

ACCOUNTABILITY EN LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS, UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO. EL CASO DE LAS UNIVERSIDADES EN CHILE

ACCOUNTABILITY IN NONPROFITS, A VISION OF COMPARATIVE LAW. THE CASE OF UNIVERSITIES IN CHILE

MARÍA FERNANDA JUPPET EWING*

RESUMEN

El presente artículo propone un estudio respecto del problema de lucro desde un punto de vista doctrinario, aplicado brevemente al caso de las universidades en Chile, distinguiendo qué actividades podrían encuadrarse dentro de la legalidad de las actividades de organizaciones no lucrativas, y cuáles podrían considerarse cuestionables desde la legislación nacional.

Asimismo, explica algunos criterios de fiscalización utilizados en derecho comparado, asumiendo dos realidades disímiles, la española y la norteamericana, buscando diversas perspectivas regulatorias para las organizaciones sin fines de lucro en nuestro país.

Palabras clave: *lucro, universidades, beneficios tributarios organizaciones no lucrativas, asociaciones de interés general.*

ABSTRACT

This article proposes a study on the problem of profit from a doctrinal standpoint, briefly applied to the case of universities in Chile, distinguishing activities that could fit into the legality of the activities of nonprofit organizations, and what could be considered questionable from national legislation.

* Abogada. Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo. MBA en administración de empresas de economía social, mención en fundaciones, Universidad de Valencia, España. LL. M. University of California, Berkeley, US. Decana de Derecho Universidad de las Ciencias, Artes y Comunicaciones.

It also explains some audit criteria used in comparative law, assuming two dissimilar realities, the Spanish and the U.S., looking for different regulatory perspectives for nonprofit organizations in our country.

Key words: *profits, universities, nonprofit tax benefits, interest associations.*

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años la temática del lucro asociado al giro universitario ha sido una de las más comentadas en la escena nacional, basado más que todo en prejuicios y falta de información básica, tanto de los conceptos asociados, como de la normativa nacional e internacional aplicable en dicho análisis.

Lo anterior no es un hecho que pueda impactar al área especializada, dado que las organizaciones no lucrativas no han sido abordadas en análisis jurídicos especializados desde la década de los 70. Al contrario del estudio observado en derecho comparado, donde el Centro de estudios de organizaciones no lucrativas de la Universidad Johns Hopkins, o el Centro de Investigación sobre organizaciones no lucrativas de la Universidad de Valencia han dedicado las últimas décadas a dilucidar no sólo propuestas jurídicas orientadas a guiar a fundaciones, cooperativas y mutualidades, sino que han abordado investigaciones fundamentales en las áreas de la economía, contabilidad, políticas públicas, etc.

Este artículo busca la propuesta de un marco conceptual que nos permita tomar la discusión en comento desde una visión política que puede ser utilizada como propuesta para una potencial modificación legal o reglamentaria y encuadrarla en el marco normativo de análisis que el ordenamiento jurídico chileno nos permite hasta la fecha. Tomando, asimismo, ciertas ideas basadas en derecho comparado en relación a las sanciones aplicables a organizaciones sin fines de lucro que se desvían de su misión institucional.

II. ALGUNAS IDEAS SOBRE ENTIDADES SIN FINES DE LUCRO

Tradicionalmente, se indica que el elemento diferenciador en las entidades sin fines de lucro está dado por la prohibición implícita que las limita en la realización de su quehacer, es decir, una prohibición tácita al desarrollo de actividades económicas. Premisa que, como revisaremos a continuación, no es más que un error común de entendimiento.

Asimismo, se indica que las organizaciones sin fines de lucro se encuentran orientadas hacia la consecución de un interés general, difícil de definir, pero que puede comprenderse como: *“Un rasgo común en todas las contribuciones, que algunos*

consideran más como el interés público (el 'bien común') definido y perseguido por las autoridades públicas, nacionales, regionales, locales e incluso supranacionales. Mientras que otros lo conciben como el interés común de los miembros cooperadores, mutualistas o asociados".¹

De tal manera, la orientación de la actividad de las organizaciones no lucrativas queda clara por la característica general que se le da a la satisfacción de necesidades planteada por la organización. Que podrá ser identificable con la noción de bien común propia del derecho público, o simplemente implicar el bienestar colectivo de un determinado grupo, sin que ello implique, como lo revisaremos más adelante dentro de esta presentación, la consecución de una repartición directa o indirecta de utilidades por la actividad económica ejercida por la entidad.

