

LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

[www.lyd.org](http://www.lyd.org)

Nº 1.162

13 de junio 2014

ISSN 0717-1528

## EL DEBATE EDUCACIONAL ANTE LA CONSTITUCIÓN

- Este proyecto de ley cambia completamente la manera en que es considerado un sostenedor. Pasa de ser un promotor y líder de un proyecto educativo a un administrador de recursos públicos.
- Esta iniciativa pone fin a la libertad de organización de los establecimientos educacionales, pasando a llevar, por lo demás, importantes precedentes del Tribunal Constitucional.
- Al prohibir la norma de abrir nuevos establecimientos educacionales, se afecta este aspecto de la libertad de enseñanza, que claramente tendrá un impacto en la libertad que tienen los padres de elegir el colegio que quieren para sus hijos.

El proyecto de ley que regula la admisión de los estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado<sup>1</sup>; ha generado diversos cuestionamientos desde el punto de vista de su constitucionalidad.

### MAS INFORMACIÓN

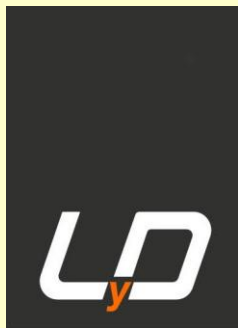
[http://www.lyd.com/wp-content/files\\_mf/tp1.161nuevofinanciamientoporalmnollml.pdf](http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.161nuevofinanciamientoporalmnollml.pdf)

[http://www.lyd.com/wp-content/files\\_mf/tp1.160fineducaci%C3%93nparticularsubvencionadaml.pdf](http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.160fineducaci%C3%93nparticularsubvencionadaml.pdf)

[http://www.lyd.com/wp-content/files\\_mf/tp1.159educaci%C3%93nllml.pdf](http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.159educaci%C3%93nllml.pdf)

Debemos ser claros: reproches de constitucionalidad respecto de una iniciativa legislativa requieren de un alto estándar de fundamentación, y en caso alguno puede ser considerado una etapa o herramienta más del juego político, o el que se pueda esgrimir ante meros problemas de implementación o prácticos, o ante diferencias en las concepciones de política pública en juego o sus consecuencias.

El que en estos días parezca común invocar la carta de inconstitucionalidad en los más diversos ámbitos respecto de distintas iniciativas legislativas del Gobierno (argumentándose escasamente el reproche concreto), no obsta a que, en el caso de la iniciativa de reforma educacional objeto de análisis, encontremos graves y precisas infracciones a la Constitución Política (CPR) por las razones que se entregarán.



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

[www.lyd.org](http://www.lyd.org)

Nº 1.162

13 de junio 2014

ISSN 0717-1528

**Desatender estas cuestiones podrían implicar un eventual proceso de judicialización masiva posterior, una vez que la ley entre en vigencia, por parte de los particulares, sean padres o establecimientos educacionales, que vean infringido alguno de sus derechos constitucionales.**

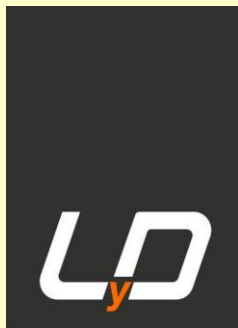
Se trata de una cuestión de la mayor relevancia porque de no atenderse en el trámite legislativo del proyecto, habilitan a un futuro requerimiento parlamentario ante el Tribunal Constitucional (TC) en sede de control preventivo eventual (y en todo caso, tratándose de normas de rango orgánico, buena parte de ellas irá a control preventivo obligatorio al TC. A lo anterior se suma, y más importante aún, desatender estas cuestiones podrían implicar un eventual proceso de judicialización masiva posterior, una vez que la ley entre en vigencia, por parte de los particulares, sean padres o establecimientos educacionales, que vean infringido alguno de sus derechos constitucionales. Esto también podría terminar en un análisis de constitucionalidad en cada caso concreto ante el TC a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de que existen otras normas específicas de esta iniciativa que han sido cuestionadas desde un punto de vista constitucional (por ejemplo, quórum de las normas, obligación de renovación de matrícula, o procedimientos especiales de selección) nos merecen serios reparos las siguientes modificaciones: (i) la calidad de administrador del sostenedor; (ii) fin a la libertad de organización; y el (iii) congelamiento del número de colegios.

