

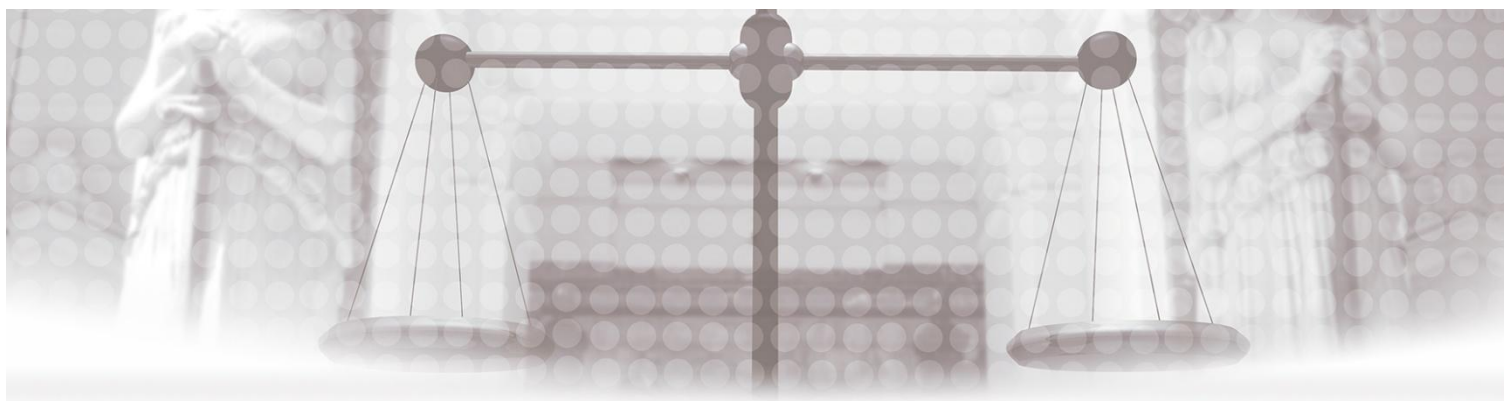
MAYO 2015 / 41

SERIE INFORME **LEGISLATIVO**

Reforma Educacional (1ª Parte): Fin al Lucro y Otras Normas que Dificultan la Entrada de Nuevos Establecimientos al Sistema

Jorge Avilés B.

ISSN 0717-1544



Jorge Avilés B. es abogado de la Universidad de Los Andes. Actualmente es investigador del Programa Legislativo y Constitucional de Libertad y Desarrollo.

Índice

Resumen Ejecutivo	5
1. Fin al Lucro en la Educación Particular Subvencionada	7
1.1 Subvención solo para los Establecimientos cuya Entidad Sostenedora Sea una Persona Jurídica sin Fines de Lucro	10
1.2 Nuevo Rol del Sostenedor, Fines Educativos y Condiciones bajo las cuales Puede este Realizar Operaciones	13
1.3 Obligación de los Sostenedores de ser Dueños o Comodatarios del o los Inmuebles en que Funciona el Establecimiento Educativo	20
1.4 Nuevas Normas que Regulan la Entrega de Información y la Rendición de Cuentas de los Sostenedores a la Superintendencia de Educación	24
2. Otras Normas que Dificultarán o Impedirán la Creación de Nuevos Establecimientos Particulares Subvencionados	27
3. Conclusiones	29
4. Referencias Bibliográficas	30

Resumen Ejecutivo

Durante gran parte del año 2014 y principios de 2015, el Gobierno de Michelle Bachelet llevó adelante la primera parte de la Reforma Educacional comprometida en su programa de gobierno: la ley que prohíbe el lucro, la selección y el copago en el sistema escolar subvencionado. Este proceso, iniciado con el envío del proyecto en cuestión el 22 de mayo de 2014, fue altamente cuestionado desde su origen y durante toda su tramitación por distintos actores provenientes de diversos sectores, tanto de la oposición como del oficialismo, debido a la celeridad en su tramitación, al escaso diálogo mantenido con los sectores involucrados, a la falta de apoyo ciudadano que fue adquiriendo la iniciativa¹, al alto grado de ideologización contenido tras sus normas y, en general, a que su construcción se basó en diagnósticos insuficientes y en algunos casos, incluso, equívocos. Lamentablemente, el Ejecutivo y los parlamentarios oficialistas no solo no se hicieron cargo de las falencias del proyecto, sino que terminaron agravándolo con sus indicaciones.

Esta ley pretende terminar con el lucro en el sector particular subvencionado, estableciendo un cúmulo de obligaciones, restricciones y prohibiciones tan severas que, en su conjunto, terminan lesionando gravemente la autonomía de los establecimientos educacionales, vulnerando de esa manera la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, ambas garantías reconocidas expresamente en nuestra Constitución. Así, para que los alumnos matriculados en dichos establecimientos puedan ser beneficiarios de la subvención, se obliga a los sostenedores a constituirse como personas jurídicas sin fines de lucro; se les limita el uso de todos sus recursos a un listado definido taxativamente en la ley, y cuya determinación, condiciones en que se empleen y las eventuales sanciones a aplicar, quedan al arbitrio de la Superintendencia de Educación. Además, se le quita al sostenedor su calidad de gestor de un proyecto educativo determinado, transformándolo en un mero administrador de recursos públicos; se obliga a este a ser dueño del inmueble en que funciona el establecimiento; se aumentan notablemente las exigencias administrativas relacionadas a la rendición de cuentas y a la entrega de información, entre otras normas.

Agrava considerablemente la situación el hecho que todo esto fue decidido desde el Ejecutivo sin haberse considerado criterios de calidad. La nueva ley aprobada amenaza la continuidad de proyectos educativos existentes por las excesivas exigencias que se imponen y hace peligrar la entrada y desarrollo de nuevos establecimientos educacionales subvencionados en nuestro país.

La presente Serie Informe Legislativa tiene por objeto analizar el eje relacionado con el fin al lucro en la educación particular subvencionada con los respectivos mecanismos empleados para lograr dicho objetivo. Asimismo, busca revisar las principales medidas que dificultarán o, eventualmente, impedirán la entrada de nuevos establecimientos educacionales al sistema subvencionado.

¹ Respecto a la reforma educacional, la encuesta CEP de abril de 2015 muestra que solo un 25% de las personas la evalúa de manera positiva, mientras que un 37% estima que esta es negativa o muy negativa. Un 61% no tiene una visión positiva de ella.

Reforma Educacional (1a Parte): Fin al Lucro y Otras Normas que Dificultan la Entrada de Nuevos Establecimientos al Sistema

1. Fin al Lucro en la Educación Particular Subvencionada

Conocer los orígenes y pilares de nuestro sistema educacional resulta fundamental para entender cómo este se ha ido desarrollando y permite determinar el camino por el cual se debería seguir avanzando. Las nuevas leyes y normativas que se vayan dictando deben ser respetuosas de la historia y tradición educativa del país, sin olvidar la plena armonía y coherencia que debe existir con los diversos derechos y garantías aseguradas por nuestra Constitución.

La presencia del sector privado en la educación surgió espontáneamente en el desarrollo de la historia de Chile y su origen se remonta a los tiempos de la Colonia, cuando entidades no estatales, principalmente congregaciones religiosas, comenzaron con la labor educativa en el siglo XVI. Así, el Estado de Chile, durante prácticamente toda su historia, ha contado con un sistema de educación de provisión mixta; es decir, la educación ha sido gestionada e impartida tanto por establecimientos educacionales estatales como por escuelas de propiedad de particulares. A lo largo de los años, nuestro país no solo ha financiado la educación pública, entendiendo por esta la impartida por escuelas de propiedad del Estado, sino que también ha fomentado y subsidiado a la educación particular subvencionada, ya que siempre ha comprendido el valioso aporte que esta última ha jugado en el mejoramiento del acceso a la educación, en el aumento de la cobertura escolar y en la diversificación de proyectos educativos.

Como es sabido, actualmente en nuestro país es obligatoria la asistencia a la educación escolar desde kínder hasta cuarto año de enseñanza media, por lo que el Estado tiene el deber inexcusable de asegurar que el servicio educativo sea provisto para todos. Como ya se señaló, esta obligación la cumple directamente proveyendo el servicio a través de los establecimientos municipales, o bien permitiendo que sean los particulares quienes lo hagan, facilitándole los recursos necesarios para ello. Si se considera que de los aproximadamente 10.200 establecimientos existentes en nuestro sistema escolar, alrededor de 9.800 corresponden a establecimientos subvencionados (tanto municipales como particulares subvencionados), es posible señalar que la subvención de escolaridad es el principal instrumento por el cual el Estado asegura a los padres el ejercicio de su derecho preferente a educar a sus hijos, permitiendo, además, garantizar el derecho que toda persona tiene de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. De esta forma, el Estado vela por que la libertad de enseñanza y el derecho a la educación sean una realidad, dándole la oportunidad a todos los colegios que cumplan con los requisitos legales, obtener financiamiento para desarrollar un proyecto educativo determinado que resulte atractivo para las familias, favoreciendo así la libre elección. Todo ello permite aumentar la cobertura y favorece la diversidad

de proyectos educativos. Incluso, entrega la posibilidad, a quienes consideran que no hay un proyecto educativo acorde a sus intereses, de abrir un establecimiento con el necesario financiamiento para desarrollar un ideario educativo determinado. Además, el hecho que la subvención se entregue a las escuelas y liceos por cada alumno que asiste a ellos, incentiva a que desarrollen proyectos educativos atractivos y con buenos resultados para captar el mayor número de matrículas.