Con todo, la mera enunciación de la finalidad de las organizaciones sin fin de lucro es inductiva a error, dado que nos da la idea de instituciones orientadas a la beneficencia, lo cual dista de la real misión de estas instituciones. En palabras del más grande autor en la materia Lester Salamon: *"Es importante reconocer la diferencia entre organizaciones filantrópicas y entidades sin fin de lucro o 'non-profit sector".* Mientras la primera entrega regalos consistentes en dinero o tiempo para finalidades públicas, la segunda *"engloba a una serie de organizaciones de naturaleza privada que sirven a propósitos públicos, como es el caso de investigación en salud, educación, progreso científico, bienestar social, o pluralismo".²*

De tal manera, es posible comprender que las instituciones sin fines de lucro están llamadas a participar en la consecución del bienestar general, apoyando en este punto la labor del Estado a través del ejercicio de la iniciativa privada. Con todo, en dicha definición de objetivos jamás se aborda la gratuidad forzada respecto de los bienes y servicios entregados por las organizaciones a sus beneficiarios.

Siguiendo al investigador de organizaciones no lucrativas, Lester Salamon, estas organizaciones permiten a los individuos imponer ciertas temáticas en la agenda pública, mediante un esfuerzo privado: *"Las organizaciones no lucrativas permiten a grupos de individuos unir sus recursos con la finalidad de producir bienes colectivos que todos ellos desean, pero que no logran convencer a la mayoría de sus conciudadanos a priorizar".³*

De tal manera, surge entre el espacio de lo público y de lo privado un tercer sector, orientado hacia la consecución del bien común a través de la canalización de la iniciativa privada. Por regla general, este grupo se organiza a través de asociaciones especialmente diseñadas para el ejercicio de actividades sin fines de lucro, como

¹ MONNIER, Lionel; THIRY, Bernard, *Cambios estructurales e interés general*, España, Editorial CIRIEC, 1997, p. 3.

² SALAMON, Lester, *America's nonprofit sector*, The Foundation Center, The Johns Hopkins University, 1992, p. 5.

³ SALAMON, Lester, *America's nonprofit sector*, The Foundation Center, The Johns Hopkins University, 1992, p. 8.

es el caso de fundaciones, asociaciones y cooperativas entre otros, esta es la regla seguida por nuestro país.

En otras latitudes se opta por determinar un grupo de beneficios tributarios a los que pueden acceder sociedades incluso configuradas como sociedades comerciales, cuando se encuentran orientadas hacia el bienestar público y cumplan con ciertos requisitos establecidos por la ley, algunos países que han optado por este modelo son Estados Unidos y Alemania.

Es reconocido por la doctrina, que la labor realizada por las agrupaciones genera un mejoramiento considerable en la sociedad en diversos ámbitos que van desde el desarrollo de la investigación científica hasta el desarrollo local. Siguiendo a Sánchez Pachón: “... en el ámbito científico, social y político existe un amplio consenso en el reconocimiento del valor social añadido que aporta la economía social: cohesión social, empleo, generación y mantenimiento de tejido social y económico, desarrollo de la democracia, innovación social, desarrollo local”.⁴

Dentro de las actividades desarrolladas por las entidades del tercer sector o de la economía social, destacan las inversiones en bienestar social, inserción laboral, organizaciones de inclusión, educación, investigación, entre otras. Desde el enfoque anglosajón el: “...non-profit sector o non profit organization (NPO) que abarcaría las organizaciones privadas, formalmente organizadas, con capacidad de autogobierno, participación de voluntariado altruista en sus actividades y que no pueden distribuir sus beneficios a las personas que las controlan, teniéndose que destinarse o a la realización de sus objetivos o a ayuda de las personas que no ejerzan ningún control sobre la organización”.⁵

Comprendiendo la preeminencia de las características públicas en las organizaciones no lucrativas, se hace necesario ahondar en ellas más que mediante el reconocimiento de su existencia como mero reconocimiento de su labor, especialmente en países como el nuestro, que basan gran parte de sus planes de superación de la pobreza en estas organizaciones, como es el caso del programa “Un techo para Chile”, como base no reconocida para la eliminación de campamentos marginales en nuestro país.

De tal manera, la preocupación de los particulares en áreas básicas de protección social se hace patente en cada revisión internacional. Otro caso que resulta evidente es el de la educación, punto que fue tratado en el último informe de la OCDE, el aporte de los privados excede notablemente al promedio de los países de la organización, donde el aporte público es sustancial en la materia.

⁴ SÁNCHEZ PACHÓN, Ángel, “Marco jurídico de las empresas de economía social: dificultades y alternativas en la configuración de un estatuto jurídico para las entidades de economía social”, en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 19, diciembre 2008, p. 4.

⁵ *Ibid.*, p. 7.

Con todo, el estudio, especialmente jurídico, relativo a las organizaciones de este sector es restringido, limitándose a la incorporación de beneficios tributarios al sistema, como forma de apoyar a los privados involucrados, o la incorporación de normas que vengan a regular la fiscalización de estas organizaciones.

Siendo necesaria una revisión sistematizada con un carácter internacional, relativa a las formas jurídicas utilizadas para la institucionalización de estas organizaciones, que hagan aplicables criterios comunes en el análisis de las mismas desde un punto de vista jurídico.