#### **SOSTENEDORES: ¿MEROS CONTRATISTAS DEL ESTADO?**

El proyecto de ley dispone que “respecto de la subvención, el sostenedor tendrá la calidad de administrador. En consecuencia, dichos recursos estarán afectos al cumplimiento de los fines educativos (definidos en la ley) y sólo podrán destinarse a aquellos actos y contratos que tengan por objeto directo y exclusivo el cumplimiento de dichos fines”<sup>ii</sup>. Es decir, el sostenedor pasa de ser un gestor y promotor de un determinado proyecto educativo a un administrador de recursos públicos.

Actualmente, la Ley General de Educación (LGE) señala que serán sostenedores responsables del funcionamiento del establecimiento educacional las personas jurídicas de derecho público, tales como Municipalidades y otras entidades creadas por ley, y las personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación. A cada sostenedor se le autoriza a desarrollar libremente



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

[www.lyd.org](http://www.lyd.org)

Nº 1.162

13 de junio 2014

ISSN 0717-1528

**Se entiende la libertad de enseñanza no sólo como una concreción de la libre iniciativa económica, sino que encuentra su fundamento en la libertad individual y subsidiariedad.**

su proyecto educativo con ciertas limitaciones. Esto es parte de la libertad de enseñanza, entendiendo ésta no sólo como una concreción de la “libre iniciativa económica”, sino que encontrando su fundamento en la libertad individual y la subsidiariedad. No se quiere un Estado que controle en términos absolutos todas las materias vinculada a la educación, formación y desarrollo de las personas.

El TC se ha pronunciado con respecto al rol que cumple el sostenedor en un establecimiento educacional. En este contexto, ha señalado que parte de la libertad de enseñanza reconoce “en primer lugar, el derecho de abrir, crear o formar establecimientos educacionales de cualquier nivel, de acuerdo con el **ideario del proyecto educativo de los fundadores respectivos...**”. Junto con lo anterior, se ha indicado también que “la libertad de enseñanza supone el respeto y protección de la plena autonomía garantizada por la Constitución a **favor del fundador o sostenedor del establecimiento respectivo, para la consecución de su proyecto educativo**, en los ámbitos docente, **administrativo** y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es posible afirmar que existe aquella libertad”<sup>iii</sup>.

Por otra parte, en la misma sentencia el TC señala que “tal principio, de autonomía de la asociación correlativo a la subsidiariedad estatal, es de **aplicación amplia**, cubriendo entre muchos otros, a los establecimientos privados o particulares de enseñanza, sean o no subvencionados. Con dicha capacidad de **regirse por sí mismos en lo docente o pedagógico, administrativo y económico**, los establecimientos aludidos quedan habilitados por la Constitución para ejercer plenamente la libertad de enseñanza, **sin intervención o injerencia indebida del Estado**, ni de terceros, los cuales son, en tal sentido ajenos a ellos”<sup>iv</sup>.

Por tanto, el TC ha sido explícito en señalar que existe en nuestro sistema jurídico un resguardo importante de los proyectos educativos, y de la autonomía por parte de los sostenedores de poder dirigir y liderar éstos.