Ya desde la Ley de Instrucción Primaria de 1920, el Estado entregaba subvención a las escuelas particulares subvencionadas, sin establecer grandes exigencias para ello ni mucho menos preocuparse de regular la estructura jurídica tomada por los sostenedores². De hecho, gran parte de estos eran simplemente personas naturales.

A medida que el sistema fue evolucionando, la normativa fue volviéndose cada vez más exigente y se fueron incorporando nuevos requisitos para recibir recursos del Estado. Pero no fue sino hasta la entrada en vigencia la Ley General de Educación (LGE)³, el año 2009, cuando por primera vez se exigió a los sostenedores organizarse de una manera determinada. Así, se estableció que estos debían, para poder obtener y mantener el reconocimiento oficial del Estado y, por consiguiente, para impetrar la subvención estatal, organizarse como personas jurídicas con giro único educacional, sin distinguir, en todo caso, si estas eran o no personas sin fines de lucro. En su momento, esta norma fue acogida por el Tribunal Constitucional exclusivamente por la idea de que una persona jurídica otorga un grado de permanencia, transparencia y estabilidad a los establecimientos educacionales que no es posible alcanzar por las personas naturales. Sin embargo, dicho organismo entendió que se encontraba en el límite de lo autorizado al legislador por la Constitución, por lo que aceptó la exigencia únicamente porque aún restaba un espacio de ejercicio del derecho constitucional a organizar el establecimiento, al permitirse adoptar cualquier forma jurídica (sociedades, EIRL, fundaciones, corporaciones, etc.)⁴.

De esta manera, gran parte de los sostenedores que durante años habían participado del sistema educacional, tuvieron que empezar a constituir sociedades, fundaciones o corporaciones con giro único educacional o bien modificar el giro de las ya existentes. Para realizar todos estos ajustes se otorgó, en un principio, un plazo de un año contado desde la publicación de la LGE. Lo cierto es que estas exigencias han sido muy difíciles de cumplir y han significado un aumento en la carga administrativa de los establecimientos, sin que haya evidencia que indique que esta medida ha repercutido en la calidad de la educación que se imparte. Prueba de que estas cargas administrativas son de muy difícil cumplimiento es que el plazo de adecuación para constituirse como persona jurídica con giro único educacional ya ha sido prorrogado en dos oportunidades, y

² La Ley de Instrucción Primaria de 1920, en su artículo 43, regulaba la subvención para *“los propietarios i los industriales (...) para el sostenimiento de las escuelas...”*. A su vez, su artículo 44 establecía la subvención para *“establecimientos de educación primaria jeneral o vocacional, sean ellos sostenidos por instituciones de beneficencia, por sociedades de cualquier clase, por particulares o con emolumentos de los padres de familia”*.

³ Ley N° 20.370, que establece la Ley General de Educación.

⁴ Fallo Tribunal Constitucional Rol N° 1.363, del 28 de julio de 2009.

esta nueva ley viene a ampliarlo por tercera vez⁵. Además, se debe tener en cuenta que la mayoría de los establecimientos pertenecen a profesores que han desarrollado un proyecto educativo específico y no a grandes cadenas de colegios, como algunos suponen⁶.

Al entrar en vigencia la ley que ha sido recientemente aprobada en el Congreso, se cambiará la lógica que ha imperado por décadas en nuestro país, estableciéndose una serie de medidas que buscan, en su conjunto, poner fin al lucro en la educación particular subvencionada. La evidencia en Chile demuestra que no existen diferencias académicas significativas entre los colegios con y sin fines de lucro⁷. También constituye un hecho de la causa que hoy la educación particular subvencionada es preferida por el 54% de la matrícula nacional, lo que equivale a 1.885.000 alumnos, y gran parte de ella está conformada por establecimientos con fines de lucro. Cabe preguntarse entonces, ¿qué sentido tiene que los sostenedores destinen tal cantidad de recursos y esfuerzos para financiar y ejecutar medidas cuyos impactos concretos no son posibles de prever con exactitud? Toda esta discusión ha generado tensiones innecesarias en el sistema educacional y gran incertidumbre por parte de los sostenedores y miembros de las distintas comunidades educativas.

La ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección fue construida sobre la hipótesis de que la existencia de colegios cuya configuración jurídica es la de una sociedad civil o comercial era negativa para el sistema escolar, por cuanto en la educación, el lucro y la calidad serían opuestos. Sin embargo, y como se ha dicho, no existe evidencia contundente que demuestre tal afirmación. Por el contrario, la evidencia indica que existen colegios con fines de lucro que entregan una educación de calidad, que atienden a alumnos de alta vulnerabilidad y que constituyen una alternativa para las familias, contribuyendo a la diversidad de idearios educativos e incluso, en ciertos casos, a la disminución de la segregación socioeconómica escolar.

Por otra parte, la ley supone con sus normas que el sistema escolar no necesita del aporte de nuevos actores en la educación, estableciendo medidas que entorpecerán e incluso impedirán la entrada de establecimientos educacionales distintos a los ya existentes, manteniendo una especie

⁵ La Ley General de Educación, de 2009, estableció el plazo de un año para cumplir con el requisito de estar constituido como persona jurídica con giro único educacional. Debido a que una gran cantidad de sostenedores no cumplieron con esta obligación, el plazo fue extendido en dos oportunidades. Primero, el año 2010, mediante la Ley N° 20.483, se aumentó el plazo de adecuación establecido originalmente, de uno a dos años, desde la fecha de entrada en vigencia de la LGE. Luego, el año 2013, mediante la Ley N° 20.668, se volvió a aumentar el plazo por dos años más contados desde la publicación de esta última ley, no sin problemas en el Tribunal Constitucional.

La ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección viene a extender por tercera vez el plazo para adecuarse a esta exigencia impuesta el año 2009.

⁶ Según el gremio CONACEP, Colegios Particulares de Chile, A.G, aproximadamente el 80% de los sostenedores son profesores que cuentan con un solo establecimiento.

⁷ Carlos Williamson, "La Educación Particular Subvencionada en Chile: Mitos y Realidades", CLAPES UC.

Gregory Elacqua, "For-Profit Schooling and The Politics of Education Reform in Chile when Ideology Trumps Evidence" (Julio 2011), Instituto de Políticas Públicas UDP.

Harald Beyer, "Sobre el lucro en educación escolar" (Septiembre 2014), Centro de Estudios Públicos.

de “statu quo” que paraliza la realidad imperante al día de hoy. De esta manera, la ley niega que uno de los aspectos fundamentales para que nuestro sistema educacional progrese es precisamente la colaboración y el compromiso de cada vez más profesionales talentosos, y pasa por alto que el lucro, entendido como la posibilidad de obtener ganancias de una actividad lícita, constituye un incentivo de gran envergadura para captar el aporte de nuevos talentos en la educación.

En esta misma línea, esta nueva ley supone, sin evidencia empírica, que el lucro significaría una distracción de recursos, algo que desde el Ministerio de Educación no fueron capaces de acreditar durante la tramitación del proyecto. Lo que sí quedó claro es que hoy no existe gran espacio para la obtención de ganancias, pues los recursos con que cuentan las escuelas por alumno son todavía muy bajos en comparación con otros países. De esta forma, el afán de prohibir el lucro y los mecanismos empleados para ello significarán un desvío de esfuerzos y recursos en labores administrativas y en compra de inmuebles por parte de los sostenedores, que los distraerán de su labor principal que es trabajar para mejorar sus procesos educativos.

En concreto, es posible agrupar las medidas de esta ley para poner fin al lucro en cuatro grandes temas:

- **Solo podrán recibir subvención los establecimientos cuya entidad sostenedora esté constituida como una persona jurídica sin fines de lucro.**
- **Nuevo rol del sostenedor, lista de fines educativos y condiciones bajo las cuales se pueden realizar operaciones por parte del sostenedor.**
- **Obligación de los sostenedores de ser dueños o comodatarios del o los inmuebles en que funciona el establecimiento.**
- **Nuevas normas que regulan la entrega de información y la rendición de cuentas de los sostenedores a la Superintendencia de Educación.**

1.1 Subvención solo para los Establecimientos cuya Entidad Sostenedora sea una Persona Jurídica sin Fines de Lucro

Como ya se ha señalado anteriormente, en la actualidad, para poder obtener y mantener el reconocimiento oficial del Estado, los sostenedores deben estar constituidos como personas jurídicas con giro único educacional, sean estas con o sin fines de lucro⁸. Este requisito, por mandato de la Ley de Subvenciones, se hace extensible a aquellos sostenedores que pretendan impetrar la subvención⁹. Así las cosas, a la fecha, tanto los establecimientos privados que no reciben fondos públicos (particulares pagados) como los que sí lo hacen (particulares subvencionados) son tratados por la legislación de la misma manera en relación a la forma jurídica de su conformación.

⁸ Artículo 46 letra a) de decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, 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.

⁹ Artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1996, sobre Subvención del Estado a establecimientos educacionales.