Necesidad que obliga al derecho a basarse en los conceptos construidos por otras ciencias afines que le otorguen el contenido necesario para iniciar una investigación estructurada de esta temática. En palabras de Sánchez Pachón: *“La falta de un reconocimiento explícito en el ámbito jurídico de la realidad que –fuera de la diversidad terminológica– conocemos como de la economía social, la falta de textos legales que definan o regulen la economía social, obliga a acudir a conceptos construidos desde las aportaciones doctrinales, particularmente económicas, no siempre coincidentes y cuya acomodación a las distintas formas jurídicas de empresa que el ordenamiento jurídico ofrece no es con frecuencia sencilla”*.⁶

Resulta de suyo interesante considerar la importancia de estas entidades, que vienen a apoyar la labor gubernamental desde la esfera de lo privado, generando consecuencias directas en la calidad de vida de los ciudadanos, complementando la visión pública respecto de la priorización en la satisfacción de necesidades básicas del público. Sin embargo, no han sido capaces de provocar la atención de la opinión pública para posicionarse adecuadamente en el contexto social. En tal sentido, Salamon sugiere que: *“La falta de atención lograda por el tercer sector es menos una consecuencia de una potencial debilidad del sector; que una consecuencia directa de la falta de conceptos doctrinarios que lo comprendan y definan”*.⁷

Es más, en determinados países se ha reconocido que la labor realizada por las organizaciones sin fines de lucro puede incluso considerarse como una subsidiariedad privada al proveer de una alternativa al Estado benefactor, tal es el caso de Alemania, que en opinión de Helmut Anheiner y Wolfgang Seibel, cumple con este paradigma.⁸

Este problema en nuestro país es evidenciado por la situación a la que actualmente se han visto enfrentadas las universidades privadas, aun cuando existe una clara legislación aplicable, la comprensión respecto de su misión, quehacer y límites, por

⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁷ SALAMON, Lester; ANHEINER, Helmut, *Defining the nonprofit sector: A cross-national analysis*. Johns Hopkins Nonprofit Sector Series, 1997, p. 3.

⁸ ANHEINER, Helmut; SEIBEL, Wolfgang; “Chapter 6: Germany”, en SALAMON, Lester; ANHEINER, Helmut (coordinadores), *Defining the nonprofit sector: A cross-national analysis*. Johns Hopkins Nonprofit Sector Series, 1997, p. 135.

parte de los actores relevantes en la materia, es tan acotada como errada, afectando de suyo su imagen pública.

Al mismo tiempo, las organizaciones no lucrativas operan, cada día más, en un contexto global que trasciende las fronteras nacionales, y, por lo mismo, es urgente el profundizar su estudio de tal manera de mejorar los sistemas de fiscalización aplicables para estas organizaciones que sean capaces, a su vez, de ser aplicables en diversas jurisdicciones.

El propósito del presente artículo es abordar la temática del lucro en las universidades mediante la propuesta de ciertas vías de fiscalización aplicables para las organizaciones no lucrativas en el derecho comparado, con miras a proponer un sistema mixto que pudiera resultar aplicable en nuestro país.

III. EL PROBLEMA DE LUCRO

Al intentar analizar cualquiera clase de organizaciones no lucrativas, el primer obstáculo que debemos sobrepasar dentro del análisis es la definición del término “lucro”, hito que no es una excepción al analizar el problema de las universidades en Chile. La noción común respecto de este concepto es el dado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que lo define como: “*Ganancia o provecho que se saca de algo*”.⁹

Resulta interesante contrastar esta concepción del lucro con la visión generalizada que el público mantiene sobre dicho concepto, dado que en momento alguno se recalca una condición dineraria que monetarice el provecho al que el lucro hace alusión.

Es más, dado que la concepción de lucro considerada por el sentido natural y obvio del término se refiere simplemente a una ganancia o provecho, podríamos considerar que cualquier beneficio obtenido por un individuo sería catalogable como lucro.

Más allá de la visión generalizada del término, es posible comprender que los meros beneficios morales o la satisfacción del deber cumplido podrían encuadrar dentro de dicha terminología.

Comprendiendo, entonces, que el beneficio que se logra mediante el lucro no necesariamente implica la consecución de un provecho económico, es posible avizorar que las organizaciones no lucrativas podrían obtener beneficios económicos no traspasables a sus directivos.

Siguiendo al profesor Paniagua, podemos diferenciar claramente entre la generación de utilidades y la repartición de las mismas asociadas al concepto de lucro, indicando que: “*Se defiende que el lucro societario exige el previo ingreso del*

⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?LEMA=lucro>

beneficio social en el patrimonio social (lucro objetivo) y su posterior reparto entre los socios (lucro subjetivo)”.¹⁰

De tal manera, una institución no lucrativa podría desarrollar actividades comerciales, con miras a conseguir fondos, por medio de la enajenación de bienes o la prestación de servicios, y dichas prestaciones no serían consideradas como un incumplimiento de la finalidad de la organización. Es decir, la realización de actividades encuadradas dentro del lucro objetivo son permitidas a fundaciones, asociaciones y corporaciones en el derecho chileno.

