

FIN AL LUCRO, SELECCIÓN Y COPAGO

BOLETÍN 9366-04

I. DESCRIPCIÓN

REFERENCIA	Regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado
INICIATIVA	Mensaje presidencial
ORIGEN	Cámara de Diputados
MINISTERIOS	De Educación, De Hacienda y Secretaría General de la Presidencia
INGRESO	22 de mayo de 2014
ARTICULADO	CINCO ARTÍCULOS PERMANENTES, y diecinueve artículos transitorios

II. OPINIÓN EJECUTIVA DE LYD

El proyecto, en cuanto pone “fin al lucro”, impide la posibilidad de selección de los alumnos que ingresan (lo que tiene relación con el proyecto educacional del establecimiento) y fin al financiamiento compartido, merece una revisión desde el punto de vista constitucional.

Además, utiliza reglamentos que se dictarán con posterioridad, para regular diversas materias que por su naturaleza pueden comprometer aspectos constitucionales y deberían, al menos en su núcleo regulatorio, ser materia de ley. En lo formal, varios reglamentos adoptan la redacción de los antiguos “reglamentos incorporados” que no son admisibles en la Constitución de 1980.

Los efectos de la reforma propuesta, por su complejidad y alteración sustancial del sistema vigente, puede generar retrocesos en el sistema educativo, y desde luego, va a circunscribir la educación privada, garantizada por la Constitución, a los colegios particulares pagados, impidiendo a los padres y apoderados efectuar aportes complementarios para el financiamiento del colegio en que estudian sus hijos. Sólo se permitirán aporte “no exigibles”, que podrían llegar a descontarse de la subvención educacional, dependiendo de sus montos.

Es también revisable la extensión de las facultades de fiscalización de la Superintendencia de Educación y la calidad de mero administrador en que quedarán los sostenedores de los colegios subvencionados. Se efectúa, entonces una nivelación o uniformidad forzada del sistema que va a impedir el desarrollo de mejores opciones de rendimiento escolar.

III. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Las proposiciones del proyecto de ley pueden agruparse en las siguientes modificaciones relevantes al sistema escolar vigente:

Restricciones a la posibilidad de selección por parte del establecimiento educacional

En primer lugar, se propone evitar, legalmente, todas las formas de discriminación y barreras que impiden el aprendizaje y la participación de los y las estudiantes, sin importar sus particularidades y diferencias socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, nacionalidad, religión, habilidad o necesidades educativas.

Además, en los procesos de admisión de los establecimientos subvencionados o que reciban aportes del Estado en ningún caso se podrá considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante.

Asimismo, en dichos procesos no será requisito la presentación de antecedentes socioeconómicos de la familia del postulante.

Se crea un Sistema de Postulación a Establecimientos Educativos, para el cual el MINEDUC proveerá una plataforma digital con información de los establecimientos de cupos y proyecto educativo, mediante el cual los padres podrán postular a establecimientos de su preferencia.

- Condición para postular: adhesión expresa de los padres al proyecto educativo del establecimiento.
- Cuando la demanda es mayor que la oferta: establecimientos deberán aplicar un procedimiento de selección aleatorio con los siguientes criterios sucesivos: 15% de alumnos prioritarios, hermanos postulando o matriculados en el establecimiento e hijos de profesores o asistentes del establecimiento. Este procedimiento puede ser elaborado por ellos (e informado al MINEDUC) o proporcionado por el MINEDUC.
- Permite que liceos con modalidad artística tengan pruebas de habilidades específicas (previa autorización del MINEDUC)
- Exceptúa también a los “emblemáticos” (que serán definidos por un reglamento del MINEDUC), los que podrán establecer como requisito que los alumnos pertenezcan al 20% de los alumnos de mejor desempeño escolar relativo del establecimiento educacional de procedencia, “en la forma que determine el reglamento”.

Fin al lucro

Será requisito para percibir la subvención educacional, que el sostenedor del colegio sea una persona jurídica sin fines de lucro.