La nueva Ley cambia la situación anterior y prohíbe a los sostenedores particulares subvencionados estar organizados como cualquier tipo de sociedad, obligándolos a conformarse como personas jurídicas sin fines de lucro. El efecto buscado sería que los recursos excedentes que se obtengan sean reinvertidos en los establecimientos educacionales, lo que implicaría finalmente una mejora en la educación impartida. Si bien esto parece razonable, también es posible suponer que el fin al lucro podría generar una reducción en el esfuerzo del sostenedor por desarrollar correctamente su proyecto educacional, por cuanto dejaría de percibir su justa recompensa por sus buenos resultados.

A la fecha, no existe claridad respecto de cuántas utilidades realmente es posible retirar de los establecimientos educacionales; sin embargo es evidente que los montos no son de ninguna manera importantes¹⁰. De hecho, desde el Ministerio de Educación no fueron capaces de acreditar en ningún momento de la tramitación de esta ley, a cuánto ascendía el lucro en la educación escolar. Al no tener un medio para comprobar el monto, se limitaron a clasificar a los colegios subvencionados constituidos como sociedades como establecimientos con “potencial lucro”. Entonces, cabe preguntarse si tiene sentido crear todo un nuevo marco regulatorio para determinar la configuración jurídica de los sostenedores si lo que se busca eliminar del sistema no se sabe a ciencia cierta qué es y de qué manera impacta.

Sobre este punto es útil señalar que en la práctica no hay grandes diferencias en los desempeños de los colegios, liceos y escuelas, de acuerdo a la forma en que están organizados jurídicamente, pudiendo observarse que existen tanto establecimientos públicos como privados con y sin fines de lucro que obtienen resultados buenos, regulares y malos. Al analizar los resultados de las pruebas SIMCE, los que aun cuando no incorporan temas como valores, cultura, convivencia escolar, hábitos, etc., sí muestran la diversidad de resultados académicos en los establecimientos, sin depender estos de la forma en que se organizan los sostenedores que están detrás.

Durante la tramitación de la ley, se criticó las escasas posibilidades que los sostenedores tendrían para su conformación, por lo que el Ejecutivo fue agregando nuevas alternativas de formas jurídicas en el texto del proyecto, todas muy similares entre ellas, intentando dar la impresión de haber contemplado un verdadero “menú de opciones”.

Así, esta nueva ley establece que los sostenedores de establecimientos que deseen impetrar la subvención deberán estar organizados en alguna de las formas que se señalan a continuación:

- **Corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro.** Corresponden a las personas jurídicas sin fines de lucro reguladas en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil.
- **Personas jurídicas de derecho público.** Esta opción se incorpora principalmente para los establecimientos cuyos sostenedores son las municipalidades o las futuras agencias que supuestamente se harán cargo de la educación municipal. Asimismo, existen otros casos de personas jurídicas de derecho público como la Iglesia Católica y la de otras iglesias constituidas jurídicamente al amparo de la Ley N° 19.638, que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas.

¹⁰ Carlos Williamson, “La Educación Particular Subvencionada en Chile: Mitos y Realidades”, CLAPES UC.
Sylvia Eyzaguirre, “Lucro en Educación”, Centro de Políticas Públicas.

- **Nuevas corporaciones educacionales creadas por esta ley.** Esta figura se distingue de las corporaciones reguladas por el Código Civil por su forma de constitución a través del Ministerio de Educación y porque solo podrán tener giro único educacional. Según el Ministerio, esta opción se incorporó para efectos de acelerar los trámites de constitución a través de un procedimiento distinto a los regulares. Lo cierto es que no existen garantías de que dicho procedimiento será más rápido y eficaz que el contemplado en la Ley N° 20.500.
- **Nuevas entidades individuales educacionales creadas en esta ley.** Son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro formadas por una sola persona natural. También se constituyen mediante un procedimiento llevado a cabo por el Ministerio de Educación.
- **Otras personas jurídicas sin fines de lucro establecidas por leyes especiales.** Esta posibilidad no estaba considerada en la versión original del proyecto, pero finalmente se agregó, debido a la existencia de ciertas situaciones que no habían sido previstas por el Ejecutivo, como la obligación de que comunidades indígenas sostenedoras tuvieran que transformarse en corporaciones y fundaciones. Al agregarse esta norma, se podría interpretar que existe la posibilidad de que los sostenedores se constituyan mediante otras formas como una cooperativa, lo cual no fue patrocinado por el Gobierno.

Respecto a la transitoriedad contemplada en la ley para el cumplimiento de estas nuevas normas de constitución, se establece que, al 31 de diciembre del año 2017, todos los sostenedores particulares que no estén organizados como una persona jurídica sin fines de lucro y que estén percibiendo la subvención del Estado deberán transferir la calidad de sostenedor a una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro¹¹. De no procederse de esa forma, se perderá en dicha fecha el derecho de seguir impetrando la subvención.

Por otra parte, en caso de transferirse la calidad del sostenedor, la ley señala que el nuevo sostenedor será el sucesor legal de todos los derechos y obligaciones del establecimiento. Sin embargo, esta misma no es clara en cuanto a las obligaciones que se transfieren. En primer lugar, señala que tanto quien haya transferido su calidad de sostenedor como la persona jurídica sin fines de lucro que la haya adquirido, serán solidariamente responsables por todas las obligaciones laborales y previsionales, contraídas con anterioridad a la transferencia. Luego se establece que en ningún caso esta transferencia alterará los derechos y obligaciones de los trabajadores, ni la subsistencia de los contratos de trabajo individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo que los rijan. Finalmente, indica que solo se transferirán las obligaciones que se hayan contraído para la adquisición de bienes esenciales para la prestación del servicio educacional¹². Claramente, estas normas son de difícil interpretación, por lo que su aplicación práctica probablemente significará una alta judicialización en la materia.

¹¹ El literal a) del artículo 46 de la LGE establece que *“La calidad de sostenedor no podrá transferirse ni transmitirse en caso alguno y bajo ningún título”*. La nueva ley habilita transitoriamente a los sostenedores para realizar dicha transferencia.

¹² Artículo Tercero Transitorio de la nueva ley.

1.2 Nuevo Rol del Sostenedor, Fines Educativos y Condiciones bajo las cuales puede este Realizar Operaciones

1.2.1 Rol del sostenedor y fines educativos

Esta ley cambia el rol que los sostenedores han tenido históricamente en Chile. La versión original del proyecto de ley enviado el 2014 por el Ejecutivo le dio al sostenedor el carácter de mero “administrador de la subvención”. De esta manera, para hacer efectiva esta nueva calidad del sostenedor, el proyecto estableció una lista taxativa de operaciones en las cuales la subvención podía ser destinada, denominándola lista de fines educativos. Esta situación produjo la crítica de diversos sectores, por lo que el Ejecutivo modificó su postura inicial y estableció que el sostenedor pasaría a ser un “cooperador del Estado en la prestación del servicio educacional”. Lo cierto es que esto no fue más que un cambio semántico, por cuanto no solo se mantuvo la lista de fines educativos en que un establecimiento podía invertir la subvención estatal, sino que además se estableció que todos los recursos, cualquiera que fuera su origen, debían destinarse en dicha lista de operaciones. Así, en el futuro, el uso de cualquier tipo de recursos con que cuente un sostenedor deberá ser destinado a alguna de las operaciones de la mencionada lista y bajo ciertas condiciones específicas, cuestión que será reglamentada por el Ministerio de Educación y, finalmente, interpretada, fiscalizada y sancionada por la Superintendencia de Educación.

Se cambia de esta forma, la lógica tradicional de la utilización de la subvención. Actualmente, el sostenedor, en uso de su autonomía reconocida constitucionalmente, puede hacer con la subvención todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido por la ley, pudiendo por tanto decidir en qué, cómo y cuándo gastar dichos dineros. Esta autonomía es ampliamente valorada. Por ejemplo, la OCDE señala que en los países donde los centros educativos tienen una mayor autonomía, sus estudiantes tienden a tener un mejor rendimiento¹³. Una vez que esta ley entre en vigencia, habrá un organismo público que se encargará de determinar qué operaciones puede realizar un establecimiento subvencionado, bajo qué condiciones y entre qué personas, pudiendo imponer fuertes sanciones en caso de existir infracciones.

Como ya se mencionó, la ley recientemente aprobada establece que tanto el uso de la subvención como el de cualquier recurso que perciba o con que cuente el sostenedor en su calidad de tal – como podría ser una donación recibida por el establecimiento o por las instituciones relacionadas con el mismo, como fundaciones, corporaciones, entidades culturales o deportivas-, estarán afectos al cumplimiento de los fines educativos específicamente establecidos en la ley y solo podrán destinarse a los actos y contratos que tengan por objeto directo y exclusivo el cumplimiento de dichos fines. De esta manera, el proyecto, mediante una fórmula prohibitiva, establece una lista en que enumera cuáles son las operaciones que les está autorizado realizar a los sostenedores para el desarrollo de sus proyectos educativos.

¹³ OCDE, “Autonomía y rendición de cuentas en los centros educativos: ¿están relacionadas con el rendimiento de los estudiantes?”.