La limitación tanto legal como aquella impuesta por la naturaleza jurídica de estas organizaciones dice relación con el ejercicio del lucro subjetivo por parte de sus asociados, es decir, la repartición de utilidades entre sus miembros. “*La ausencia de toda modalidad de reparto –tanto directo o indirecto– de los beneficios obtenidos es la que justifica la calificación de la asociación como carente de fin de lucro*”.¹¹

Por lo tanto, en el caso de la generación de utilidades no constituiría un problema, como sí pudiera ocurrir mediante la generación de gastos hacia organizaciones relacionadas con los directivos de la organización, por ejemplo, lo cual implicaría un reparto indirecto de utilidades, que sustraería a la institución de la categorización de entidad sin fin de lucro, o de asociación de interés general.

Es en este punto donde el concepto de accountability resulta interesante como una alternativa de aplicación a las organizaciones no lucrativas, dado que si éstas se encuentran orientadas a la consecución de un interés general, pudieran serles aplicables, asimismo, las vías de fiscalización aplicables a las organizaciones públicas.

IV. LAS ENTIDADES SIN FINES DE LUCRO EN EL DERECHO CHILENO

Desde la dictación de la Ley Nº 20.500, se consideran como asociaciones sin fines de lucro de interés público: Artículo 15: “*Son organizaciones de interés público, para efectos de la presente ley y los demás que establezcan leyes especiales, aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medioambiente o cualquiera otra de bien común, en especial las que recurran al voluntariado, y que estén inscritas en el catastro que establece el artículo siguiente*”.

Desde la promulgación de la ley en comento, en febrero del año pasado, podemos comprender que el desarrollo de actividades educacionales queda encuadrado

¹⁰ PANIAGUA ZURERA, Manuel, *Las sociedades cooperativas, las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, p. 90.

¹¹ *Íd. supra*.

privativamente en asociaciones de interés público, las cuales no podrán ostentar fines de lucro en los términos antes descritos.

Con todo, al analizar el problema de la educación en Chile, los detractores de la educación privada olvidan la necesidad que les dio origen a estas organizaciones. Basada en la multiplicidad de actores que demandaban una necesidad no cubierta de perfeccionarse a través de la educación, apelando directamente al llamado fundamental de las entidades sin fines de lucro, siguiendo a Salamon: *“Una razón para la existencia de un vibrante sector no lucrativo está dado por las obvias limitaciones del gobierno como proveedor de bienes colectivos”*.¹²

Aplicando principios económicos clásicos *“las necesidades son múltiples y los bienes son escasos”*, por lo tanto, es una de las funciones del gobierno democráticamente elegido por los ciudadanos el priorizar, de acuerdo a su plan de gobierno, el orden en el cual las necesidades públicas detectadas dentro de una determinada sociedad serán satisfechas.

Los privados, por su parte, siempre en el más absoluto respeto del ordenamiento jurídico vigente, podrán tomar este llamado desde la colectividad para proveer a quienes lo requieran de los bienes y servicios básicos que el Estado no ha sido capaz de proveer. Como en este caso el de la educación universitaria.

Con todo, la actividad que desarrollen los particulares en el ejercicio de dichas actividades podrá aplicar la noción de economía social, en el entendido que desarrollarán una actividad organizada con miras a obtener beneficios económicos que puedan ser destinados nuevamente al cumplimiento de la misión que ocupa a la organización, en este caso la educación, investigación, etc.

Lo anterior no implica que no puedan desarrollar actividades remuneradas o proveer de un servicio a la colectividad, mediante el pago de un arancel por la recepción de los servicios educacionales contratados con sus estudiantes. Siguiendo a Sánchez: *“Por otro lado, sus fines, que, ciertamente, en cualquier caso no podrán ser de lucro repartible entre sus miembros, normalmente, sin embargo, no serán los de producción o comercialización de bienes o servicios, lo que dificulta su consideración como entidades empresariales, ni quedan, ni tienen por qué quedar, limitados a los propios de la llamada economía social”*.¹³

V. INCUMPLIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE DESARROLLAR ACTIVIDADES LUCRATIVAS

Siguiendo el esquema planteado hasta ahora, entonces, es posible comprender que el cobro de una contraprestación económica por el servicio prestado a través de

¹² SALAMON, Lester, *America's nonprofit sector*, The Foundation Center, The Johns Hopkins University, 1992, p. 8.