Por lo tanto, los recursos que entrega el fisco quedarán afectos al cumplimiento de los fines educativos que señala la ley, y el sostenedor solo tendrá la calidad de administrador de dichos recursos.

Se prohíbe efectuar gastos relativos al funcionamiento del colegio que signifiquen pagos a personas que la ley considera relacionadas con el sostenedor o representantes del establecimiento; y se define qué se entiende por personas relacionadas.

Adicionalmente, dentro de los requisitos para impetrar subvención se exige:

- uso de la subvención sólo en “fines educativos”; otorgándose a la Superintendencia de Educación

la facultad de establecer “mediante normas de carácter general” quiénes son “personas relacionadas” con las cuales no se pueden celebrar contratos ni operaciones, aunque estén consideradas dentro de los fines educativos.

- deber de la entidad sostenedora de ser propietaria de los bienes inmuebles sin gravámenes, o bien comodatario de un inmueble de propiedad pública;
- no efectuar selección de postulantes;
- establecer un reglamento interno que asegure la no discriminación, en todas sus formas;
- no expulsión (por cualquier motivo, sólo la hace posible por resolución fundada y sólo después de haber implementado “todas las medidas de apoyo pedagógico o sicosocial”, además de existir “un procedimiento previo y transparente que contemple la posibilidad de hacer descargos” por parte del estudiante que a su vez contemple una instancia de apelación ante el Consejo Escolar)
- no cancelar matrícula por situación socioeconómica, rendimiento o necesidades educativas especiales transitorias;
- no copago ni aportes complementarios exigibles;
- establecer programas de apoyo a estudiantes que presenten bajo rendimiento académico;
- que el reglamento interno reconozca el derecho a asociación de padres, estudiantes, personal docente y asistente;
- no cobro de derecho de matrícula ni derecho de escolaridad.

Finalmente, los sostenedores deberán informar anualmente a la Superintendencia de Educación el destino de los recursos y las demás materias relacionadas que ordena la ley.

Fin al financiamiento compartido

Se derogan las normas legales que regulan esta forma de financiamiento educacional.

Se autorizan aportes voluntarios, no exigibles, que no se descontarán de la subvención si no superan el 10% de ésta; si la superan, se descontará el 40% por regla general, y el 20% en el caso de los establecimientos técnico profesionales y de los “emblemáticos” (que serán definidos por reglamento).

Se prevé un sistema transitorio para suprimir el copago a partir del año escolar subsiguiente a la publicación de este proyecto aprobado como ley.

Nuevas subvenciones

Se crea una subvención denominada “aporte por gratuidad”, destinada a establecimientos gratuitos y sin fines de lucro, equivalente a 0,45 USE mensuales por alumno en régimen, es decir, cerca de \$9.500. Ésta comenzará pagando 0,25 USE (\$ 5.260) por alumno a inicios del año escolar subsiguiente a la publicación de la ley e irá aumentando en 0,1 USE cada año hasta las 0,45 USE por alumno.

Se crea un nuevo tramo de subvención escolar preferencial (SEP), que se entregará a los denominados “alumnos preferentes”. Estos corresponderán a aquéllos que no clasifican como prioritarios (que son aproximadamente los del 40% más vulnerable), pero que integran un hogar perteneciente al 80% más vulnerable. Este grupo recibirá una subvención equivalente a 0,847 USE para los alumnos hasta 6° básico (aproximadamente \$ 17.836) y 0,5645 USE para los alumnos de 7° básico a 4° medio (\$ 11.887).

Mayores facultades de fiscalización

La Superintendencia de Educación, respecto de los establecimientos educacionales particulares pagados, podrá sin necesidad de que exista una denuncia, fiscalizar el cumplimiento de los requisitos exigidos para mantener el reconocimiento oficial del Estado o de las normas, obligaciones y exigencias del título preliminar de la Ley General de Enseñanza. En este último caso, la Superintendencia no podrá examinar los libros y cuentas de la entidad fiscalizada.