Así, esta ley determina como operaciones válidas para realizar por los sostenedores que reciben aportes estatales, es decir tanto municipales como particulares subvencionados, las siguientes:

“i) Pago de una remuneración a las personas naturales que ejerzan, de forma permanente y efectiva, funciones de administración superior que sean necesarias para la gestión de la entidad sostenedora respecto de el o los establecimientos educacionales de su dependencia, que se encuentren claramente precisadas en el contrato de trabajo respectivo. Dichas funciones no podrán ser delegadas, en todo o en parte, a personas jurídicas. Se entenderán comprendidas en este numeral las remuneraciones pagadas a las personas naturales que presten servicios en la administración superior de la entidad sostenedora.

ii) Pago de remuneraciones, honorarios y beneficios al personal docente que cumpla funciones directivas, técnico pedagógicas o de aula, y de los asistentes de la educación, que se desempeñen en el o los establecimientos respectivos.

iii) Gastos de las dependencias de administración del o los establecimientos educacionales.

iv) Costos de aquellos servicios que estén asociados al funcionamiento y administración del o los establecimientos educacionales.

v) Adquisición de toda clase de servicios, materiales e insumos para el buen desarrollo de la gestión educativa, así como recursos didácticos e insumos complementarios que sean útiles al proceso integral de enseñanza y aprendizaje de los y las estudiantes.

Tratándose de servicios de personas o entidades técnicas pedagógicas, a que se refiere el artículo 30 de la ley N° 20.248, solo podrán ser contratadas si sus servicios se encuentran certificados por el Ministerio de Educación y han sido adjudicados por medio de licitación o concurso público, según corresponda. En caso de concursos públicos, deberán ser publicados, a lo menos, en un diario de circulación regional. Los honorarios de dichas personas o entidades serán pagados con la subvención escolar preferencial establecida por la ley N° 20.248.

vi) Inversión en activos no financieros necesarios para la prestación del servicio educativo. Inversión en activos financieros de renta fija, siempre que los intereses o réditos sean utilizados para los fines educacionales dispuestos en este artículo y no se afecte de forma alguna la prestación del servicio educativo.

vii) Gastos asociados a la mantención y reparación de los inmuebles y muebles a que se refieren los numerales anteriores.

viii) Pago de obligaciones garantizadas con hipotecas, contraídas con el solo propósito de adquirir el o los inmuebles en el cual funciona el establecimiento educacional de su dependencia, de conformidad a la letra a) quáter del artículo 6° de esta ley.

ix) Pago de créditos bancarios o mutuos cuyo objeto único y exclusivo sea el de invertir el dinero de dicho crédito o mutuo en mejoras necesarias o útiles, sean de infraestructura, equipamiento u otros elementos que sirvan al propósito del proyecto educativo del establecimiento educacional. En caso de que el sostenedor sea propietario de dicha infraestructura, tales créditos o mutuos podrán encontrarse garantizados mediante hipotecas.

Si dichas mejoras superan las 1.000 unidades tributarias mensuales se deberá consultar por escrito al Consejo Escolar.

x) Gastos que guarden directa relación con la mejora de la calidad del servicio educativo del o los establecimientos educacionales.

xi) Gastos consistentes con el proyecto educativo del o los establecimientos educacionales.”¹⁴.

Al analizar la lista anterior, es posible percatarse que alguno de los numerales son lo suficientemente amplios como para que los sostenedores puedan realizar todo tipo de operaciones relacionadas con el giro educacional. Particularmente los numerales x) y xi) que hacen referencia a “gastos que guarden directa relación con la mejora de la calidad del servicio educativo del o los establecimientos educacionales” y “gastos consistentes con el proyecto educativo del o los establecimientos educacionales”, respectivamente. Estos numerales, que en un principio pueden dar tranquilidad a los sostenedores al entregarles un amplio marco de acción, son los que probablemente traerán mayores problemas a futuro. La generalidad de estos numerales no entrega la suficiente seguridad jurídica al sostenedor a la hora de imputarse un gasto a alguna de estas operaciones, por cuanto será una autoridad administrativa la que finalmente establecerá su aplicación al caso concreto.

El verdadero alcance de cada uno de los numerales recién expuestos se encuentra entregado por la ley al Ministerio de Educación, a través del reglamento que debe dictar, y a la Superintendencia de Educación, mediante las normas de carácter general que emita y, finalmente, a través de fiscalización periódica que esta deberá realizar. En la práctica, dependiendo de la postura que tomen los mencionados organismos del Ejecutivo y sus autoridades de turno respecto de determinadas operaciones, podría ir variando la posibilidad de realizar determinadas operaciones. Lo anterior deja a los sostenedores en un escenario de notoria precariedad e incerteza jurídica. Lamentablemente, la solución propuesta por el Ejecutivo para hacerse cargo de este problema no es suficiente. Se establece un plazo de 5 años desde la entrada en vigencia de la ley para que los sostenedores realicen consultas a la Superintendencia sobre la posibilidad de realizar gastos específicos. Probablemente, toda esta regulación producirá una alta judicialización de casos en la materia, cuestión que claramente no es deseable para nuestro sistema.

Por otra parte, llama la atención la manera en que estas normas afectan en su esencia la autonomía reconocida constitucionalmente a los sostenedores y deja la determinación completa de estos fines en manos de la Administración a través de una potestad normativa de rango inferior al legal. Como se verá más adelante, este marco regulatorio se vuelve aún más gravoso al establecerse que casi la totalidad de las operaciones estarán sujetas a diversas restricciones adicionales, como por ejemplo, la prohibición de contratar con personas relacionadas.

¹⁴ Nuevo artículo 3° bis del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

Tal vez una fórmula menos intrusiva hubiera sido haberles permitido a los sostenedores, en la prestación del servicio educacional, hacer uso de la subvención en toda actividad tendiente a mantener, organizar y ampliar su colegio pero estableciéndoles limitaciones y prohibiciones, como el destino de los aportes estatales a actividades que excedieren su giro educacional. Esto hubiera resguardado el recto uso de dichos aportes, estableciendo específicamente y sin reenvíos en blanco, en qué no se podían utilizar, pero permitiéndole al sostenedor administrar y disponer de los recursos con que cuenta, respetando la autonomía que la Constitución le reconoce.

Todos los establecimientos deberán empezar a destinar la subvención del Estado y todos los demás recursos con que cuenten en la lista de fines educativos el día 1 de marzo de 2016. Sin perjuicio de lo anterior, aquellos que no estén organizados como persona jurídica sin fines de lucro por no haber hecho aún la transferencia de dicha calidad, tendrán plazo hasta el 31 de diciembre de 2017 para empezar a destinar los recursos del establecimiento, distintos a la subvención, en la lista de fines educativos, como el copago o las donaciones.

1.2.2 Condiciones en que se deben realizar las operaciones establecidas en los fines educativos

Los actos o contratos realizados para ejecutar alguno de los fines educativos, con excepción de los sueldos de administrativos superiores, del de los docentes y del personal del establecimiento¹⁵, deben realizarse en las siguientes condiciones:

- siempre entre personas no relacionadas a los sostenedores y representantes legales¹⁶.
- de acuerdo a las condiciones de mercado para el tipo de operación de que se trate en el momento de celebrar el acto o contrato. Tratándose de operaciones a título oneroso, el precio de la transferencia no podrá ser superior a aquel que prevalece en el mercado. Para estos efectos, la Superintendencia de Educación podrá solicitar al Servicio de Impuestos Internos que realice las tasaciones que correspondan de conformidad a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Tributario.

En cuanto a la definición de las personas relacionadas, la ley establece que se consideran relacionadas quienes cumplan o cumplieran, en un plazo de 2 años contados hacia atrás desde la entrada en vigencia de la ley¹⁷, con alguna de las siguientes relaciones:

- a) Los miembros o asociados, fundadores, directivos, administradores o representantes legales de la entidad sostenedora, así como también los directivos del establecimiento educacional, de acuerdo a lo dispuesto en la letra a) del artículo 46 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación.
- b) Los cónyuges y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de cualquiera de las personas indicadas en la letra a).

¹⁵ Estas condiciones son aplicables para todas las operaciones establecidas en el inciso segundo del nuevo artículo 3° que se agrega a la Ley de Subvenciones, con excepción de los numerales i) y ii).

¹⁶ Nuevo artículo 3° bis que se agrega al decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

¹⁷ Artículo decimonoveno transitorio de la ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección.

- c) Las personas jurídicas en que cualquiera de las personas indicadas en las letras a) y b) anteriores posean directa o indirectamente el 5% o más del capital de esta, la calidad de directivo o de administrador.
- d) Las personas naturales o jurídicas que tengan con cualquiera de las personas indicadas en las letras a) y b) negocios en común en cuya propiedad o control influyan en forma decisiva.

Por otra parte, la Superintendencia de Educación podrá establecer, mediante normas de carácter general, que es relacionada a un sostenedor toda persona natural o jurídica que por relaciones patrimoniales, de administración, de parentesco, de responsabilidad o de subordinación, haga presumir que:

- i) Sus negocios con la entidad sostenedora son de tal importancia o vinculación estratégica, que originan conflictos de intereses con esta;
- ii) Su administración es influenciada determinadamente por la entidad sostenedora, y viceversa, o
- iii) Si por su cargo o posición está en situación de disponer de información de la entidad sostenedora y de su administración, que no haya sido divulgada públicamente por los medios que franquea la ley, y que sea capaz de influir en las decisiones de esta.

Finalmente, se señala que se aplicarán supletoriamente las normas del Título XV de la Ley N° 18.045.