¹³ SÁNCHEZ PACHÓN, Ángel, “Marco jurídico de las empresas de economía social: dificultades y alternativas en la configuración de un estatuto jurídico para las entidades de economía social”, en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 19, diciembre 2008, p. 15.

la organización sin fines de lucro no es en sí misma inmoral o ilegal como se ha planteado por la opinión pública, sino que es la disposición de fondos recaudados en objetivos diversos a los planteados por la ley y los estatutos de dichas organizaciones el lugar donde podríamos distinguir un terreno tan ilícito como sancionable de acuerdo a la legislación vigente en nuestro país.

Podemos comprender entonces que la naturaleza de la misión de las organizaciones sin fines de lucro les permite la generación de beneficios económicos, con la finalidad de obtener el capital necesario para solventar sus actividades propias, es decir, destinar dichos recursos a la consecución de su misión institucional, la práctica nos indica que en muchas ocasiones, este objetivo se pervierte, cuando los responsables de la administración de dichas organizaciones orientan los resultados económicos de la actividad empresarial desplegada a su propio beneficio.

En este punto es importante destacar que no es la realización de una actividad empresarial la cuestionable, sino que es el destino de los dineros recaudados el que afecta el cumplimiento de los objetivos de la organización cuestionada. De tal manera sería posible considerar como lícitos los aranceles cobrados por universidades tanto públicas como privadas. Pero no sería posible que estos fueran utilizados para el pago de dividendos a los dueños de universidades privadas o el pago de campañas políticas, como ocurrió en el caso MOP-GATE al alero de una institución pública.

Lo anterior es reconocido por la legislación española, que en palabras del tratadista Sánchez Pachón establece: *“Es cierto que todas las Asociaciones pueden desarrollar una actividad empresarial, pero por lo general esa actividad será marginal y si, no obstante, el ejercicio de la actividad empresarial se realiza de modo principal o aun exclusivo, esta circunstancia no modifica la naturaleza de la Asociación misma, siempre que se realice con carácter instrumental respecto de los fines de la Asociación. Si esa instrumentalidad no existiera y los resultados de la actividad empresarial no se dedicaran exclusivamente al cumplimiento de los fines de la asociación –como requiere por otra parte el artículo 13 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación–, repartiéndose, por ejemplo, entre los asociados, realmente, al margen de la configuración formal otorgada a esa corporación, no estaríamos ante una asociación, sino ante una sociedad –en términos generales se podría hablar de sociedad irregular– que si desarrolla actividades mercantiles debería quedar sometida al régimen de la sociedad colectiva, prevista en nuestro Código de Comercio, por ser la forma societaria que más garantías ofrece a los terceros”*.¹⁴

De tal manera, las asociaciones, entendiéndose por tales en el derecho chileno, tanto corporaciones, como fundaciones, que realizan actividades lucrativas con miras

¹⁴ SÁNCHEZ PACHÓN, Ángel, *op. cit.*, p. 16.

a la repartición de utilidades, desnaturalizan la esencia de la institución bajo la cual se estructuran, destruyendo una de las premisas básicas de las llamadas entidades de la economía social: *“Las organizaciones no lucrativas incentivan al individuo a trabajar por el bien común, así como las sociedades comerciales incentivan al individuo a obtener un beneficio personal”*.¹⁵

El problema se suscita con mayor fuerza a raíz de los retiros indirectos, es decir, aquellos que tienden a absorber costos de otras organizaciones o a esconder el retiro de dividendos a través de sociedades relacionadas con los grupos controladores de las universidades.

Mucho se ha dicho sobre “sociedades espejo”, que actúan como inmobiliarias o prestadoras de servicios a universidades con miras a retirar las utilidades obtenidas por medio de la prestación de servicios educacionales distrayendo fondos que debieran ser reinvertidos en la misión educacional de dichas organizaciones.

En este caso, me parece de suyo necesario realizar una revisión más detallada que la que se ha propuesto hasta ahora en el debate nacional. Entendiendo que en muchos casos, los servicios contratados resultan de suyo necesarios para la continuidad en la prestación del servicio educacional, como es el caso de arriendos de inmuebles.

En estas ocasiones el cuestionamiento que deberemos realizar para dilucidar si la operación se encuadra en el retiro indirecto de utilidades por parte de las empresas relacionadas controladoras, es legal o ilegal, se basa en el precio pagado por los bienes o servicios contratados. Si es que los precios se encuadran dentro del mercado, o por debajo de él, no existe una actividad ilegal y no tendríamos presente la noción de lucro. En cambio, si el precio pactado supera el monto medio del mercado, podríamos considerar con un alto grado de certeza que dicha noción estaría presente.

Otra vía de distracción de recursos es la prestación de servicios por medio de la infraestructura de las universidades, asumiendo la organización no lucrativa sus costos, para cobrar servicios a través de sociedades relacionadas con fines de lucro. Por ejemplo: se utiliza el área de publicidad y marketing de una universidad para prestar servicios a terceros. La universidad paga al personal, pero la facturación se realiza a través de una organización con fin de lucro que permite la distribución de utilidades. Esta práctica sería abiertamente ilegal dentro del ordenamiento jurídico chileno, pudiendo ser sancionada en los términos que revisaremos en el acápite VI de este artículo.

