos sobre los gobiernos universitarios y el fin último de la regulación: mejorar la calidad de nuestra educación superior.

VIII. Conclusiones

Las particulares características de la enseñanza universitaria, principalmente, asimetrías de información producidas por la dificultad de medir sus efectos, generan que la relación entre los estudiantes y sus universidades sea una relación de confianza. Mirado desde esa perspectiva, la prohibición de repartir excedentes que, desde hace más de treinta años, la legislación chilena impone a las universidades, es razonable, pues señala que las universidades no tienen los mismos incenti-

¹¹⁵ Ciertamente, tal como ocurre con las sociedades, una mala decisión de negocios puede afectar severamente el patrimonio de una institución sin fin de lucro. Sin embargo, es importante considerar que el efecto del incentivo de estos seguros opera *ex ante*, esto es, al momento de asumir un cargo en el directorio y antes de tomar una decisión. Si bien es cierto que (además de la cobertura para defensas legales) el seguro operará en caso que se determine judicialmente que ha existido responsabilidad por parte del director, debe tenerse presente que estos seguros, por lo general, excluyen casos relacionados a los deberes más críticos de los directores para con su institución; esto es, cuando se haya actuado con dolo o mala fe, o bien cuando se haya incurrido en infracciones al deber de lealtad (lo que incluye la obtención de beneficios personales al celebrar transacciones con entidades relacionadas). Al excluir dichos casos de la cobertura ofrecida por el seguro, se evita la existencia de buena parte de los incentivos perversos para los directores. En consecuencia, sólo en el caso en que se determine judicialmente la responsabilidad de los directores por infracciones a su deber de cuidado, y en la medida que dichas infracciones no involucren dolo o mala fe, quedarían los directores afectados cubiertos por estas pólizas.

¹¹⁶ El costo de estos seguros en Estados Unidos y Europa, por su alta popularidad, es relativamente bajo. Sin embargo, como es natural, las condiciones de la oferta de este producto en Chile para las instituciones sin fines de lucro (y las universidades, en particular) quedará condicionada por el interés de las compañías de seguro locales y las primas que éstas estén dispuestas a aceptar por la cobertura ofrecida.

vos que las organizaciones comerciales, cuyo propósito es maximizar los beneficios de sus propietarios. Sin embargo, no es del todo claro que una prohibición absoluta (que afecte a todas las universidades) sea la mejor alternativa para educar a los jóvenes chilenos. Proveedores con fines de lucro, en la medida que se evalúen sus resultados, estén sujetos y cumplan con requisitos de divulgación pública de información, y sean monitoreados por parte de una autoridad con atribuciones y recursos adecuados, buenamente podrían otorgar educación de calidad y ofrecer programas flexibles adaptados a las necesidades de distintos grupos de la población. En cualquier caso, por las razones antes mencionadas, las universidades sin fines de lucro siguen siendo deseables. No obstante, existe una inquietante falta de regulación en Chile en cuanto a sus gobiernos.

A principios de las décadas de los ochenta y noventa, cuando los legisladores chilenos promulgaron las leyes que, hasta la actualidad, sientan las bases de la legislación que gobierna a las universidades, no se contemplaron normas relacionadas con el tratamiento de los conflictos de interés que pudieran afectarlas. Tomando en consideración que la restricción al reparto de excedentes no afecta a entidades relacionadas a las universidades, la legislación ha dejado espacio para que, por la vía de esas transacciones, se causen perjuicios a las universidades, o más bien, a su misión y a quienes se benefician de sus servicios. Con todo, hay un importante consenso en la idea de que las transacciones con entidades relacionadas, cuando son adecuadamente administradas y sujetas a controles independientes, pueden ser eficientes y útiles para los intereses de las universidades. En efecto, durante las últimas tres décadas, las transacciones con entidades relacionadas han sido fundamentales para el financiamiento, crecimiento y desarrollo de las universidades nacionales, lo que no quita que hayan existido potenciales abusos. Esto lleva a la conclusión de que, en vez de prohibir las transacciones con entidades relacionadas, es más eficiente y menos costoso regularlas de una forma efectiva.

En este artículo se proponen diez principios que pueden servir como marco para una futura regulación de las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas. Éstos apuntan a un proceso informado de toma de decisiones, siendo la independencia su valor fundamental. Principios como los propuestos, recogidos parcialmente en un proyecto de ley retirado del Congreso a comienzos de 2014, podrían inspirar nuevos intentos legislativos que apunten a salvaguardar la transparencia, equidad y buena fe que se espera en el funcionamiento de nuestras universidades, así como un cumplimiento íntegro de su prohibición al reparto de excedentes.