El proyecto de ley no solo faculta a la Superintendencia de Educación para definir si algún gasto específico se ajusta a los fines educativos establecidos en la ley y regulados mediante reglamento del MINEDUC, sino que además, le impone el deber de determinar si cada una de las operaciones realizadas por los sostenedores, sin importar su naturaleza, se realizan entre personas no relacionadas y de acuerdo a las condiciones de mercado. Esta norma viene a restringir gravemente la autonomía de los establecimientos e incluso puede llevar al ridículo de que adquirir bienes o servicios a precios o condiciones más ventajosas para el establecimiento sería sancionable. Además, se le entregan amplias facultades a la Superintendencia para determinar qué otras personas no enumeradas en la ley son relacionadas, siempre que se cumplan alguna de las presunciones recién mencionadas.

1.2.3 Remuneraciones de administrativos superiores

Otro aspecto que esta ley considera para efectos de que no existan retiros de dineros desde el establecimiento, es regular las remuneraciones de los miembros de la entidad sostenedora. En esta línea, la ley deja las remuneraciones de los administrativos superiores al absoluto arbitrio de la Superintendencia de Educación. Así, se establece que estas deberán ser adecuadas y que solo podrán pagarse a las personas naturales que ejerzan de forma permanente y efectiva funciones que sean necesarias para la adecuada gestión de la entidad sostenedora. Las funciones de estas personas deben estar claramente precisadas en el contrato respectivo, especificándose la dedicación temporal y las actividades a desarrollar. Asimismo, la remuneración deberá ser razonablemente proporcionada en consideración a la jornada de trabajo, el tamaño y complejidad del o los establecimientos educacionales, a las remuneraciones que normalmente se paguen en

contratos de semejante naturaleza respecto de gestiones educativas de similar entidad, y a los ingresos del establecimiento educacional por concepto de subvención y aportes del Estado¹⁸.

Esto significa que, en la práctica, la Superintendencia tendrá las siguientes atribuciones en relación con las remuneraciones de los administrativos superiores:

- Determinar si son adecuadas.
- Verificar si las funciones se prestan de manera permanente y efectiva.
- Establecer si las funciones son necesarias para la adecuada gestión del establecimiento educacional o de la entidad sostenedora.
- Revisar que las funciones, la dedicación temporal y las actividades a desarrollar estén claramente precisadas en los respectivos contratos de trabajo.
- Determinar si el sueldo es razonablemente proporcionado en consideración a:
 - o la jornada de trabajo;
 - o el tamaño y complejidad del o los establecimientos educacionales;
 - o las remuneraciones que normalmente se paguen en contratos de semejante naturaleza respecto de gestiones educativas de similar entidad; y
 - o los ingresos del establecimiento educacional por concepto de subvención y aportes del Estado.

Para estos efectos, la Superintendencia podrá pedir la acreditación del cumplimiento de las funciones de administración superior.

Como vemos, la forma en que la ley establece cómo se determinará la remuneración de los administrativos superiores no permite concluir nada, salvo que estos montos estarán muy controlados. Los enunciados utilizados son indefinidos, vagos e imprecisos y todo queda al arbitrio de un órgano administrativo. Esto generará un importante desincentivo a la entrada de nuevos actores al sistema, además de una gran incerteza entre quienes hoy se están desempeñando en estas funciones.

1.2.4 Sanciones aplicables por infracciones a las normas de fines educativos

En primer lugar, la ley establece que quien administre a cualquier título los recursos públicos u otros que perciba el sostenedor en su calidad de tal, los sustraiga o destine a una finalidad diferente de los fines educativos, estará obligado a reintegrarlos al establecimiento educacional, debidamente reajustados conforme a la variación expresada por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) en el período comprendido entre el mes anterior a aquel en que se hizo la sustracción o desvío y el mes anterior en que se produjere la restitución. Comprobada la infracción, esta será sancionada

¹⁸ Literal i) del inciso segundo e inciso tercero del nuevo artículo 3° bis que se agrega al decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

por la Superintendencia de Educación, conforme a las normas del Título III de la Ley N° 20.529, con una multa del 50% de la suma sustraída o desviada. Dichos montos en ningún caso podrán ser descontados ni pagados con cargo a cualquiera de los recursos públicos u otros que perciba el sostenedor en su calidad de tal.

Asimismo, se establece que las infracciones cometidas en el uso de los recursos generarán, además, las responsabilidades civiles y penales que el ordenamiento jurídico dispone. En este caso, la Superintendencia o el Servicio de Impuestos Internos deberán denunciar al Ministerio Público los hechos de que tomen conocimiento para los fines correspondientes.

Esto significa que en caso de sustraerse cualquier tipo de recursos del establecimiento o simplemente realizarse operaciones que, a juicio de la Superintendencia de Educación, no se ajustan a alguno de los fines educativos, aun cuando no exista mala fe, obligará a la o las personas naturales que tomaron la decisión, a restituir de su propio bolsillo dichos recursos reajustados por el IPC, además de un recargo de un 50% de estos por concepto de multa.

Esta situación es más grave todavía, toda vez que, al cambiarse la lógica del uso de la subvención, que pasará a ser un fondo público sujeto a un fin específico, podría incluso llegar a producir efectos penales en caso de destinarse a fines distintos a los aquí señalados. En efecto, el artículo 470 del Código Penal tipifica el delito de apropiación indebida, aplicando penas a *“los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.”*¹⁹ Si bien esta es una tesis discutible, podría darse el caso en que se estime que se cumplen los requisitos necesarios para configurar cada uno de los elementos del tipo penal recién mencionado.

Por otra parte, cabe insistir en que la aplicación de esta sanción no es para el sostenedor, sino que para el administrador de la entidad sostenedora, por lo que, en caso de destinarse recursos a fines distintos a los educacionales, deberá restituir dichos montos al establecimiento y pagar las multas correspondientes con recursos propios.

Adicionalmente a todo lo señalado, la ley contempla que en caso de que la Superintendencia de Educación determine que alguna operación no se enmarcó en los fines educativos, no se realizó en condiciones de mercado o se ejecutó entre personas relacionadas, esta podrá aplicar al establecimiento alguna de las siguientes sanciones²⁰:

- Multa de hasta 1000 UTM.
- Privación parcial o total de la subvención.
- Inhabilitación temporal o a perpetuidad para obtener y mantener la calidad de sostenedor.
- Revocación del reconocimiento oficial del Estado, es decir, cierre del establecimiento.

¹⁹ De acuerdo a los artículos 470 numeral 1, en relación con el artículo 467 del Código Penal, la pena podría llegar hasta el presidio menor en sus grados medio a máximo (hasta 5 años) y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.

²⁰ La ley establece que estas infracciones serán consideradas graves en los términos del artículo 76 de la Ley N° 20.529.

Todo este nuevo sistema de sanciones ha sido construido sobre la base de la desconfianza en los sostenedores en general, suponiendo en ellos un constante ánimo de burlar la ley y retirar la mayor cantidad de recursos posibles desde el establecimiento. Así, estas nuevas normas tratan de la misma manera a quien sustraiga los recursos de un establecimiento y a quien realiza un gasto que según la Superintendencia no se enmarca en alguna de las operaciones de la lista de fines educativos, lo cual no parece justo ni razonable. Si se determina, por ejemplo, que la utilización de recursos del establecimiento en una actividad extra programática no era permitida, se podrán aplicar al sostenedor las mismas sanciones que si este hubiera sustraído dichos recursos. Finalmente, cabe preguntarse si existe algún desincentivo más grande que la creación de este tipo de normas para la entrada de nuevos sostenedores. Los riesgos son muy altos y, lamentablemente, las reglas no están suficientemente claras.

1.3 Obligación de los Sostenedores de ser Dueños o Comodatarios del o los Inmuebles en que Funciona el Establecimiento Educativo

En diversas ocasiones se ha señalado que una de las principales fórmulas mediante la cual los sostenedores retiran dineros desde un establecimiento educativo sería la celebración de contratos de arrendamiento sobre inmuebles de propiedad de personas relacionadas con cánones de arrendamiento superiores a los que prevalecen en el mercado, como ocurriría en algunos casos de instituciones de educación superior. Para hacerse cargo de este temor, la ley ha optado por establecer a los sostenedores la obligación de ser dueños o comodatarios del inmueble en que funciona el establecimiento educativo. Lo cierto es que la figura del arrendamiento ha sido permitida desde siempre en nuestra legislación sin haberse cuestionado jamás su legitimidad. Tal vez, para evitar la posibilidad de que se produjeran este tipo de abusos, hubiese sido suficiente con regular las condiciones de los arrendamientos, pero el hecho de determinar su prohibición supone imponer una nueva y gravosa barrera para la entrada de nuevos actores al sistema.

Esta norma establece una de las barreras de entrada más evidentes al sistema subvencionado, puesto que quien quiera crear un colegio subvencionado deberá contar con las espaldas suficientes para costear el inmueble en que este funcionará. Además, otro grave problema que puede traer la aplicación de esta norma dice relación con la existencia de establecimientos municipales cuyo inmueble no es de propiedad de la Municipalidad o Corporación Municipal respectiva²¹. Demás está decir lo complicado que resultaría privar de la subvención a un establecimiento municipal y, claramente, esta situación no fue prevista por el Ejecutivo.

