Tipifica el delito de lucro en la Educación Superior
Boletín N° 9092-04

Considerando:

1. Que la educación superior chilena ha sido objeto de numerosas críticas en diversos aspectos tales como la acreditación institucional, la calidad, y especialmente, el lucro en las universidades. En efecto, una de las principales aristas de la agenda pública de los últimos años ha sido el duro cuestionamiento que ha debido soportar el sistema de educación luego de haber pasado décadas, desde su creación, sin una indagación y revisión profunda de lo que ocurría al interior del mismo.

2. En este sentido, 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 adelante, el DFL 2, en su artículo 53 consagra una prohibición genérica de constituir universidades con una finalidad de lucro.

3. En cuanto a la naturaleza jurídica de las universidades, el DFL 2 indica que éstas deben constituirse como corporaciones. Las corporaciones sin fines de lucro son personas jurídicas que tienen diversas finalidades, dentro de las cuales no puede existir la de incrementar el patrimonio personal de los miembros de ellas.

   En efecto, el Código Civil en su artículo 557-2 señala: *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.* A contrario sensu, las rentas de estas personas jurídicas no pueden destinarse a incrementar otro patrimonio que no sea el de éstas.

   A nivel contable, la ley 13.011 establece que es función del Colegio de Contadores de Chile dictar normas relativas al ejercicio profesional (art. 13 letra g), dentro de las cuales están aquellas que explican cómo deben prepararse los estados financieros de las organizaciones en el país, una de las cuales son las corporaciones.
   En esta línea, una de esas normas es el Boletín Técnico N° 63 del Colegio de Contadores de Chile trata de la contabilidad de las organizaciones sin fines de lucro, definiéndolas como *aquellas entidades que persiguen un fin común distinto a la obtención de una ganancia a repartir entre los asociados. Como consecuencia de esto, el exceso de los ingresos sobre los gastos que se produzca en un ejercicio no puede ser distribuido entre los socios y debe incrementar el patrimonio de la institución, para que ésta pueda continuar prestando los servicios para los cuales fue creada.* Agrega a norma que *pueden ser organizaciones sin fines de lucro,* (entre otras las siguientes: 1) *Universidades, colegios y otros establecimientos educacionale*

De lo anterior es forzoso concluir que la naturaleza jurídica y contable de las corporaciones, y por ende de las universidades, está determinada por la reinversión de sus rentas en la propia institución, sin poder en ningún caso, derivarlas, por cualquier medio, a alguno de sus controladores.

4. Que hoy en día es un hecho público y notorio la existencia de numerosas prácticas que tienen por objeto precisamente burlar la prohibición legal, antes señalada, que se le ha impuesto a las universidades, y particularmente a los controladores de éstas, en torno a que no puedan perseguir fines de lucro. En consecuencia, a través de estos mecanismos, se han destinado utilidades o rentas de estas instituciones a incrementar el patrimonio individual de quienes tienen poderes de dirección y administración sobre las mismas, lo que contraviene el sentido de la ley, y por tanto, constituye un ilícito.

   En este sentido se pronuncia el Informe de la Comisión Investigadora sobre el Funcionamiento de la Educación Superior. La conclusión 13° de dicho Informe señala *que para los efectos de analizar la contravención de la normativa legal vigente sobre la existencia de lucro en el sistema universitario, es que entenderemos por lucro aquél retiro de excedentes en beneficio de los creadores, organizadores o controladores de la corporación universitaria correspondiente por alguna de las vías, u otras no identificadas aún, que más adelante se mencionan.*

   El Informe establece variadas maneras en que producirse esta situación, a saber:

   - Altos sueldos a miembros del Directorio o ejecutivos importantes pero sin que exista límite legal aceptado tributariamente como gasto para este desembolso, sólo en el caso de las universidades se pueden pagar sueldos más altos que en las demás empresas a personas relacionadas sin sufrir consecuencias tributarias negativas;

   - Externalizar servicios relevantes, por este medio las utilidades de la universidad que no pueden retirarse, si pueden pagarse a las empresas relacionadas (sociedades espejo) desde donde sí pueden retirarse o distribuirse a sus propietarios;