VI. ACCOUNTABILITY EN MATERIA DE FUNDACIONES

Por accountability, el derecho regulatorio anglosajón distingue aquellas formas de control y rendición de cuentas de los entes públicos respecto de los ciudadanos,

¹⁵ SALAMON, Lester; ANHEINER, Helmut, *op. cit.*, p. 9.

en mi opinión, a las organizaciones no lucrativas, al centrar su actividad en el bien común, les sería aplicable esta forma de control y rendición de cuentas en razón de su misión organizacional. Asimismo, es importante recalcar la relevancia que la transparencia de las cuentas de cualquier organización pública ha adquirido en los últimos años, al democratizarse la potestad fiscalizadora del cumplimiento de objetivos y fines de las organizaciones, sean no lucrativas o empresariales, por medio de los medios de comunicación.

El rol de la sociedad civil ha modificado, incorporando sus cuestionamientos al quehacer del mundo público y de las organizaciones no lucrativas, como un garante anónimo del cumplimiento de sus fines, para De Castro: *“Es importante el surgimiento de la sociedad civil como un potencial agente social que tiene que decir, y que quiere intervenir, en las condiciones que conforman su calidad de vida. Se están transformando, también, sus formas de actuar y las organizaciones representativas de la sociedad civil pasan a la búsqueda de su papel en la construcción social”*.¹⁶

Así, las organizaciones cuya principal fuente de ingreso son las donaciones de terceros, como es el caso de las entidades no lucrativas, se ven obligadas a generar una sensación de confianza y transparencia que les permita contrarrestar las potenciales dudas de sus beneficiarios. Las universidades chilenas, por su parte, aun cuando no obtengan sus recursos a través de donaciones, al cumplir con una misión estratégica para el desarrollo del país y ofrecer sus servicios al público, debieran replicar esta sensación de transparencia no sólo para mejorar su imagen, sino que para reconocer ante el público la labor que vienen desarrollando.

En derecho comparado, ha sido la misma legislación de las organizaciones no lucrativas la que ha permitido facilitar la creación de confianza ciudadana, mediante la imposición de limitaciones a las organizaciones sociales que cierran posibilidades de distracción de fondos a fines no autorizados por la organización, u obliga a las entidades a entregar a sus asociados información financiera que en principio preferirían no publicar en detalle.

Dos ejemplos interesantes de esta tendencia son la legislación española y la norteamericana, que han incorporado el concepto de accountability en el desarrollo de actividades no lucrativas, distinguiendo formas potenciales de control y rendición de cuentas desde los entes públicos hacia los ciudadanos, asumiendo como necesaria esta nueva fuente de preocupación respecto de asuntos que en principio no habían formado parte de las inquietudes albergadas por los particulares respecto de las actividades desarrolladas por el Estado, empresas sociales (cooperativas y mutualidades) o incluso fundaciones.

¹⁶ DE CASTRO SANZ, Marcos, “La responsabilidad social de las empresas, o un nuevo concepto de empresa”, en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 53, noviembre 2005, p. 32.

1. El sistema español

Si bien la legislación hispana enumera con claridad los fines a los cuales puede dedicarse una organización sin fines de lucro, no se limita a establecer las acciones que considera propias de dicha institución, sino que va más allá, al delimitar los fondos que pueden ser dispuestos por la organización como mínimo a sus fines propios.

Es así como el art. 24.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, impone la obligación legal de destinar, al menos, el 70% de los ingresos netos que obtengan a dichos fines fundacionales, debiendo destinar el resto a incrementar la dotación o las reservas.¹⁷

De tal manera, sólo podrán ser destinados a gastos administrativos, tales como salarios y asesorías, un 30% de los fondos fundacionales, estableciendo un claro límite a la factibilidad de abultar la estructura de costos de la organización con miras a la incorporación de retiros indirectos no declarados por quienes administran o controlan las instituciones burlando la normativa legal vigente. Pudiendo perder cualquier beneficio tributario reconocido a la organización, en caso de contravenir dicha normativa.

Es más, en el mismo sentido, la normativa ibérica impide que los Patronos, organismo interno de la fundación encargado de su administración, sean remunerados como regla general, permitiendo en forma excepcional la fijación de un estipendio por parte del fundador en el acto fundacional, al ordenar la gratuidad en el cumplimiento de su encargo.¹⁸

Por tanto, no sólo la remuneración del Patrono estará limitada por lo dispuesto por el fundador en el acto fundacional, sino que cualquier asesoría extraordinaria no contemplada dentro de sus funciones deberá ser previamente autorizada por el Protectorado (es decir, el fiscalizador estatal), so pena de no autorizarse dicha remuneración.