²¹ En la década de los 80, durante el proceso de traspaso de establecimientos del Estado a las municipalidades mediante los convenios celebrados en virtud del D.F.L. 1-3063, de 1980, se contemplaron los llamados “Convenios Tipo B” que eran aquellos en que se desconocía quién era el titular del dominio del inmueble traspasado, teniendo el Ministerio de Educación solo el uso y goce o tenencia material de este. En este tipo de convenios, su cláusula sexta imponía a la municipalidades la obligación de gestionar directamente ante el o los propietarios del inmueble las donaciones, concesiones, comodatos u otros trámites legales que permitieran asegurar la continuidad del servicio educativo de las escuelas, procediendo a hacer la inscripción de dominio ante el Conservador de Bienes Raíces respectivo, cuando procediere. A la fecha, aún existen terrenos cuya propiedad no ha sido regularizada.

Durante la discusión de la ley, el Ejecutivo señaló que contar con la propiedad del inmueble resultaba fundamental para velar por la continuidad en el tiempo de la prestación del servicio educacional. Este argumento no permite colegir que un contrato de arrendamiento celebrado por una cantidad elevada de años como mínimo e inscrito en el Conservador de Bienes Raíces, no entregue esa misma seguridad que se intentaba garantizar. Finalmente, el Gobierno permitió la posibilidad de arrendar el inmueble a todos aquellos establecimientos que ya se encuentran funcionando y dejó la obligación de ser propietarios solo a los nuevos establecimientos, derrumbando de esa manera el argumento esgrimido para incorporar esta nueva obligación.

Como ya fue señalado, esta nueva ley le exige al sostenedor, como requisito para impetrar la subvención, ser dueño o comodatario del inmueble, prohibiendo toda posibilidad de arrendamiento. Sin embargo, de manera absolutamente discriminatoria, los artículos transitorios permiten arrendar a los sostenedores que hoy existen. Por lo anterior, nos encontramos ante dos regímenes distintos: uno para nuevos establecimientos y otro para los ya existentes.

1.3.1 Régimen aplicable a nuevos establecimientos educacionales que quieran entrar al sistema subvencionado²²

Los nuevos establecimientos que quieran impetrar la subvención deberán cumplir con alguna de las siguientes dos condiciones:

i. Ser dueño del inmueble en que funciona el establecimiento y que éste se encuentre libre de gravámenes.

- Se establece como excepción para el sostenedor que impetra por primera vez la subvención, la posibilidad de gravar con hipoteca el inmueble en que funciona el establecimiento, siempre que su objeto sea adquirirlo. Sin embargo, para continuar impetrandola deberá acreditar su alzamiento dentro del plazo de 25 años, contado desde la notificación de la resolución que le otorga la facultad de impetrar la subvención.
- El inmueble puede estar gravado con servidumbres legales. En caso de servidumbres voluntarias se requiere autorización de la Secretaría Regional Ministerial de Educación respectiva.

ii. Ser comodatario y cumplir con:

- Contrato inscrito en el Conservador de Bienes Raíces.

²² Régimen permanente que, debido a las excepciones contempladas en los artículos transitorios para los establecimientos que hoy existen, aplica sólo a los establecimientos educacionales que se creen con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley.

- Duración de al menos 8 años renovables automáticamente por 8 años más por el sólo ministerio de la ley, salvo que 4 años antes el comodante comunique su voluntad de no renovar el contrato.
- Puede realizarse entre personas relacionadas.

Asimismo, se permiten excepcionalmente y de manera transitoria los arrendamientos en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor y solo para efectos de asegurar la continuidad del servicio. Para esto se requiere la autorización de la Secretaría Regional Ministerial de Educación respectiva. En estos casos se permite arrendar entre personas relacionadas.

Por otra parte, la ley excepciona expresamente a los sostenedores que, por impedimento legal o por las características del servicio educativo que prestan, como aulas hospitalarias o escuelas cárceles, no les sea posible hacerse dueño o comodatario del inmueble.

1.3.2 Régimen aplicable a los establecimientos educacionales que hoy se encuentran funcionando²³

Si bien la regla general es que todos los sostenedores, tanto nuevos como los ya existentes, sean dueños o comodatarios del inmueble en que funcionan sus establecimientos educacionales, la verdad es que la ley establece una serie de normas transitorias que permiten a los sostenedores que hoy existen en el sistema arrendar sin límites de tiempo, bajo ciertas condiciones que varían dependiendo del tamaño del establecimiento o de la existencia de contratos de arrendamientos celebrados con anterioridad a marzo del 2014.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley otorga de igual manera un plazo de 3 años para que los sostenedores que hoy existen y que no vayan a arrendar, adquieran el inmueble o lo obtengan en calidad de comodatarios. Estos 3 años se cuentan desde que se adquirió la personalidad jurídica en caso que se transfiera la calidad de sostenedor a una fundación o corporación, o desde la entrada en vigencia de la ley, en caso que el sostenedor sea una persona jurídica sin fines de lucro en ese momento.

En síntesis, la ley permite arrendar a:

- i. Los sostenedores hoy existentes que sean personas jurídicas sin fines de lucro al momento de la entrada en vigencia de la ley.
- ii. Personas jurídicas sin fines de lucro que hayan adquirido la calidad de sostenedores mediante la transferencia de dicha calidad por parte de un sostenedor hoy existente.

²³ Corresponde a los regímenes establecidos en los artículos cuarto y quinto transitorios de la Ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección.

Las condiciones de los arrendamientos de los sostenedores recién señalados dependerán de las siguientes situaciones:

- Si el sostenedor cuenta con un contrato de arrendamiento celebrado con una fecha anterior a inicios del año escolar 2014:
 - Estos podrán seguir arrendando en las mismas condiciones que lo hacían hasta por el plazo de tres años. Si el contrato vigente a inicios del 2014 expira antes de que se cumplan los tres años, podrá renovarse el arrendamiento por el tiempo que reste para cumplir dicho período, con un canon mensual máximo de una doceava parte del 11% del avalúo fiscal del inmueble. En estos casos, se permite el arrendamiento entre personas relacionadas.
- Si el sostenedor cuenta con un contrato de arrendamiento cuya fecha de celebración no es anterior a inicios del año escolar 2014 o si este tenía el inmueble en calidad de comodatario o como titular de otro derecho sobre el inmueble:
 - Estos podrán celebrar un contrato de arrendamiento o seguir con sus arrendamientos vigentes -incluso entre relacionados-, hasta por el plazo de los tres años, siempre y cuando el canon mensual no exceda una doceava parte del 11% del avalúo fiscal del inmueble.
- En los casos anteriores, vencido los tres años, los sostenedores podrán seguir arrendando siempre que:
 - Los contratos no sean entre personas relacionadas, salvo que se trate de personas sin fines de lucro o de derecho público.
 - Duración mínima de ocho años.
 - El contrato se inscriba en el Conservador de Bienes Raíces.
 - El canon máximo de arrendamiento mensual es de una doceava parte del 11% del avalúo fiscal del inmueble.
- Régimen especial para el sostenedor subvencionado que al inicio del año escolar 2014 gestionaba establecimientos educacionales con una matrícula no superior a 400 estudiantes (considerando todos los establecimientos de su dependencia):
 - Si arrendaba al inicio del año escolar 2014 -incluso con relacionados-, puede mantener el contrato hasta por seis años (el doble que los colegios con más de 400 alumnos).
 - Si el contrato expira antes de los 6 años, puede renovarse por el tiempo restante con el límite en el canon mensual de una doceava parte del 11% del avalúo fiscal del inmueble.
 - Luego de los seis años, estos sostenedores podrán celebrar un “contrato de uso de infraestructura para fines educacionales”. Estos contratos deben cumplir con:
 - El propietario del inmueble debe entregar su uso al sostenedor y hacerse cargo de las mejoras del mismo.
 - Sostenedor compensa depreciación de la propiedad pagando como máximo 4,2% del avalúo fiscal.

- Contrato vigente hasta el término de la prestación del servicio educacional. Propietario del inmueble puede poner término al mismo dando aviso 5 años antes.
- En caso de ponerse término al contrato, el propietario del inmueble está obligado a ofrecer de manera preferente el inmueble para su adquisición al sostenedor que lo está usando y al Estado.
- Si el MINEDUC determina que, en dos años consecutivos, la matrícula total del establecimiento supera los 400 estudiantes, el sostenedor tiene dos años para hacerse dueño o comodatario del inmueble²⁴.

Luego de revisarse las normas precedentes es posible concluir, en primer lugar, que esta ley establece como régimen permanente algo que solo será aplicable para los sostenedores que ingresen al sistema en el futuro, imponiéndole a ellos la carga de tener que contar con el dinero suficiente para poder comprar el inmueble en que funcionará el establecimiento. Lamentablemente, al tratar a los establecimientos ya existentes de manera más laxa que a los nuevos, a los cuales además se les imponen otras trabas como la propiedad del inmueble, cabe preguntarse qué ocurrirá en los sectores en donde no existan colegios de calidad.