   - Las universidades están exentas del impuesto a la renta (Primera Categoría), no tienen razones tributarias para adquirir activos fijos relevantes que luego pueden depreciar, por lo tanto los propietarios de las universidades pueden verse incentivados a adquirir el activo fijo mediante empresas distintas que si pueden aprovechar la depreciación y a la vez ser arrendados a la universidad;

   - Las empresas señaladas en el número anterior, al igual que cualquier empresa, puede asignar altos sueldos a su propietario o ejecutivos relevantes pero en este caso se financiarían sus pagos con los recursos emanados de la universidad;

   - El directorio de la universidad o empresa señaladas pueden incorporar familiares con el objeto de repartir un mismo ingreso eventualmente alto entre distintos

contribuyentes relacionados por parentesco disminuyendo la base imponible sujeta a tributo;

- La universidad al igual que cualquier empresa puede vender su cartera de deudores incobrables a una empresa de factoring, los que podrían estar relacionados a los fundadores de la universidad. Por lo tanto, por este medio se logra radicar la cobrabilidad de la universidad donde no tributa y la incobrabilidad en la empresa de factoring donde se puede descontar como gasto necesario para producir la renta;

- Compra y venta de universidades bajo el control de grupos económicos y extranjeros;

- Pagos de royalties, patentes u otros conceptos a terceros, nacionales o extranjeros;

- Aumentar los ingresos o excedentes de las corporaciones universitarias mediante el aumento indiscriminado de matrícula, el alza de los aranceles, la minimización de los costos de operación sacrificando calidad en la actividad académica, el manejo financiero de dineros provenientes de fondos públicos, etc.

- Crecimiento de las universidades, por la vía de donaciones de empresas relacionadas con los creadores/organizadores de las corporaciones y de las sociedades espejos.

Fuera de estas formas, se han constatado otros medios, como por ejemplo, el otorgamiento de préstamos sin intereses ni reajustes entre las universidades y las empresas relacionadas, el establecimiento de remuneraciones altísimas por consultorías de dudosa concreción práctica, el otorgamiento de garantías constituidas por el flujo de los matriculados para caucionar créditos bancarios, etcétera.

De esta manera, el catálogo expuesto está lejos de ser taxativo toda vez que es muy probable que existan más mecanismos, y otros que puedan idearse y aplicarse una vez pesquisados éstos.

5. No obstante lo anterior, estas prácticas denunciadas por diversas instituciones han sido investigadas y sancionadas en algunos casos, como lo es la situación que circunda a la Universidad del Mar. En efecto, el mal estado de funcionamiento de la institución llevó a un procedimiento administrativo de investigación y posterior cierre. La gravedad de esta situación consta en el Acuerdo N°106/2012 del Consejo Nacional de Educación en virtud del cual se procedió a recomendar la revocación del reconocimiento oficial y la cancelación de la personalidad jurídica del plantel. En el punto D.4. de su parte considerativa se señala expresamente:

En conclusión y entendiendo que la naturaleza de la corporación como entidad sin fines de lucro - definida así en la ley y en los estatutos de la Universidad- implica que los ingresos que ella recibe deben ser destinados a solventar los costos de su operación y que, en caso de haber rentabilidad o ganancia, ella debe ser reinvertida en la propia corporación a fin de dar cumplimiento a sus objetivos y/o incrementar su patrimonio, las conductas descritas contravienen dicha disposición.

De las conductas analizadas se aprecia que quien tenía la posición de decidir por la Corporación, lucró en su beneficio particular y no decidió en función de los intereses de la Universidad. Esta conducta reprochable radica en que quienes se han beneficiado de los pagos por diversos servicios han sido precisamente quienes, por su posición en la organización, deciden las contrataciones que hace la Corporación, valiéndose de esa posición -no para resguardar los intereses patrimoniales de la Universidad- sino los intereses propios o de entidades relacionadas con ellos mismos. La manera sistemática en que ello ha ocurrido y el gran perjuicio patrimonial que ha implicado a la Universidad, ameritan calificar esta situación como extraordinariamente grave.

Los perjuicios aparejados con la situación descrita son conocidos, y podrían repetirse en otras instituciones sobre las cuales actualmente pesan investigaciones.