Los principios referidos sólo lograrán una efectividad plena en la medida que, conjuntamente, el estándar de conducta y los deberes fiduciarios de quienes integran los directorios de las universidades sean debidamente regulados. Se hace necesario que el estándar de conducta impuesto reconozca la elevada confianza depositada en los directores universitarios, quienes administran un patrimonio ajeno enfrentando instancias de supervisión acotadas. Asimismo, la aplicación exitosa de estas protecciones y otras normas requiere de la creación de una entidad de fiscalización especializada, con recursos y atribuciones adecuados para llevar adelante su rol de control.

Con todo, es de la mayor importancia que cualquier regulación sea cuidadosamente diseñada, al mismo tiempo, para proteger el propósito de incentivar a personas con experiencia y talento para servir en los directorios de universidades. Del cumplimiento de ese propósito depende en buena medida la calidad de la educación que entreguemos a nuestros jóvenes en el futuro. Alternativas

que pueden ayudar a lograrlo son disponer expresamente en la ley que los directores de universidades recibirán una justa remuneración por sus servicios y, siguiendo el ejemplo de países desarrollados, establecer mecanismos que alivien la responsabilidad de los directores universitarios cuando éstos hayan actuado de buena fe, debidamente informados, en una creencia razonable que obran en el mejor interés de la organización y en cumplimiento, al menos, de su deber de lealtad. Medidas concretas que pueden producir este efecto es reconocer legislativamente resguardos para aquellos directores que actúan en base a antecedentes proporcionados por instancias de asesoría (en la medida que los responsables sean diligentemente seleccionados) y la posibilidad de que las universidades contemplen en sus estatutos la contratación de seguros de responsabilidad civil para sus directores, los que tienen amplio uso en el ámbito societario.

Bibliografía

Libros y documentos:

American Bar Association. *Model Business Corporation Act Annotated*. United States of America: American Bar Association, 2008.

American Law Institute. *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volume 1*. Saint Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers, 1994.

Bernasconi, Andrés. "El motivo del lucro en la educación superior". *International Higher Education* 71, (Spring 2013): 9-11.

Bernasconi, Andrés. "Prohibición del lucro en las universidades: alcance y consecuencias". *Temas de la Agenda Pública* 62 (2013):

http://politicaspUBLICAS.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion.archivo_adjunto.a4788f2afd30dd21.5061706572204ec2ba203632204c7563726f20656e2045647563616369c3b36e205375706572696f722e706466.pdf

Bernasconi, Andrés & Fernando Rojas. *Informe sobre la educación superior en Chile: 1980-2003*. Santiago: Editorial Universitaria, 2004.

Beyer, Harald. "La discusión sobre el lucro: ¿acento correcto?". *Revista Capital*, 18 de octubre de 2011. <http://www.brunner.cl/?p=2235>

Beyer, Harald. "Una agenda para la educación superior". Centro de Estudios Públicos, *Documento de Trabajo* N° 390 (Enero 2013). http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5235_3352/HBeyer_presentacion.pdf

Brunner, José Joaquín & Cristóbal Villalobos. *Políticas de educación superior en Iberoamérica, 2009-2013*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.

Dirección de Presupuesto de Chile, "Gasto público en educación superior 1990-2012".

Fishman, James J. & Stephen Schwarz. *Cases and Materials on Nonprofit Organizations*. New York: Foundation Press, 1995.

Fontaine, Arturo. "Lucro, universidad y filantropía". *Estudios Públicos* 128 (2012): 157-173.

Goldschmid, Harvey J. "Fiduciary Duties of Nonprofit Directors and Officers: Paradoxes, Problems, and Proposed Reforms". *Journal of Corporation Law* 23 (Summer 1998): 631-653.

Hansmann, Henry. "Why are Colleges and Universities Exempt from Taxes?". Preparado para la 25° Conferencia Anual del National Center on Philanthropy and the Law: "Colleges and Universities: Legal Issues in the Halls of Ivy", 24 y 25 de octubre de 2013:

<http://www1.law.nyu.edu/ncpl/resources/documents/HenryHansmann-COLLEGEANDUNIVERSITYEXEMPTION.pdf>

OECD. "Education at a Glance 2014: OECD Indicators": 2014. <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2014-en>

OECD. "Principles of Corporate Governance". 2004:

<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>

Paredes, Ricardo. "Universidad y lucro, o el dilema de la cobertura". *Estudios Públicos* 128 (2012): 174-185.

Peña, Carlos. "La universidad y el lucro: cómo impedirlo y por qué". *Estudios Públicos* 128 (2012): 116-136.

Swords, Peter. "How to Read the New IRS Form 990. Expansion: Section 4958 (the "Intermediate Sanctions Rule")". *Non-Profit Coordinating Committee of New York*. <http://www.npcny.org/new990/Expansion-4958.pdf>

The Carnegie Classification of Institutions of Higher Education:

<http://carnegieclassifications.iu.edu/summary/basic.php>

The Economist. "Special Report Universities". 28 de marzo de 2015.