Adquisición de infraestructura escolar por parte del Estado

Los sostenedores actuales que no se organicen como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, podrán recibir un “aporte por infraestructura” siempre que sean dueños del inmueble y que comuniquen, dentro de 2 años a la SEREMI de Educación, su opción por no constituirse como asociación.

El aporte se establece en función del número de alumnos y no podrá superar 75 UF por alumno, más una estimación del terreno estimado sobre un valor referencial, considerando su valor de reemplazo con un tope de 30 UF por alumno.

Remisiones al reglamento

Se entregan a uno o más reglamentos las siguientes materias:

- Regular las materias relativas a la prohibición de los directores y administrativos de la entidad sostenedora de infringir ciertas normas, tales como tomar dinero en préstamo de la entidad, usar en beneficio propio las oportunidades comerciales, ejercer actos ilegales o contrarios a los estatutos, y otras consideradas también infracciones graves; lo cual es sin perjuicio de las normas de carácter general que dictará la Superintendencia de Educación.
- Regular el funcionamiento de una “plataforma única” de postulación, que contendrá la información relativa a los establecimientos educacionales, a la que podrán acceder los padres, madres o apoderados en el o los establecimientos educacionales de su preferencia. La postulación sólo se efectuará a través de dicho mecanismo, que estará, además, a disposición de las familias para que éstas realicen su postulación directamente o través del Ministerio de Educación.
- Determinar la forma para que los establecimientos con características históricas de rendimiento académico destacado dentro de su región, que sean gratuitos, y que presenten una demanda considerablemente mayor a sus vacantes y que hayan establecido procedimientos de selección académica, puedan desarrollar el procedimiento de admisión entre aquellos postulantes que pertenezcan al 20% de los alumnos de mejor desempeño escolar relativo a generaciones anteriores del establecimiento educacional de procedencia. El mismo reglamento determinará las condiciones para que se reconozcan al establecimiento dichas características.
- Establecer los procedimientos y requisitos para que el MINEDUC apruebe la solicitud de un establecimiento educacional que por primera vez solicite el beneficio de la subvención. La solicitud se aprobará 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.
- Determinar la metodología para la identificación de los alumnos calificados como preferentes, así como para determinar la pérdida de dicha calidad.
- Regular el precio referencial para el valor total de los terrenos a efectos del aporte por infraestructura que se pagará a los sostenedores que dejen de desarrollar esta actividad.
- Regular el registro público de profesionales que integrarán las comisiones regionales encargadas de determinar el aporte por infraestructura, así como su constitución y funcionamiento.
- Regula las materias señaladas en este párrafo relativo a la prohibición del lucro en los establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado; el plazo para su dictación será de 6 meses.

IV. COMENTARIOS DE MÉRITO

Se comentan los aspectos más destacables del proyecto de ley.

PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Si bien el proyecto de ley está en su etapa inicial y puede sufrir modificaciones o correcciones durante su tramitación legislativa, corresponde desde luego señalar problemas de constitucionalidad de fondo que lo afectan.

Situación de los sostenedores

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”¹. 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 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 Tribunal Constitucional 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

1 Artículo segundo N°3.

y económico, porque sin gozar de certeza jurídica en el cumplimiento de tales supuestos esenciales tampoco es posible afirmar que existe aquella libertad”². 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”³.

Por tanto, el Tribunal Constitucional 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 liderarlos.

Fin a la administración por parte de los sostenedores

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. Estas 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 2014⁴. Sin embargo, un porcentaje importante de los sostenedores, no lo son⁵.

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 regional⁶, 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

2 Rol 410, considerando 10°.

3 Ibidem, considerando 26°.

4 Véase: Libertad y Desarrollo, Tema Público 1160: Educación Particular Subvencionada; incertidumbre en el futuro de los estudiantes.