Ya establecer este tipo de medidas no parece razonable y claramente no cumple con los objetivos señalados por el Ejecutivo, pero el nivel de discriminación que existe entre sostenedores antiguos y los que pretendan desarrollar un nuevo proyecto educativo subvencionado por el Estado solo se explica por la presión ejercida por distintos grupos de interés durante la tramitación de la ley. Además, no existe un fundamento o evidencia que permita colegir que los establecimientos con menos de 400 alumnos deben tener un tratamiento especial. El Ministerio de Educación no pudo aclarar durante la tramitación de la ley el origen de dicho corte, pero argumentó que los colegios con más de 400 alumnos pueden dar lugar a excedentes que podrían ser retirados por el sostenedor.

1.4 Nuevas Normas que Regulan la Entrega de Información y la Rendición de Cuentas de los Sostenedores a la Superintendencia de Educación

El último mecanismo establecido en esta ley para terminar con el lucro en la educación subvencionada es complejizar la rendición de cuentas del uso de los recursos por parte de los sostenedores, además de aumentar considerablemente la cantidad de información que estos tienen que entregar a la Superintendencia de Educación. De esta forma, y no siendo suficientes todas las medidas descritas anteriormente, la ley busca asegurarse de que no exista manera alguna de que se burlen estas nuevas prohibiciones.

Entendiendo que la información y las rendiciones de cuentas que deben realizar los establecimientos educacionales son uno de los aspectos fundamentales para la transparencia y buen funcionamiento del sistema educativo, ya que repercuten directamente en la decisiones que

²⁴ En los términos de la nueva letra a) quáter del artículo 6 del DFL N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

puedan tomar las familias respecto a la educación de sus hijos, una sobrecarga innecesaria en esta materia puede significar que los establecimientos utilicen gran parte de su tiempo en cumplir con todos estos requerimientos administrativos, desviando esfuerzos y recursos que deberían estar encaminados al desarrollo de sus proyectos educativos y a mejorar la calidad de la educación que imparten. Por lo tanto, resulta imperioso contar con una fórmula equilibrada que permita a la comunidad escolar y a las autoridades conocer los movimientos y procesos de los establecimientos, pero sin que esto signifique ahogarlos y distraerlos de su principal función.

Actualmente, los sostenedores deben rendir cuenta pública del uso de todos sus recursos mediante procedimientos contables simples, generalmente aceptados, respecto de cada uno de sus establecimientos educacionales, de acuerdo a los instrumentos y formatos estandarizados que fije la Superintendencia de Educación. Adicionalmente, los sostenedores que posean más de un establecimiento educacional subvencionado o que reciba aportes del Estado, deben entregar un informe consolidado del uso de los recursos respecto de la totalidad de sus establecimientos²⁵.

Esta forma de rendir los recursos es modificada por la nueva ley, eliminándose la posibilidad de llevar la contabilidad a través de procedimientos contables simples, debiéndose, desde su entrada en vigencia, rendir cuenta del uso de los recursos conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados, respecto de la entidad sostenedora y de cada uno de sus establecimientos educacionales. Una vez que esta ley entre en régimen, las rendiciones de cuenta consistirán en la entrega de estados financieros que contengan la información de manera desagregada, según los procedimientos que establecerá la Superintendencia de Educación. Estos procedimientos deberán considerar las características de cada establecimiento educacional y factores tales como la ruralidad, número de estudiantes matriculados y nivel socioeconómico de cada uno de ellos. Adicionalmente, los sostenedores que posean más de un establecimiento educacional subvencionado o que reciba aportes del Estado, deberán entregar un informe consolidado del uso de los recursos respecto de la totalidad de sus establecimientos. Además, los recursos recibidos durante el año calendario anterior, se rendirán hasta el 31 de marzo del año siguiente.

En cuanto a la nueva información que podrá ser requerida por la Superintendencia de Educación, esta ley establece que los sostenedores deberán entregar toda la información que se les solicite, de conformidad a las normas generales que esta disponga. En todo caso, anualmente deberán entregar:

- El gasto, desagregado, en remuneraciones de los directivos y administradores de la entidad sostenedora. Esta información deberá estar además a disposición permanente del público, de forma física o a través del sitio electrónico del establecimiento educacional, si lo hubiere.
- Un listado actualizado con la individualización completa de sus miembros o asociados y directivos, dentro de los treinta días siguientes al término de cada año calendario. Sin

²⁵ Artículos 54 y siguientes de la Ley N° 20.529, que establece Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización.

perjuicio de lo anterior, los sostenedores deberán informar inmediatamente a la Superintendencia cualquier modificación ocurrida respecto de la información contenida en el último listado anual.

- Información desagregada respecto a la lista de las Agencias de Asistencia Técnica Educativa que postularon a la licitación²⁶.
- Copia del pago íntegro y oportuno de las cotizaciones previsionales de todo su personal.

En caso de incumplimiento en la entrega de esta información, se aumentan las sanciones aplicables por parte de la Superintendencia. La nueva ley establece que dichos incumplimientos serán considerados como infracción grave²⁷, pudiendo aplicarse, entonces, las sanciones más altas de nuestro ordenamiento como revocación del reconocimiento oficial, multas de hasta 1.000 UTM, privación parcial o total de la subvención e inhabilitación temporal o a perpetuidad para obtener y mantener la calidad de sostenedor.

Por otra parte, la nueva ley faculta a la Superintendencia de Educación para solicitar cualquier documento, libro o antecedente que sea necesario para fines de fiscalización, tanto de la entidad sostenedora como respecto de los terceros que administren los establecimientos educacionales²⁸. Asimismo, se faculta a este organismo para requerir, mediante resolución fundada, los movimientos de las cuentas bancarias en las que consten los ingresos que se destinen al cumplimiento de los fines educativos del establecimiento y los antecedentes que los respalden, pudiendo solicitar, ante la negativa del titular de la cuenta, la entrega de dicha información al juez competente.

Finalmente, se establece que los establecimientos subvencionados deben presentar una declaración con la información que requiera el Servicio de Impuestos Internos, en la forma y plazo que este establezca mediante resolución. En dicha declaración, el Servicio podrá solicitar, entre otros antecedentes, un desglose de los ingresos tributables, rentas exentas e ingresos no constitutivos de renta obtenidos por estas entidades, así como también de todos los costos, gastos y desembolsos asociados a cada una de las categorías de rentas e ingresos antes mencionados. El retardo u omisión en la presentación de la referida declaración jurada se sancionará conforme a lo dispuesto en el inciso primero del N° 1 del artículo 97 del Código Tributario²⁹. Si la declaración presentada conforme a este número fuere maliciosamente falsa, se sancionará conforme a lo dispuesto por el inciso primero, del N° 4, del artículo 97 del Código Tributario³⁰.

²⁶ La Ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección establece que solo podrán contratarse los servicios de las agencias de asistencia técnica educativa mediante licitación.

²⁷ En los términos del artículo 76 de la Ley N° 20.529, que establece Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización.

²⁸ El actual literal e) del artículo 49 de la Ley N° 20.529 solo faculta a la Superintendencia de Educación para acceder a cualquier documento, libro o antecedente que sea necesario para fines de fiscalización. A esto la nueva Ley agrega la facultad de solicitar dichos documentos.

²⁹ El inciso primero del N° 1 del artículo 97 del Código Tributario establece como sanción una multa de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual.

³⁰ El inciso primero, del N° 4, del artículo 97 del Código Tributario establece como sanción con presidio menor en sus grado medio a máximo.

Como vemos, para dar cumplimiento a todas estas nuevas normas, los establecimientos educacionales probablemente requerirán contratar personal adicional al existente, lo que significa también que deberán destinar una parte de los recursos con que cuentan para estos fines y contar con la infraestructura y materiales necesarios para ello, por cuanto en muchos casos no deben contar con la capacidad instalada para hacer frente a toda esta nueva regulación.

Si bien es esencial contar con normas claras y eficientes para los establecimientos educacionales en temas de rendición de cuentas e información al sistema escolar, resulta un tanto paradójico toda esta nueva regulación que la ley contempla en esta materia, por cuanto justamente el proyecto viene a quitarle de manera importante autonomía a los sostenedores al permitirle a las autoridades estatales respectivas entrometerse en decisiones que deben corresponder únicamente a quienes gestionan los establecimientos.

2. Otras Normas que Dificultarán o Impedirán la Creación de Nuevos Establecimientos Particulares Subvencionados

Como ya se ha señalado precedentemente, la ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección contiene diversas normas que atentan directamente contra la creación de nuevos establecimientos educacionales subvencionados, contradiciendo, de esta manera, las bases de nuestro sistema escolar. Varias de estas normas ya han sido tratadas anteriormente como la obligación de los nuevos sostenedores de ser propietarios del inmueble en que funciona el establecimiento educacional; la obligación de estar organizados como personas jurídicas sin fines de lucro; la gran discrecionalidad que tiene la Superintendencia de Educación en la determinación de las operaciones permitidas con los recursos de cada colegio; la incertidumbre de cuánto serán las remuneraciones del sostenedor; el riesgo de sufrir alguna de las altas sanciones, incluso penales, que pueden ser aplicadas en caso de infracciones a la nueva normativa; y, la gran recarga administrativa que tendrán que soportar los sostenedores una vez que la ley entre en vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la mayor barrera que deberán franquear quienes pretendan desarrollar un nuevo proyecto educativo a través de la instalación de un establecimiento subvencionado es aquella que entrega al Ministerio de Educación la facultad de autorizar la creación de nuevos establecimientos subvencionados cuando este considere que hay una demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos subvencionados que ya existen, o bien, en caso de que estime que no es posible encontrar un proyecto educativo similar en el territorio en que se pretende desarrollar el nuevo establecimiento.