6. Que no obstante que el DFL 2 contenga sanciones para el evento de constatar estas prácticas en las universidades, éstas se aplican a la propia institución, no habiendo consecuencias jurídicas negativas, administrativas o penales, para los que personalmente incurrieron en ellas.

   De esta forma, diversos órganos han señalado que no existe una específica conducta penada por la ley para estos eventos, habiendo por su parte sólo algunas figuras típicas que podrían darse en situaciones específicas, como por ejemplo soborno, lavado de activos, fraude al fisco, entre otros.

   En este sentido, la ausencia de un tipo penal en específico que castigue estos ilícitos no otorga un marco jurídico claro a fin de poder sancionarlos y poder, en definitiva, re-establecer el proyecto educativo por la vía de excluir de estas actividades a los que precisamente lo denigran en virtud del lucro. El crear un nuevo tipo penal que persiga estas conductas permite dirigirse contra los personalmente responsables más que a la entidad. Por lo demás, así se preservan de mejor manera los derechos de los estudiantes, quienes no son, en ninguna forma, causa de estas situaciones.

6. Que los bienes jurídicos protegidos que justifican el establecimiento de este tipo penal son múltiples.

   En primer lugar, 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 este caso, la actual normativa de las universidades data de la década de los años ochenta del siglo pasado, consagrándose desde un inicio como prohibitiva del lucro.

El 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. El lucro en las universidades ha provocado que sus fundadores se dirijan más bien a la percepción de utilidades personales más que a la consecución de un determinado proyecto educativo, un fin que la norma no perseguía en el momento de ser dictada. Un claro ejemplo podría ser la situación de la Universidad del Mar, en la que el propio Rector de la institución denunciaba que no podía pagar las remuneraciones de académicos y funcionarios debido a gigantescas deudas que se tenían con inmobiliarias relacionadas, lo que impedía absolutamente poder dar continuidad al proyecto educativo. Las conductas que atentan contra ésta repercuten en una distorsión de la institucionalidad del Estado en materia de educación superior por cuanto se burla la recta disposición de las normas que regulan un determinado sector para provecho particular de los controladores de las universidades. El orden que pretendía hacer valer la norma jurídica se ve perturbado por las profundas falencias que se ven a la fecha en el sistema.

Desde este mismo punto de vista, las universidades pueden ser constituidas sólo con determinados fines, no pueden perseguir cualquier objeto social (límite a la autonomía de la voluntad); de la misma forma, la libertad de enseñanza permite abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, pero siempre respetando el orden público (artículo 19, N° 11 de la Constitución Política de la República). Siguiendo este razonamiento, las instituciones valiosas que el Estado debe preservar y resguardar estarían siendo perjudicadas a través de la vulneración de las normas que gobiernan al orden público económico, por ejemplo, no podría señalarse que los arriendos que cobran las inmobiliarias relacionadas con los controladores de la universidad son contratos que están de acuerdo con los principios y normas que regulan el sector. En este sentido, la impunidad de estas conductas estaría incentivando comportamientos nocivos para el sistema de educación superior los que son, a esta altura, visibles a cualquier observador.

Por otra parte se intenta salvaguardar la fe pública, entendida desde un punto de vista público-normativo, esto es, la confianza que las personas tienen en ciertos objetos (en este caso el reconocimiento oficial), en la medida en que el Estado interviene garantizando su autenticidad. En este sentido se compone de dos elementos, por una parte, el subjetivo, consistente en la creencia o confianza colectiva, y por otra, uno objetivo, que se manifiesta en el reconocimiento estatal. El DFL 2 otorga competencias amplias al Estado para que autorice el funcionamiento de una universidad, la cual debe estar revestida en sus estatutos de una prohibición de perseguir fines de lucro. En la medida en que se puedan cometer acciones u omisiones que intenten burlar esta prohibición, se afecta la confianza pública que existe en el reconocimiento estatal, toda vez que se debería entender que en una universidad no pueden existir miembros que retiren utilidades a fin de dirigirlas a su patrimonio personal. Asimismo, y en virtud del cierre de una institución de Educación Superior autónoma, como lo es la Universidad

del Mar, ha quedado claro que estas prácticas denominadas genéricamente como lucro afectan el normal funcionamiento que éstas deberían tener, lo cual frustra el componente subjetivo de la fe pública ya mencionado anteriormente, por cuanto se pierde la confianza en dicha institución.