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

[www.lyd.org](http://www.lyd.org)

Nº 1.162

13 de junio 2014

ISSN 0717-1528

**El proyecto de ley obliga a los sostenedores que hoy están constituidos como persona jurídica con fines de lucro a decidir entre dos opciones: seguir percibiendo subvención o renunciar a ella.**

## FIN A LA LIBERTAD DE ORGANIZACIÓN

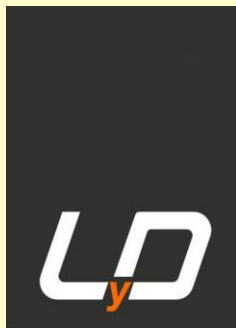
Por otro lado, el proyecto de ley obliga a los sostenedores que hoy están constituidos como persona jurídica con fines de lucro a decidir entre dos opciones: seguir percibiendo subvención o renunciar a ella. Tal como señaló en un Tema Público anterior<sup>v</sup>, éstas opciones no constituyen verdaderas alternativas, ya que la iniciativa dispone que para seguir recibiendo subvención, el sostenedor debe ser dueño del bien inmueble en marzo del año 2014. Sin embargo, un porcentaje importante de los sostenedores, no lo son<sup>vi</sup>.

Como es sabido, el sostenedor que quiere seguir percibiendo subvención deberá en un plazo de dos años transferir su calidad de tal a una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro (dejando de cumplirse el DFL N° 2 de 2009 que establece que la calidad del sostenedor no puede ser transferida).

Los sostenedores privados que transfieran su calidad y que sean dueños del inmueble al inicio del año escolar 2014 podrán pedir un aporte equivalente a la suma de un “monto total de infraestructura esencial” (determinado por una comisión regional,<sup>vii</sup> y con un tope de 75 UF por alumno) multiplicado por la matrícula promedio de los últimos tres años, y el valor total de los terrenos (determinado según el precio de mercado, considerando su valor de reemplazo, y el valor del suelo con un tope de hasta 30 UF por alumno). Al total anterior se le descontará el aporte suplementario por costo de capital adicional (recursos para Jornada Escolar Completa (JEC)-, que según CONACEP representan no más del 30% de lo necesario para el aumento de la infraestructura).

Para percibir este aporte, el sostenedor nuevo (sin fines de lucro) y el antiguo (con fines de lucro) deberán suscribir un convenio de derechos y deberes. El pago del aporte por infraestructura se hará en cuotas anuales por 12 años. Pagadas todas las cuotas, el Fisco adquiere el dominio sobre la propiedad y el Mineduc deberá entregar el uso del inmueble a un sostenedor público o privado.

Con respecto a esto cabe destacar un aspecto de la sentencia del TC a propósito del control de constitucionalidad de la LGE. En este fallo, el



**El proyecto de ley en cuestión sí está exigiendo que los sostenedores se constituyan con una personalidad jurídica determinada (persona jurídica sin fin de lucro) y se excluye la posibilidad de seguir constituidos como personas jurídicas con fines de lucro.**

TC se pronunció respecto de la constitucionalidad de la exigencia de que el sostenedor tuviera una personalidad jurídica determinada para obtener reconocimiento oficial (persona jurídica de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación). El TC consideró que esta norma se ajustaba a la Carta Fundamental; no obstante, la discusión no sólo estuvo lejos de ser pacífica, sino que además el voto de la mayoría dejó claro que esta obligación de organizarse de manera específica constituía un límite máximo en la regulación que podía realizar el legislador<sup>viii</sup>.

En efecto, el TC señaló que **“la norma no exige ninguna personalidad jurídica concreta. Establece sólo que se trate de personas jurídicas de derecho privado**. Por tanto, el establecimiento puede adoptar la forma de persona jurídica con fines de lucro, incluyendo todas las formas reguladas de sociedades, o sin fines de lucro, o sea, Corporaciones y Fundaciones. Las formas específicas de organización, serán definidas por el que quiera tener un establecimiento con reconocimiento oficial dentro de esta **amplia gama**. La **única limitación**, es que dicha persona jurídica tenga “objeto social único”<sup>ix</sup> es decir, exclusivo. Ese objeto debe ser “la educación”. Con ello se excluyen, agrupaciones multipropósitos”. Luego señaló que “además, la norma **no excluye ninguna forma jurídica**, por lo que podrán constituirse incluso como empresas individuales de responsabilidad limitada”<sup>x</sup>.