Esta norma constituye una innovación en nuestra legislación, ya que viene a limitar la libertad de enseñanza que ha sido promovida en nuestro país desde el siglo XIX. Actualmente, la Constitución

garantiza a todas las personas la libertad de enseñanza³¹, la cual incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales sin otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Además, nuestra Carta Magna garantiza el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos³², lo que implica necesariamente la posibilidad de que estos puedan escoger el establecimiento de enseñanza a los que sus hijos asistirán. Como ya se explicó, en el caso de los colegios particulares subvencionados, este derecho se hace efectivo a través de la subvención estatal que posibilita la existencia de diversidad de proyectos educativos, elemento fundamental para que los padres puedan escoger el establecimiento que más les satisfaga o interese.

Específicamente, la norma en análisis permite al Ministerio de Educación autorizar la creación de un nuevo establecimiento subvencionado³³ en caso que ocurra alguno de los siguientes supuestos:

- Se determine la existencia de una demanda insatisfecha por matrícula en un territorio determinado que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal.
- Se determine la inexistencia de un proyecto educativo similar en el territorio en el que pretende instalar el nuevo establecimiento.

Además, los nuevos establecimientos no podrán cobrar copago.

La solicitud deberá ser aprobada por el Ministerio de Educación y ratificada por la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio del Consejo Nacional de Educación.

Por otra parte, como la ley no señala cuál es el ámbito territorial mencionado en la norma, se faculta a este Ministerio para determinar, mediante un reglamento, su alcance, además de los procedimientos y requisitos aplicables para ejercer esta facultad.

Como vemos, esta reforma afectará directamente la calidad y diversidad de nuestro sistema educativo al condicionar la creación de nuevos establecimientos subvencionados a criterios subjetivos que serán determinados por el Ministerio de Educación. Cabe preguntarse entonces, ¿Qué se entenderá por territorio? ¿Bajo qué criterios se determinará que un proyecto educativo nuevo es similar o no a otro ya existente? ¿Cómo se incentivará a los colegios actuales a hacerlo cada vez mejor si ya tienen su espacio asegurado? ¿Es justo que en territorios en que solo existen colegios de mala calidad, la comunidad no tenga la opción de verse beneficiada por la instalación de un nuevo colegio dispuesto a entregar un mejor servicio? Lamentablemente, esta regulación nos deja frente a un futuro incierto. Además, si se considera la tendencia a la baja de la tasa de

³¹ Artículo 19 N° 11° de la Constitución Política de la República de Chile.

³² Artículo 19 N° 10° de la Constitución Política de la República de Chile.

³³ Estos requisitos son adicionales al cumplimiento de las normas del Reconocimiento Oficial establecidas en los artículos 46 y siguientes del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación y de las exigencias prescritas en el artículo 6° del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación.

natalidad³⁴ y la gran migración de matrícula que ha habido en los últimos años desde establecimientos educacionales a particulares subvencionados, podemos deducir que hay una baja probabilidad de que exista demanda insatisfecha en distintos lugares ya que, probablemente, habrá una gran cantidad de capacidad ociosa. A modo de ejemplo, un estudio de la ONG Acción Educar señala que, considerando solo el criterio de demanda insatisfecha, en más de un 85% de las comunas a nivel nacional no se podría instalar un nuevo colegio y al realizar un análisis dentro de un territorio más acotado, se observa que solo el 10% de los establecimientos están instalados en sectores donde habría cabida para un nuevo proyecto educacional³⁵. De ser cierto lo anterior, la única opción que existiría para abrir un nuevo establecimiento subvencionado sería apelar a que el Ministerio de Educación considere que el proyecto educacional que se pretende desarrollar es distinto a los ya existentes en un territorio determinado.

3. Conclusiones

La ley que pone fin al lucro, el copago y la selección viene a realizar cambios estructurales en nuestro sistema educacional, generando tensiones indeseables entre los diversos miembros de la comunidad educativa. El terminar con la posibilidad de obtener ganancias en la educación chilena cambia radicalmente algo vigente desde siempre en nuestro país. Después de analizarse las medidas encaminadas a poner fin al lucro en la educación particular subvencionada, no es posible anticipar de manera alguna la generación de impactos beneficiosos, ni siquiera potenciales en la calidad de la educación. Lamentablemente, sí es posible prever la gran sobrecarga administrativa y financiera que tendrán los establecimientos una vez que esta ley entre en vigencia, además de lo difícil que será que nuevos actores ingresen al sistema.

Nuestro sistema educacional se ha caracterizado por la existencia de una provisión educativa mixta. Esta nueva ley, al dificultar la entrada de nuevos sostenedores privados y al entorpecer la permanencia, expansión y gestión de los ya existentes, no reconoce ni respeta la historia, realidad y tradición educativa del país, siendo, además, incoherente con las bases de la institucionalidad nacional. Esta reforma atenta abiertamente en contra de la autonomía de los establecimientos educacionales, cuyo respeto y protección posibilita directamente la libertad de enseñanza y la libre elección de las familias.

Esta ley ha sido construida sobre la base de diagnósticos faltos de sustento, y además carece de estudios rigurosos que permitan anticipar el impacto que cada una de las modificaciones traerá. Contiene, además, diversas normas cuya constitucionalidad es, a lo menos, cuestionable. Esta reforma, en su conjunto, hará difícil la mantención en el sistema de aquellos colegios que no estén en condiciones de cumplir con los nuevos requisitos, o que no estén dispuestos a ceder al Estado

³⁴ Ver datos nacimientos anuales del Registro Civil o datos de natalidad publicados por el Departamento de Estadísticas e Información de Salud.

³⁵ Acción Educar, “Análisis: Establecimientos con fines de lucro en Chile” (año 2014).

parte del control sobre su proyecto educativo. Por otra parte, esta ley constituirá un desincentivo para que aquellos establecimientos que se mantengan en el sistema se esfuercen por mejorar cada vez más la calidad de la educación que imparten, por cuanto dificulta y limita fuertemente la entrada de nuevos establecimientos educacionales al sistema.

4. Referencias Bibliográficas

- Constitución Política de la República de Chile
- Decreto con fuerza de Ley N° 2, de 2009, 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
- Decreto con fuerza de Ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de Ley N° 2, de 1996, sobre subvenciones del Estado a establecimientos educacionales
- Ley N° 20.529, que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización.
- Decreto con fuerza de Ley N° 1-3063, de 1980, del Ministerio del Interior.
- La Ley de Instrucción Primaria de 1920.
- Código Penal.
- Código Tributario.
- Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.
- Historia de la Ley N° 20.370 Establece la Ley General de Educación, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en:
<https://www.google.cl/#q=Historia+de+la+Ley+N%C2%B0+20.370+Establece+la+Ley+General+de+Educaci%C3%B3n>
- Fallo Tribunal Constitucional Rol N° 1.363, 28 de julio de 2009.
- Datos de natalidad publicados por el Departamento de Estadísticas e Información de Salud, disponible en <http://www.deis.cl/?p=49>
- Encuesta CEP, abril de 2015, disponible en:
http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5916_3706/EncuestaCEP_Abril2015.pdf
- OCDE, “Autonomía y rendición de cuentas en los centros educativos: ¿están relacionadas con el rendimiento de los estudiantes?”, disponible en
<http://www.oecd.org/pisa/pisaproducts/pisainfocus/49359322.pdf>
- Memoria MINEDUC 2010 2014, disponible en
http://clientes.hugoo.com/temp/99/banco/Memoria_MINEDUC_2013-2014.pdf
- Acción Educar, “Análisis: Establecimientos con fines de lucro en Chile” (año 2014), disponible en
http://accioneducar.cl/wpcontent/files_mf/1426885945EstudioAcci%C3%B3nEducarRestriccionofertaeducativa.pdf

- Williamson Carlos. “La Educación Particular Subvencionada en Chile: Mitos y Realidades”, CLAPES UC, disponible en <http://clapes.uc.cl/wp-content/uploads/2015/04/EDUCACION-ESCOLAR-SIMCE-PSU-Gasto-final-clapes-marzo-2015.pdf>
- Beyer Harald. “Sobre el lucro en educación escolar”. (Septiembre 2014), Centro de Estudios Públicos, disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5666_3599/pder380_HBeyer.pdf
- Eyzaguirre Sylvia. “Lucro en Educación”, Centro de Estudios Públicos.
- Elacqua Gregory. “*For-Profit Schooling and The Politics of Education Reform in Chile when Ideology Trumps Evidence*” (Julio 2011), Instituto de Políticas Públicas UDP.

SERIE INFORME LEGISLATIVO

Últimas Publicaciones

- N° 40** **Reforma Tributaria (3ª parte):
Las Ventanas del 2015**
Bárbara Vidaurre M.
Febrero 2015
- N° 39** **Reforma Tributaria (2ª parte):
¿Cómo Quedó la Tributación de
los Bienes Raíces?**
Bárbara Vidaurre M.
Diciembre 2014
- N° 38** **Reforma Tributaria (1ª parte):
¿Cómo Quedará la Tributación de las Empresas
y de las PYME?**
Bárbara Vidaurre M.
Noviembre 2014