5 Estudio Preliminar CONACEP: el 70% no son dueños del inmueble donde funciona el establecimiento.

6 Véase el artículo cuarto transitorio del proyecto de ley.

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 este punto, cabe destacar un aspecto de la sentencia del Tribunal Constitucional a propósito del control de constitucionalidad de la LGE. En este fallo, el 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 fue intensa, 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 (6 votos de mayoría y 4 en contra).

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”⁷ 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”⁸.

Por lo tanto, 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 examen, en cambio, 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 que tengan 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 N°

7 Rol 1363, considerando 22°.

8 Ibidem, considerando 23°.

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

En relación con lo anterior, se produce una situación aun más grave cuando se analiza el sistema de “compensación” 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 la no aplicación 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 sobre la base de la cantidad de alumnos del establecimiento; (ii) no se fija el monto indemnizatorio por un tribunal imparcial, sino que 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 anuales.

Con esa proposición, el proyecto presiona al sostenedor para enajenar su establecimiento, lo que no es sino expresión del problema de fondo en esta materia: la obligación de facto de venta de inmuebles que constituye una alternativa desproporcionada –desde la perspectiva del test de proporcionalidad tan utilizado por el TC– dado que existen otras fórmulas menos lesivas para los 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”⁹. Por una parte en este proyecto, no se señala qué 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 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, que es una ley para las partes.

9 Artículo 8° de la ley 19.532.

Límite a la creación de nuevos 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...”¹⁰. Así se restringe la posibilidad de “abrir” nuevos establecimientos educacionales, y 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 N°11, 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”¹¹. 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”¹². Además, de esa forma el Estado mal cumpliría su obligación de “fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles” (artículo 19 N°10).

Otros aspectos específicos

Complementariamente a los aspectos constitucionales, existen otras observaciones de carácter jurídico que merecen un análisis más detallado.

Reglamentos

Diversas materias del proyecto de ley son derivadas a uno o más reglamentos que el Presidente de la República dictará posteriormente. Ello ocurre en el artículo primero N°3 (art. 3°); N°6 (art.7° ter y

10 Rol 423, considerando 10°.

11 Rol 410, considerando 13°.

12 Rol 423, considerando 7°.

7° quáter); N°7 (art.8°); artículo cuarto N°2 (art. 2°bis); artículos transitorios tercero, cuarto, octavo y noveno.

Varias de las normas citadas asumen la redacción de los antiguos “reglamentos incorporados” que se dictaban bajo el imperio de la Constitución de 1925, y cuya constitucionalidad bajo la de 1980 no resulta aceptable. Para comprender la aseveración precedente, conviene recordar que la Constitución de 1925 reconocía expresamente la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República (artículo 72, N° 2), pero la potestad reglamentaria autónoma debía deducirse de los artículos 60 y 71 que daban sustento jurídico a una facultad relativa a todo cuanto correspondiera al objeto de su autoridad gubernativa y ejecutiva. La potestad de ejecución versaba y versa sobre materias propias de ley, siempre que ésta las hubiere previamente regulado y que, adicionalmente, requirieran, para su correcta ejecución, de otras normas complementarias. La potestad autónoma, en cambio, no versa ni puede versar sobre materias propias de ley, o sobre materias que la Constitución de 1925 reservaba exclusivamente a la ley (artículo 44). Esta potestad reglamentaria autónoma, como se sabe, quedó consagrada expresamente en el artículo 32, N° 6, de la Constitución de 1980, en el mismo precepto relativo a la potestad reglamentaria de ejecución¹³.

Ahora bien, la Constitución de 1980 precisó de mejor forma el ejercicio de facultades regulatorias por parte del Presidente de la República. Definió una potestad reglamentaria de ejecución, sobre las materias de competencia legal que requirieran, a juicio exclusivo del Presidente, de la dictación de normas complementarias para su mejor aplicación. Definió una potestad reglamentaria autónoma para que el Presidente regulara cualquier materia que no quedara comprendida en el dominio legal, y estableció un marco normativo expreso para la delegación de facultades legislativas por el Congreso al Presidente para la dictación de decretos con fuerza de ley (artículo 61, actual 64). Este marco normativo para el ejercicio de facultades delegadas excluye diversas materias, tales como las comprendidas en las garantías constitucionales (todo el artículo 19) o las que requieran de un quórum especial.