¹⁷ “Artículo 27: Destino de rentas e ingresos. 1. A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato” (es importante recalcar que el Patronato es la entidad dedicada a la administración de la fundación). Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, BOE Núm. 310, viernes 27 de diciembre 2002, p. 45510.

¹⁸ “Artículo 15. Patronos. 4. Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior; y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado.” Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, BOE Núm. 310, viernes 27 de diciembre 2002.

2. El sistema norteamericano

En la misma línea que la legislación española, el sistema estadounidense limita el acceso a beneficios tributarios a aquellas instituciones que no cumplan con requerimientos de transparencia, pero no les fija montos máximos para gastos administrativos de las organizaciones, sino que permite a los particulares juzgar los gastos de la institución por sí mismos a la hora de definir a qué fundaciones apoyar económicamente.

Es así como para que sea aplicable la sección 501 (c) (3) del Código Tributario Federal (Internal Revenue Code Section) que indica los beneficios tributarios para organizaciones de caridad, es necesario que las organizaciones cumplan con una serie de requisitos dentro de los cuales podemos indicar¹⁹:

1. Ser consideradas exclusivamente como organizaciones de caridad, que puede tomar la forma de grupo comunitario, fondo o fundación.
2. Los fines de la organización incorporados en los estatutos deben limitarse a fines exentos de pagos tributarios por razones de utilidad pública.
3. Los bienes de la organización deben estar dedicados sólo a los fines exentos.

Sólo serán considerados como fines propios de estas organizaciones los fines de: caridad, religiosos, educacionales, científicos, literarios, pruebas de seguridad pública, deportes, o campañas de prevención de crueldad en contra de niños o animales.

Por tanto, resulta posible el establecimiento de organizaciones educacionales privadas con fin de lucro, las cuales se abstienen de postular a cualquiera clase de beneficio tributario, pagando la totalidad de los impuestos que el Estado reconoce a las empresas.

Asimismo, las organizaciones que reciben donaciones superiores a US\$75 por parte de un donante, deberán rendir cuenta a dicho donante y otorgarle un completo acceso escrito a información de la organización; en caso de incumplimiento, la organización deberá pagar una multa de 10 dólares americanos por contribución en la que no se haya cumplido este requisito. Dentro de esta información escrita entregada a los donantes se deberá indicar:

1. El monto de la contribución que podrá ser deducida de los impuestos personales del donante.
2. Entregar al donante con una estimación en precios de mercado de los bienes o servicios a los que se destinará el dinero.

¹⁹ 501 (c) (3) United States Internal Revenue Code Section.

La entrega de un documento que acredite la donación al donante no sólo busca una finalidad de deducción tributaria, sino que también opera como reconocimiento sobre el altruismo del donante, como una forma de recompensa por el dinero aportado.

Lo anterior pudiera sonar extraño, pero siguiendo a Marcel Mauss, *“desde una perspectiva sociológica, la acción altruista, como la modalidad de donación, siempre acarrea la perspectiva de reciprocidad, generando un vínculo entre donante y receptor; obligando a los últimos a pagar en el futuro la generosidad de los primeros con una dádiva de valor equivalente; es decir, los dones acarrear la obligación de retornar. Si esta afirmación es correcta ¿podría ser la confianza y la reputación este retorno, y además podría ser pagado en forma de valor intangible como la comunicación transparente por parte de las organizaciones no lucrativas?”*.²⁰

3. El caso chileno

Si bien la naturaleza de la misión de las organizaciones sin fines de lucro les permite la generación de beneficios económicos, con la finalidad de obtener el capital necesario para solventar sus actividades propias, es decir, destinar dichos recursos a la consecución de su misión institucional, la práctica nos indica que en muchas ocasiones, este objetivo se pervierte, cuando los responsables de la administración de dichas organizaciones orientan los resultados económicos de la actividad empresarial desplegada a su propio beneficio.

De acuerdo al Reglamento de Concesión de Personalidad Jurídica del Ministerio de Justicia, será potestad del Presidente de la República la cancelación de la personalidad jurídica a una corporación cuando estime que la organización ha transgredido alguno de los criterios siguientes:

- a) Ha actuado contra las leyes.
- b) Ha actuado contra el orden público o las buenas costumbres.
- c) Que en su opinión no cumpla con los fines para los que fuera constituida.
- d) Incurra en graves infracciones a sus estatutos.

En mi opinión, la distracción de fondos, sea a través de retiros de utilidades directos o indirectos, incurriría en causal de disolución de la organización por incumplimiento de los fines para los que fuera constituida la entidad. Siendo posible, en casos graves y justificados, solicitar el cierre de la organización.

