PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE SANCIONES EN CASOS DE LUCRO Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES.

BOLETÍN N° 9567-04

1. Antecedentes. Se ha transformado en un lugar común, la discusión sobre los fines de lucro en el ámbito de la educación, empero supone una revisión crítica de las bases de nuestra sociedad, ya que éste se encuentra por no decir en todas, en la mayoría de actividades cotidianas. Como señaló Adam Smith, no es la búsqueda del bien general lo que facilitó el desarrollo de la humanidad, sino que por el contrario, es la iniciativa individual con cálculos egoístas (homo económicus) lo que hizo posible el progreso tanto científico como social del género humano, situación que ejemplificó al señalar que "no de la benevolencia del carnicero, del vinatero, del panadero, sino de sus miras al interés propio es de quien esperamos y debemos esperar nuestro alimento"[1].

Sin embargo, desde sus orígenes y en pleno apogeo del liberalismo se atisbó la necesidad de contar con una ciudadanía lo más educada posible, y siguiendo este pensamiento fueron los mismos precursores del liberalismo quienes abogaron por educar a las clases más desfavorecidas. Como señala el mismo Adam Smith "aunque el Estado no obtuviera ventajas de la instrucción de las clases inferiores del pueblo—dice—merecería llamar su atención para que no quedara sin ella. El Estado, sin embargo, obtiene ventajas considerables de su instrucción. Cuanto más instruidas son menos propicias se hallan a las ilusiones del entusiasmo y la superstición, que entre las naciones ignorantes ocasionan frecuentemente los desórdenes más espantosos. Un pueblo instruido e inteligente es siempre más decente y ordenado que un ignorante y estúpido. En los pueblos libres, donde la seguridad del gobierno depende mucho del juicio que el pueblo pueda formar de su conducta"[2]. Si bien la necesidad de educación fue vista desde una perspectiva funcionalista, concibiéndola como medio de integración del individuo al sistema económico y social capitalista, se le considera el vehículo para alcanzar una igualdad real entre los hombres, en directa sintonía con los aires y principios de la Revolución Francesa.

La idea libertad e igualdad proclamada, fue duramente criticada por el egoísmo intrínseco que conlleva. Según Marx "la aplicación práctica del derecho libertad es el derecho de la propiedad privada (…) el derecho de la propiedad privada es entonces, el derecho de gozar y disponer de la propia riqueza arbitrariamente sin cuidarse de los otros hombres, independientemente de la sociedad; es el derecho del egoísmo[3]"

Este sistema de ideas, "ha examinado el problema de la propiedad privada desde un ángulo enteramente diverso, pese a que entre sus seguidores no puede hallarse unidad de criterio. Algunos de éstos niegan una relación de sujeto a objeto y, por tanto, del hombre a la naturaleza; lo que realmente existe es una relación de producción social y en consecuencia, una relación entre hombres, conforme a la cual corresponde resolver la

[1] Smith, Adam. *Investigación de la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones.* Valladolid, 1794, pág. 23

[2] Zuruaga, Lorenzo. *Historia de la Educación Pública.* Losada, S.A. Buenos Aires, 1964, p. 58

[3] Marx, Karl. *La Cuestión Judía*. Contraseña. Buenos Aíres., 1974, p. 47

propiedad de los medios de producción y de los productos. Agregan que para evitar la explotación del hombre por el hombre, los medios de producción deben ser de propiedad social"