Es decir, en esta sentencia el TC es claro en señalar que la norma incorporada en la LGE por la cual se exigía que el sostenedor se constituyera como persona jurídica de giro único es constitucional en la medida que no se exige una personalidad jurídica determinada, ni se excluye ninguna forma jurídica. Pues bien, el proyecto de ley en cuestión sí está exigiendo que los sostenedores se constituyan con una personalidad jurídica determinada (persona jurídica sin fin de lucro) y se excluye la posibilidad de seguir constituidos como personas jurídicas con fines de lucro. Teniendo esto presente, la iniciativa en esta parte es contraria a la Constitución por vulneración de la libertad de enseñanza (Artículo 19 Nº 11), específicamente en lo que respecta la libertad de organización consagrada en el inciso primero, y núcleo de la garantía, en cuanto se establece que : “La libertad de enseñanza



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

[www.lyd.org](http://www.lyd.org)

Nº 1.162

13 de junio 2014

ISSN 0717-1528

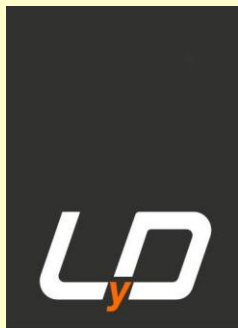
**Se agrava si se analiza el sistema de “compensación” *sui generis* que expone el proyecto de ley.**

incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”.

Esto último se agrava si se analiza el sistema de “compensación” *sui generis* que propone el proyecto de ley. En efecto, si bien la CPR desarrolla detalladamente el estatuto constitucional de la propiedad -especialmente en materia de expropiación y las reglas de la indemnización- este proyecto pareciera buscar esquivar estas disposiciones. En este sentido, dentro del esquema de indemnización expuesto en la iniciativa no se respeta ninguna de las condiciones que la CPR establece: (i) no se indemniza por el daño patrimonial efectivamente causado, ya que se calcula el monto de compensación en base a la cantidad de alumnos por establecimiento; (ii) no se fija el monto indemnizatorio por un tribunal imparcial, sino que más bien por una comisión que depende de un órgano de naturaleza política como es el Ministerio de Educación; y (iii) no se paga la indemnización en efectivo, sino que en 12 cuotas.

Con todo, lo anterior no es sino expresión del problema de fondo en esta materia: la obligación de facto de venta de inmuebles es una alternativa desproporcionada –desde la perspectiva del test de proporcionalidad tan utilizado por el TC–; dado que existen otras fórmulas menos lesivas en términos de derechos fundamentales.

Finalmente, este proyecto presenta problemas de constitucionalidad en lo que respecta la celebración del convenio que han firmado los establecimientos educacionales con el Ministerio de Educación por concepto de Jornada Escolar Completa. En efecto, los establecimientos educacionales para adjudicarse el aporte de capital por concepto de Jornada Escolar Completa (para la infraestructura) deben celebrar un convenio con el Mineduc en el cual se establecen “los derechos y obligaciones de las partes.” “Para todos los efectos legales, el convenio debidamente protocolizado tendrá valor de instrumento público y constituirá título ejecutivo respecto de las obligaciones del adjudicatario”.<sup>xi</sup> Por una parte en este proyecto, no se señala que ocurrirá con estos convenios válidamente celebrados (en caso que se tenga que devolver el dinero percibido por concepto de Jornada Escolar Completa). Por otro lado, si se exige la devolución de lo percibido por concepto de Jornada Escolar Completa a los



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

[www.lyd.org](http://www.lyd.org)

Nº 1.162

13 de junio 2014

ISSN 0717-1528

**Al prohibir la norma abrir nuevos establecimientos educacionales, se afecta este aspecto de la libertad de enseñanza, que claramente tendrá un impacto en la libertad que tienen los padres de elegir el colegio que quieren para sus hijos.**

sostenedores que opten por dejar de percibir la subvención, se está alterando la esencia del convenio válidamente celebrado. Lo anterior, ya que al cambiar las condiciones en la ley, se afecta gravemente lo pactado en el convenio.