Con todo, es importante considerar que si es que la acción antijurídica es una excepción, y con el cierre de la organización se genera mayor daño a los estudian-

²⁰ HERRANZ DE LAS CASAS, José María, “La gestión de la comunicación como elemento generador de transparencia en las organizaciones no lucrativas”, en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 57, abril 2007, p. 24.

tes y a la comunidad, sólo se deberán perseguir las acciones individuales en contra de quienes corresponda, es decir, quienes se hayan beneficiado indebidamente por medio del retiro de utilidades, sean directas o indirectas, afectando los intereses de una organización no lucrativa, podrán ser perseguidos criminalmente por los delitos de estafa o apropiación indebida, según los méritos del caso.

Sin embargo, es posible para la corporación el defenderse en el plazo de tres meses desde la dictación del decreto de cancelación, bajo el argumento de que ésta se provocó por un error de hecho. Dicha presentación deberá contener las pruebas que acrediten el error y será objeto de una investigación conducida por el Ministerio de Justicia con la finalidad de verificar los dichos de los representantes de la corporación, para constatar el error de hecho aducido. Durante la tramitación de la Ley N° 20.500, sobre asociaciones de interés público, se propuso que a través de una resolución judicial se pusiera término a las organizaciones que incumplieran sus funciones, olvidando el procedimiento administrativo ante el Presidente de la República, pero dicha idea no prosperó tras los reparos interpuestos por la Corte Suprema, quien indicó que radicar dicha competencia en la judicatura: “...se impone una nueva carga al juez, ya que éste, a solicitud del Ministerio de Justicia, deberá adoptar las medidas necesarias para proteger de manera urgente y provisional los intereses de las personas jurídicas o de terceros, lo que en la práctica implica una recarga a la labor de los tribunales, sin que se establezca cuál es el tribunal competente para conocer de estas medidas, por lo que sería conveniente señalarlo (...). Noveno: Que, por último, en opinión de este Tribunal resulta más adecuado que esta controversia se resuelva por la autoridad administrativa y se consagre la posibilidad de recurrir en contra de la resolución de cancelación, en la misma forma como se produce en múltiples procedimientos de reclamación contra sanciones de esta naturaleza”.²¹

VII. CONCLUSIONES

Si bien es cierto se han planteado diversas ideas en la escena nacional relativas al lucro en la educación, ninguna de ellas se encuadra en lo que la doctrina comparada entiende por lícito e ilícito en esta materia.

Comprendiendo que lo prohibido en la legislación nacional es el lucro subjetivo, tanto en su forma de retiro directo como indirecto, podría ser posible orientar la discusión hacia el fondo del problema, por sobre el prejuicio existente sobre la actividad económica misma.

Resulta de suyo relevante considerar, en el caso de las organizaciones no lucrativas, que éstas muchas veces son instrumentalizadas por terceros, y su disolución pudiera implicar un mayor daño social que los beneficios que pudiera aportarse

²¹ Historia de la ley 20.500, informe de la Corte Suprema de Justicia, p. 365.

mediante su sanción a la sociedad. En dichos casos, resulta importante enfocar las investigaciones hacia los particulares que en forma individual han realizado los ilícitos sancionables, precavido que las organizaciones no vuelvan a cometer errores sancionados por la legislación nacional.

Por otra parte, pudiera ser mejorado el sistema de fiscalización tomando algunas ideas del derecho comparado, como la limitación de gastos en costos administrativos propuesta por la legislación española. O modificar el modelo en su sustancia, optando por una de dos opciones: prohibiendo cualquier forma de lucro subjetiva u objetiva o permitiendo el lucro restringiendo la posibilidad de obtención de beneficios estatales o tributarios para las organizaciones que opten por esta alternativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ANHEINER, Helmut; SEIBEL, Wolfgang, "Chapter 6: Germany", en SALAMON, Lester; ANHEINER, Helmut (coordinadores), *Defining the nonprofit sector: A cross-national analysis*, Johns Hopkins Nonprofit Sector Series, 1997.
- DE CASTRO SANZ, Marcos, "La responsabilidad social de las empresas, o un nuevo concepto de empresa", en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 53, noviembre 2005.
- HERRANZ DE LAS CASAS, José María, "La gestión de la comunicación como elemento generador de transparencia en las organizaciones no lucrativas", en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 57, abril 2007.
- MONNIER, Lionel; THIRY, Bernard, *Cambios estructurales e interés general*, España, Editorial CIRIEC, 1997.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel, *Las sociedades cooperativas, las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.
- SALAMON, Lester, *America's nonprofit sector*, The Foundation Center, The Johns Hopkins University, 1992.
- SALAMON, Lester; ANHEINER, Helmut, *Defining the nonprofit sector: A cross-national analysis*, Johns Hopkins Nonprofit Sector Series, 1997.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Ángel, "Marco jurídico de las empresas de economía social: dificultades y alternativas en la configuración de un estatuto jurídico para las entidades de economía social", en *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, 19, diciembre 2008.

DOCUMENTOS

- CORTE SUPREMA. Historia de la ley 20.500, informe.
- LEY 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, BOE Núm. 310, viernes 27 de diciembre 2002.