La sola necesidad de instruir a los ciudadanos enmarcados en un sistema tan desigual como la versión renovada del liberalismo económico (Chile es el país más desigual de la OCDE) es razón suficiente para retribuirle al Estado la facultad de regir la Educación y los recursos que implica, para de esta forma poder realizar lo propuesto por Condorcet, cuyas premisas fueron postergadas por quienes mediante un extremismo ideológico buscaron con éxito la liberalización de todos las actividades de la sociedad, incluyendo la educación, actuando de esta forma en contra de los mismos principios de quienes dieron vida al liberalismo, y quienes abogan por la no incursión del Estado en las directrices de la educación en todos sus niveles responden a una sobre ideologización liberal, haciendo patente que "el único vinculo que los une (con los otros hombres) es la necesidad natural, la necesidad y el interés privados, la conservación de sus propiedades y de su persona egoísta"[4], contradiciendo plenamente una de las ideas cumbres de la Ilustración, sintetizadas por Immanuel Kant, en las que el "hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en si mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo un fin"[5]. En este contexto, tiene razón Millas, cuando afirma que "la Universidad y la sociedad, aunque técnicamente distintas, son ontológicamente coextensivas. Una y otra participan en la sustancia política de la vida humana. Sólo se educa el ser político que es el hombre, en cuanto pertenece a una sociedad interesada en realizarlo *qua* ser político; y sólo hay sociedad política allí donde existen seres educados para hacerla posible. En otras palabras el concepto de sociedad humana presupone el de un proceso educativo correspondiente, y el de educación, por su parte, el de una sociedad que es su objetivo y su ámbito de existencia al mismo tiempo. Ni uno ni otro pueden comprenderse por separado o en abstracto. La educación no es un sobreañadido de perfección que pudiera reclamar una sociedad ya existente, ni la sociedad es tampoco una excelencia que como finalidad fuera recomendable poner delante de un ideal de educación subsistente por si. Una comunidad política ineducada no es una mala comunidad, sino que una comunidad inexistente; y una educación que no lo sea para la vida en común, o mejor, para la realización intersubjetiva del hombre no es educación en absoluto"[6].

Es por esta razón que la educación en todos sus niveles educativos no responde a la lógica mercantil, ya sea éste a nivel básico, medio y/o superior; estableciendo claramente la naturaleza jurídica de las instituciones a cargo de tan noble rol, como lo es educar.

En nuestro derecho común, por vía negativa, se configuran claramente las organizaciones sin fines de lucro, y son aquellas corporaciones que entre sus objetivos

[4] Marx, Karl. Ob cit.

[5] visto el 29 de abr. de 14 en: http://efrueda.com/kant-el-principio-categorico

[6] Millas, Jorge. *El desafío espiritual de la sociedad de masas.* Ediciones de la Universidad de Chile, 1962, p. 179.

primarios no se encuentra la rentabilidad pecuniaria, sino que se aboca a la rentabilidad social y a la entrega de algún servicio en especifico a la comunidad. Aquellas corporaciones son definidas como "la unión estable de una pluralidad de personas que persiguen fines ideales o no lucrativos". Por su parte el derecho comercial señala que "la empresa tiene una sola finalidad, que lo es también del sistema de que forma parte: el logro de ganancia máxima. La empresa procura que exista la mayor diferencia posible entre el precio que se debe pagar a los dueños de los agentes productivos. Para la empresa no interesa satisfacer una necesidad económica, sino la satisfacción de las necesidades solventes, o sea, con poder de compra. Sin embargo, en el hecho, la empresa no siempre logra la ganancia que persigue. Esta ultima característica hace resaltar una abierta contradicción entre la finalidad de la empresa (el logro del máximo beneficio) y la función que las empresas deben cumplir en conjunto (satisfacer las necesidades de la sociedad en que operan. Finalmente, conviene precisar que como toda otra forma de explotación económica, la empresa requiere de alguien que la dirija, el empresario. En sentido económico, el empresario se define como la persona que adopta las decisiones y manda con autoridad"[7].

La comisión investigadora del lucro en la educación "constató que en nuestro país se han comprado y vendido universidades, generando grandes utilidades para quienes participan del negocio. Una forma a través del cual se venden universidades, y que fue denunciada en el seno de esta comisión, corresponde a el llamado cambio de "los sillones del consejo directivo". Ejemplos de esta práctica los encontramos en las transacciones celebradas, entre otras, por las Universidades Gabriela Mistral, San Sebastián y aquellas pertenecientes al grupo Laureate. Se han creado sociedades controladoras y sociedades relacionadas para extraer utilidades al margen de la ley, contraer créditos con los bancos y entidades financieras o efectuar préstamos sin intereses entre la universidad y sociedad comerciales relacionadas (Ejemplo: caso de la Universidad Santo Tomás). Otra forma de lucrar con la educación se materializa por medio del retiro de las utilidades a través de empresas relacionadas, mediante fórmulas como el pago de altos sueldos a miembros del directorio o ejecutivos importantes, la externalización de servicios relevantes a empresas que son de propiedad o están ligadas a los mismos propietarios de la Universidad, entre otras".