Asimismo, y considerándolo como una protección indirecta, un derecho fundamental asegurado por nuestra Constitución Política de la República y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es el derecho a la educación el cual es otro bien jurídico que pretende tutelar la norma. El Estado debe otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. Desde este punto de vista, el Informe de UNESCO *"Right to Education"* señala que este derecho impone tres obligaciones al Estado: respetar, proteger y promover la educación en todos sus niveles. La regulación penal actual no permite tutelar de la mejor manera este derecho, por cuanto, la finalidad perseguida por quienes ejecutan estas prácticas prohibidas no se dirige principalmente al desarrollo de los estudiantes de educación superior sino a aumentar directamente el patrimonio de quienes son controladores de las entidades, lo cual afecta la calidad educativa que se entrega, tal cual fue el caso de la Universidad del Mar. En consecuencia, y, para evitar que se frustre el objetivo del sistema de educación superior que consagra el DFL 2, el Estado debe contar con herramientas que le permitan proteger de manera íntegra este derecho, obligación que emana tanto desde la Carta Fundamental como de los tratados internacionales.

8. Que el derecho penal debe contemplar una sanción para estas conductas ya que se han vulnerado bienes jurídicos de relevancia para la sociedad por lo que urge su inmediata protección. La situación actual que circunda a la educación superior justifica plenamente la intervención del *ius puniendi* a fin de sancionar a quienes han afectado a miles de estudiantes, académicos, funcionarios y familias en general. Asimismo, en virtud de la sanción penal de estas conductas se busca evitar que se produzcan situaciones de similar naturaleza como las que se han constatado en los últimos años. Es de vital importancia restablecer el imperio del derecho por cuanto existe una ilegalidad tolerada a tal punto que pareciera ser que la ley, particularmente el DFL 2, no tiene una vigencia efectiva en lo que concierne a las prohibiciones que les son impuestas a las universidades y sus controladores.

9. El proyecto considera sanciones privativas de libertad así como las de inhabilitación para ejercer cargos en instituciones de educación superior. Lo anterior facilitará una persecución más precisa de la responsabilidad civil derivada de estos delitos, satisfaciendo así la necesidad de resarcir los perjuicios provocados por estas conductas.

10. Que no obstante lo señalado, la presentación y eventual tramitación y transformación de este proyecto en Ley de la República no obsta al desarrollo de los procesos penales, presentes o futuros, para la sanción de los delitos que puedan estar asociados o relacionados a la ejecución de estos hechos. Las conductas penadas por el articulado propuesto tienen diferencias sustanciales con aquellos eventuales tipos penales, y por tanto, no es óbice para que los órganos de persecución penal del Estado continúen con la más exhaustiva investigación e indagación de los hechos constitutivos de estos

delitos. Sin ser esta enumeración taxativa, se encuentran dentro de estas figuras típicas, el lavado de activos, el cohecho, el fraude al fisco, la estafa, etcétera.

11. Que los diputados que suscribimos el presente proyecto manifestamos que éste es insuficiente para poder darle una mejoría completa al sistema de educación superior, pero que contribuye en avances concretos y que es base para una futura reforma mayor y completa que contenga una robusta precisión normativa en torno a las facultades de fiscalización y las sanciones que correspondan a quienes vulneren la prohibición de lucrar con las Universidades.

POR TANTO:

Los diputados que suscribimos venimos en presentar el siguiente:

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:

Agréguese el siguiente artículo 84 bis:

El que teniendo a cualquier título facultades de dirección o control sobre las entidades señaladas en el artículo 52 de la presente ley, las usare para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio de éstas, a través de la enajenación de bienes, muebles o inmuebles, sean estos dineros o activos, a personas naturales o jurídicas en que tengan participación, él o su cónyuge o parientes en toda la línea recta, o colateral hasta el cuarto grado, señaladas anteriormente, a cualquier título, sin causa justificada, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, además de la pena de inhabilitación absoluta para realizar actividades, remuneradas o no, a cualquier título, en dichas entidades.