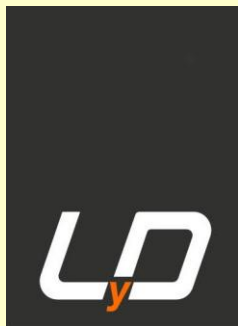
### CONGELAMIENTO DEL NÚMERO DE COLEGIOS

La iniciativa dispone que “tratándose de un establecimiento educacional, que por primera vez solicite el beneficio de la subvención, el Ministerio de Educación aprobará la solicitud sólo en caso que exista una demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal en el territorio en el que pretende desarrollar su proyecto educativo”.

Esta disposición vulnera la libertad de abrir nuevos establecimientos educacionales reconocida en el Artículo 19 N° 11 inciso 1°. El TC ha desarrollado esta libertad señalando que “en primer lugar se reconoce el **derecho de abrir, crear o formar establecimientos educacionales** de cualquier nivel...”<sup>xii</sup>. Al prohibir la norma “abrir” nuevos establecimientos educacionales, se afecta este aspecto de la libertad de enseñanza, que claramente tendrá un impacto en la libertad que tienen los padres de elegir el colegio que quieren para sus hijos. Asimismo, de acuerdo al inciso segundo del referido numeral, la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, lo que ha sido caracterizado por el TC como “un listado taxativo, por lo que no son aplicables otras limitaciones por analogía”<sup>xiii</sup>. Más aún, este tribunal ha sostenido que “el derecho a organizar establecimientos de enseñanza no queda entregado a lo que se disponga por la potestad legislativa discrecionalmente, sino que por el contrario, esa potestad es la que se encuentra al servicio legítimo de los derechos fundamentales, debiendo ser desempeñada en términos de respetarlos y promoverlos”<sup>xiv</sup>.

### CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto queda de manifiesto, que este proyecto no sólo impactará de manera negativa en la calidad y



LIBERTAD Y DESARROLLO

TEMAS PÚBLICOS

[www.lyd.org](http://www.lyd.org)

Nº 1.162

13 de junio 2014

ISSN 0717-1528

diversidad de los proyectos educativos, sino que también se advierte un debate constitucional importante. Lo anterior, no solo por los aspectos de fondo tratados en este documento, y que serán parte del control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional (y ante uno eventual en caso de requerimiento parlamentario), sino con el riesgo potencial de judicialización posterior.

---

<sup>i</sup> Boletín 9366-04.

<sup>ii</sup> Artículo Segundo, número 3).

<sup>iii</sup> STC 410, Considerando 10º.

<sup>iv</sup> STC 410, Considerando 26º.

<sup>v</sup> Temas Públicos N° 1.160 – Educación Particular Subvencionada: Incertidumbre en el Futuro de los Estudiantes.

<sup>vi</sup> Estudio preliminar CONACEP, 70% no son dueños del bien inmueble donde se presta el servicio educativo.

<sup>vii</sup> Las comisiones regionales encargadas de avaluar los inmuebles serán formadas por tres expertos designados por el Secretario General Ministerial de Educación desde un Registro Público de Profesionales con experiencia en avalúo de bienes raíces. De éstos, a lo más uno puede ser funcionario del Estado y ninguno puede estar relacionado con el sostenedor.

<sup>viii</sup> 6 votos de mayoría y 4 votos en contra.

<sup>ix</sup> STC 1363-09, Considerando 22º.

<sup>x</sup> STC 1363-09, Considerando 23º.

<sup>xi</sup> Artículo 8º, Ley N°19.532

<sup>xii</sup> Rol 423, considerando 10º

<sup>xiii</sup> STC Rol N° 410, considerando 13º.

<sup>xiv</sup> STC Rol N° 423, considerando 7º.