13 Para precisar mejor el marco regulatorio de la potestad presidencial, cabe referirse a los decretos con fuerza de ley, que bajo la Constitución de 1925, fueron dictados al amparo de facultades legislativas delegadas por el Congreso en el Presidente de la República, pero no tuvieron una consagración constitucional sino hasta enero de 1970 (ley N° 17.284). Con anterioridad, si bien se aceptaban, daban lugar a que se discutiera su procedencia, puesto que el Congreso Nacional carecía de atribuciones para delegar una función que la Constitución le había encomendado expresamente a él. Sin embargo, y sin norma expresa, era relativamente habitual que el legislador, al dictar una ley, encomendara al Presidente de la República que, dentro de un determinado plazo, dictara un reglamento de carácter complementario, reglamento que, como se verá participa de la naturaleza de un decreto con fuerza de ley. Desde un punto de vista práctico, esta forma de proceder tenía una explicación, a saber, que de esta forma el legislador se encargaba de los aspectos esenciales de la regulación que estaba aprobando, y delegaba en el órgano ejecutivo una facultad para legislar complementariamente sobre los demás aspectos menores o de detalle, pero integrantes de la ley en su conjunto. Estos reglamentos, como enseña Silva Bascuñán, formaban parte de la ley, es decir, quedaban incorporados a ella, y no podían ser posteriormente modificados por el Presidente mediante otro reglamento. Para su modificación se requería de una norma legal, porque tenían, en virtud de una delegación, ese nivel normativo y se encontraban en la misma situación que los decretos con fuerza de ley antes de su consagración constitucional. Véase Silva Bascuñán, Alejandro: Tratado de Derecho Constitucional, tomo III, La Constitución de 1925, II, Editorial Jurídica de Chile, 1963, Págs. 262 y ss. (N°272).

La norma de la Constitución de 1980, relativa a los decretos con fuerza de ley, más precisa y excluyente en forma expresa de ciertas materias, no deja lugar a la dictación de reglamentos complementarios o incorporados a la ley por el Presidente de la República, en virtud de un mandato del legislador, en el entendido de que formarán parte del texto legal tramitado por el Congreso. Ello, por cuanto el marco constitucional no admite otro reglamento que el de ejecución de una ley o la dictación de un decreto con fuerza de ley, que requiere del ejercicio expreso, por parte del Poder Legislativo, de la facultad señalada en el artículo 64¹⁴. No es admisible que dentro de un proyecto de ley, se introduzcan mandatos para que, dentro de plazo, el Presidente dicte un reglamento sobre materias complementarias. En el esquema constitucional actual, o bien el Presidente dicta un reglamento de ejecución cuando lo crea conveniente para la ejecución de la ley; o bien se le delegan facultades expresas para legislar en la forma indicada en el artículo 64 (DFL).

Un reglamento complementario o incorporado, sobre materias que el legislador delega en el articulado de una ley, no tendrá jamás la formalidad de un decreto con fuerza de ley, que es un texto normativo formalmente de carácter unitario y sistemático respecto de la materia objeto de la delegación, ni podrá considerarse un reglamento de ejecución, porque éstos no los ordena el legislador sino que los dicta el Presidente, cuando los “crea convenientes” (artículo 32 N°6).

A este respecto, el artículo noveno transitorio establece que el Ministerio de Educación dictará dentro del plazo de seis meses, contado desde la publicación de la presente ley, un reglamento sobre las materias señaladas en este párrafo, el que deberá ser firmado también por el Ministro de Hacienda. “Este párrafo” es el relativo a prohibición de ganancia en los establecimientos de enseñanza, lo que compromete directamente la libertad de emprendimiento económico que garantiza el artículo 19 N°21 de la CPR, por lo que es una materia que, en sus aspectos esenciales, solo puede ser regulada por ley, sobre todo si se observa que se trata de una normativa que induce una forma alternativa o encubierta de expropiación, como ya se señaló anteriormente.