2. Contexto legislativo. El proyecto de ley (Boletín 9.366-04) se refiere a tres grandes medidas: 1) Regular el sistema de admisión de los estudiantes: introduce al sistema el principio de integración e inclusión; se garantiza el acceso a la educación sin discriminación arbitraria; regula en particular el sistema de ingreso de los estudiantes (Plataforma Virtual Única); 2) Elimina el Financiamiento Compartido (FC): los colegios no podrán cobrar por la educación, es decir, imponer a los estudiantes que su padres paguen un precio para acceder a un derecho. **El proyecto no prohíbe los aportes voluntarios;** 3) Prohíbe el lucro en los establecimientos que reciban financiamiento del Estado: se establece como requisito para recibir la subvención que el colegio no tenga fines de lucro, por lo cual cada peso puesto por el Estado irá a mejorar la educación y no al bolsillo del sostenedor, lo cual, en principio, redunda en **mayor calidad en la educación.**

---

[7] Sandoval López, Ricardo. *Derecho Comercial. La Noción de Empresa.* Séptima Edición actualizada Tomo I, Volumen I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2007. Pág. 79

Este último aspecto es relevante y es preciso que la presente iniciativa converja en la reforma educacional ingresada mediante mensaje presidencial acerca del uso de los recursos de aquellas instituciones sin fines de lucro, los cuales son detallados en el artículo 3º del boletín 9.366-04 y corresponden a: i) pago de las remuneraciones del personal que cumpla funciones directivas o de administración superior de la entidad sostenedora; ii) pago de remuneraciones del personal docente y asistentes de la educación que se desempeñen en el establecimiento educacional respectivo; iii) gastos de las dependencias de administración del establecimiento educacional; iv) costos asociados al funcionamiento y administración del establecimiento educacional; v) adquisición de de toda clase de servicios, materiales e insumos para el buen desarrollo de la gestión educativa, así como recursos didáctivos e insumos complementarios que sean útiles al proceso integral de enseñanza y aprendizaje de los u las estudiantes; vi) inversión en activos no financieros necesarios para la prestación del servicio educativo; vii) gastos asociados a la mantención y reparación de los inmuebles y muebles a que se refieren los literales anteriores; viii) gastos que guarden directa relación con la mejora de la calidad del servicio educativo del establecimiento y ix) gastos consistentes con el proyecto educativo del establecimiento.

Luego de la comisión lucro, se presento un proyecto que busca tipificar aquellas conductas señaladas como lucrativas (boletín Nº 9092-04) con el claro objetivo de evitar que los hechos acaecidos en la Universidad del Mar vuelvan a repetirse. Si bien apuntaba a solucionar el problema del lucro, lo hace desde una forma parcelada y no toma en consideración su carácter sistémico, ya que genera incentivos institucionales que permitieron, de una u otra forma la perpetración de estos hechos lucrativos. En este sentido, la ausencia de un tipo penal en específico (de naturaleza penal o administrativa sancionatoria) que castigue estos ilícitos (como modalidad de administración desleal) no otorga un marco jurídico claro a fin de poder sancionarlos y poder, en definitiva, restablecer el proyecto educativo por la vía de excluir de estas actividades a los que precisamente lo afectan en virtud de una actividad lucrativa no permitida. La plausibilidad de incorporar un nuevo tipo penal que persiga estas conductas al menos debe dirigirse contra los personalmente responsables que actúan en provecho o interés de la entidad que ha faltado a sus deberes de dirección y supervisión.

En el boletín Nº 9092-04 sostiene que el tipo penal se dirige a proteger el orden público económico, el cual es un límite a la autonomía de la voluntad, y particularmente en este ámbito, a la libertad de enseñanza. En efecto, el orden público económico no es sino "el conjunto de normas y regulaciones que permiten el funcionamiento de la economía, dentro del contexto del modelo político y social que el sistema institucional le está dando al país" (Guerrero, Roberto, La Constitución Económica, Revista Chilena de Derecho, N°6). En cambio, el presente proyecto, lo que busca proteger es el Derecho a La Educación, que se relaciona dialécticamente con la libertad de enseñanza. En efecto, la libertad de enseñanza no debe interpretarse como la libertad de emprendimiento económico, la cual está establecida en la Constitución, en donde se establecen las normas a que deben acogerse las Universidades, en la cual claramente se especifica la prohibición del lucro, como principio rector en la conformación de Universidades ya que diseño de la institucionalidad del nivel de educación superior estaba dirigido a que los planteles que se constituyeran en lo sucesivo reinvirtieran