Vargas, Ernesto & Claudia Martínez. "Evaluación del sistema de franquicias tributarias para donaciones a universidades en Chile". *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas* 12 (2012):

<http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/aa496d822815db1c812d016694dc5ee46c98e685.pdf>

Williamson, Carlos. "Universidad y lucro". *Estudios Públicos* 128 (2012): 137-156.

Normas, dictámenes y otros documentos oficiales:

Código Civil. República de Chile.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Educación Pública del 3 de enero de 1981. "Fija normas sobre universidades". República de Chile.

Decreto con Fuerza de Ley N° 5 del Ministerio de Educación Pública del 16 de febrero de 1981. "Fija normas sobre institutos profesionales". República de Chile.

Decreto con Fuerza de Ley N° 24 del Ministerio de Educación Pública del 16 de abril de 1981. "Fija normas sobre centros de formación técnica". República de Chile.

Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Educación del 2 de octubre de 2007. "Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 153, de 1981, que establece los estatutos de la Universidad de Chile". República de Chile.

Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del Ministerio de Educación del 2 de julio de 2010. "Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005". República de Chile.

Instituto Nacional de Estadísticas de Chile. "Chile proyecciones y estimaciones de población. Total país 1950-2050":

http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/proyecciones/Informes/MicrosoftWordInforP_T.pdf

Ley N° 18.046 del 22 de octubre de 1981. "Ley sobre sociedades anónimas". República de Chile.

Ley N° 18.956 del 8 de marzo de 1990. "Reestructura el Ministerio de Educación Pública". República de Chile.

Ley N° 18.962 del 10 de marzo de 1990. “Ley orgánica constitucional de enseñanza”. República de Chile.

Ministerio de Educación de Chile. “Becas y créditos 2015”:

http://www.mineduc.cl/usuarios/becasycreditos/doc/201411181621000.insertoBYC_2015VF.pdf

Presidencia de la República de Chile. “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación Superior (Mensaje N° 277-359)”. 10 de noviembre de 2011.

Servicio de Información de Educación Superior de Chile. “Deserción & reingreso a educación superior en Chile, análisis de la cohorte 2008”:

http://www.mifuturo.cl/images/Estudios/Estudios_SIES_DIVESUP/desercion_reingreso_a_educacin_superior.pdf

Servicio de Información de Educación Superior de Chile. “Evolución de la matrícula de pregrado por tipo de institución 1983-2013”. <http://www.mifuturo.cl/index.php/estudios/estructura-compendio>

Servicio de Información de Educación Superior de Chile. “Informe matrícula 2014”:

<http://www.mifuturo.cl/index.php/informes-sies/matriculados>

Servicio de Información de Educación Superior de Chile. “Panorama de la educación superior en Chile 2014”.

http://www.mifuturo.cl/images/Estudios/Estudios_SIES_DIVESUP/panorama_de_la_educacion_superior_2014_sies.pdf

Superintendencia de Valores y Seguros. Norma de Carácter General N° 341. 29 de noviembre de 2012.

Superintendencia de Valores y Seguros. Oficio Ordinario N° 9914. 18 de abril de 2012.

Superintendencia de Valores y Seguros. Oficio Ordinario N° 4374. 21 de febrero de 2013.

Normas y jurisprudencia extranjera:

Delaware General Corporation Law. Estado de Delaware. Estados Unidos.

Internal Revenue Code. Estados Unidos.

New York Not-for-Profit Corporation Law. Estado de Nueva York. Estados Unidos.

Weinberger v. UOP, INC., 457 A.2d 701 (Del. 1983).

Serie Propuestas de Política Pública

La prohibición a los fines de lucro y propuestas de gobierno para las universidades chilenas

IGNACIO VALENZUELA NIETO

Número 8 mayo 2015

Fortalecimiento de la función fiscalizadora del Servel

ISABEL ANINAT S. Y RICARDO GONZÁLEZ T.

Número 7 abril 2015

Subsidio al arriendo: primeros resultados y pasos a seguir

SLAVEN RAZMILIC

Número 6 marzo 2015

El sector energético en Chile y la Agenda de Energía 2014: Algunos elementos para la discusión

ANDRÉS HERNANDO

Número 5 diciembre 2014

Impuesto territorial y financiamiento municipal

SLAVEN RAZMILIC

Número 4 noviembre 2014

Desafíos y algunos lineamientos para el sistema de seguros de salud en Chile

CAROLINA VELASCO O.

Número 3 octubre 2014

Financiamiento permanente no electoral de los partidos políticos

ISABEL ANINAT S. Y RICARDO GONZÁLEZ T.

Número 2 septiembre 2014

Un sistema electoral mixto para el presidencialismo chileno

LUCAS SIERRA I. Y RICARDO GONZÁLEZ T.

Número 1 agosto 2014

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

www.cepchile.cl