lo que sus actividades le rentaren a fin de contribuir al desarrollo pleno de los estudiantes. Una errónea interpretación por parte de los controladores ha provocado que éstos han incurrido en velar por sus intereses económicos en detrimento de la calidad de servicio y a las obligaciones que su rubro demanda, como es el caso de pago de remuneraciones a planta docente y administrativa, una adecuada infraestructura y cuerpo docente, elementos fundamentales para ejercer como Instituto de Educación Superior. Hechos que se vieron ejemplificados en la Universidad del Mar, la cual luego de una administración que veló por sus intereses particulares y no por la corporación ni por la comunidad llegó al extremo de no poder pagar las remuneraciones de académicos ni funcionarios.

3. Ideas Matrices. La existencia del ámbito regulatorio en materia de las entidades de educación, contiene déficit notorios. Si bien, en el contexto de las normas vigentes los fines de lucro constituyen un ámbito lícito de actividades (una síntesis sobre los sistemas de pensamiento así lo confirma), el legislador al momento de fijar criterios sobre la naturaleza de las entidades de educación superior lo ha prohibido expresamente.

Lo anterior, supone delinear nítidamente las exigencias de estructura legal de las entidades que desarrollan la actividad educativa como lo hace el mensaje citado. Lo que supone necesariamente la precisión de los deberes de actuación que le son exigibles a sus miembros, controladores, administradores a fin de precisado el destinos de los aportes que reciba del Estado.

En este contexto resulta fundamental establecer que la institución el deber de informar tanto la situación financiera, como también acerca de los estándares que le permitan cumplir con los objetivos institucionales. La necesidad de establecer con precisión el destino y finalidad de los aportes o subvenciones de recursos públicos es determinante en un nuevo esquema sancionatorio, sea de naturaleza administrativa o penal, porque lo que resulta relevante es destinar recursos a un fin no previsto por el legislador, con abuso de funciones o derechamente aparentando operaciones lícitas. Esto último en el contexto de un sistema de extrema ratio, por lo que debe preferir un mecanismo institucional que impida prácticas que generen menoscabo a las referidas entidades directamente en su patrimonio e indirectamente en su calidad.

En este sistema de imputación, la sanción corresponde a las personas naturales que intervienen en estas conductas, como asimismo, los directivos por el hecho de otro, por incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión.

Como sistema de consecuencias accesorias, se propone que las instituciones involucradas en estos delitos deban hacer explícita su condición institucional por un período de ejecución de la sanción, estando obligada a señalar que no está acreditada.

Proyecto de ley

Artículo Único.- Modifíquese el Decreto con Fuerza de Ley N°2 del Ministerio de Educación que Fija el 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, en el siguiente sentido:

1) Agréguese el siguiente artículo 84 bis:

El que a cualquier título administre una entidad que reciba recursos públicos en virtud de subvenciones, aportes directos u otra forma señalada en la ley y diere una aplicación diferente a los fines educativos a que estuvieran destinados, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Será sancionado con presidio menor en su grado máximo el que teniendo a su cargo la administración de los intereses patrimoniales de las entidades señaladas en el artículo 52 de la presente ley, realice una disposición patrimonial con abuso de sus facultades, sea que la disposición tenga o no validez u omitiendo gestiones indispensables para la conservación y la debida satisfacción de los intereses patrimoniales a su cargo.

Si las conductas a que se refieren los incisos precedentes fueren cometidos en provecho e interés de una institución de educación superior, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Nº20.393, se aplicará como sanción accesoria, la suspensión de la condición de entidad acreditada por un periodo de cuatro años. En este último caso, la entidad estará obligada a señalar la referida suspensión en forma clara y legible en su publicidad institucional con el mensaje de Universidad, Instituto Profesional o Centro de Formación Técnica **“NO ACREDITADO”.**

2) Agréguese el siguiente artículo 84 ter:

El que en la administración de una entidad de educación superior sujeta al control de la autoridad administrativa, omita llevar la contabilidad o entregar la información esencial a que está obligado, o cometa falsedad sobre la situación financiera de la entidad en la documentación que deba llevar o acompañar de conformidad con la ley en las comunicaciones o documentación disponible para otras entidades o para el público en general, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

RODRIGO GONZÁLEZ TORRES

DIPUTADO DE LA REPÚBLICA