Fiscalización de los colegios particulares pagados

El ARTÍCULO TERCERO N°1 letra a) modifica el artículo 49 de la ley 20.529 para ampliar las facultades de fiscalización de la Superintendencia de Educación. Actualmente esas facultades alcanzan al conocimiento de denuncias o reclamos y al cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento oficial. Ahora se extiende dicha facultad a las materias comprendidas en el Título Preliminar de la Ley General de Educación. Dada la extensión de las materias comprendidas en dicho

14 La Constitución de 1980 no admite una delegación como se entendió bajo el imperio de la Constitución de 1925, dado que ahora deberá señalar las “materias precisas” y porque del contexto fluye que se trata de textos expresos, autónomos (sin perjuicio de su marco delegatorio), cuya publicación, efectos y vigencia es la misma que para las demás leyes.

Título¹⁵, se amplía la facultad fiscalizadora en forma desproporcionada, por lo que cabría su revisión. Así, quedarían comprendidas materias tales como el concepto de educación, la enseñanza formal e informal, deberes de los padres y apoderados, deberes de los asistentes de la educación, forma de realizar los procesos de admisión y otros. Además, algunas de las normas del Título Preliminar se aplican solamente a los colegios subvencionados, por lo que puede suceder que, en una determinada interpretación de la norma modificatoria, de ahora en adelante también les serían aplicables, por vía de fiscalización, a los establecimientos particulares no subvencionados por el Estado.

Aspectos generales de la reforma

El panorama actual es el siguiente: 73% de los estudiantes del sector particular subvencionado asisten a un establecimiento con financiamiento compartido. Es falso que dicho grupo esté fuera del alcance de las familias vulnerables: los datos muestran que 42% de quienes estudian en él han sido clasificados como prioritarios. Más aún, por lo menos 55% de los alumnos prioritarios son beneficiarios de la SEP, y por lo tanto estudian de manera gratuita junto a hijos de familias que pagan un copago desde sus propios bolsillos. Si además consideramos que la normativa vigente establece que el 15% de los alumnos más vulnerables deben estar exentos de cualquier cobro¹⁶, podemos concluir que hay más alumnos que estudian gratis en colegios con copago que los números antes mencionados. En suma, lo que ocurre al interior de estas salas de clases es una muestra clara de integración socioeconómica, debido a la posibilidad (e incluso obligación) de acoger bajo un mismo techo niños que pueden pagar financiamiento compartido y menores de alta vulnerabilidad como lo son aquellos beneficiarios de la SEP.

La pregunta natural que surge es cuál será el escenario futuro que enfrentarán los estudiantes, especialmente los más vulnerables, respecto de los recursos con que éstos van a contar para seguir educándose en caso de aprobarse el proyecto de ley en su estado actual. Cabe destacar que, para responder a esta pregunta, no consideraremos las decisiones de continuidad que tomen los sostenedores¹⁷.

Para responder esta interrogante, realizamos el siguiente ejercicio. Comparamos los recursos con que cuentan hoy los establecimientos particulares subvencionados que cobran un financiamiento compartido, con los recursos con que dispondrían de acuerdo a lo que establece el proyecto de ley. En otras palabras, en qué situación quedan los colegios si es que el financiamiento compartido que se recauda en la actualidad (aproximadamente \$ 520 millones de dólares) se sustituyera por el aporte de gratuidad y la

15 Véase el Título Preliminar en el ANEXO III al final de este informe.

16 Artículos 23 y 24 del DFL 2, de 1998.

17 Véase: Libertad y Desarrollo, Tema Público 1160: Educación Particular Subvencionada; incertidumbre en el futuro de los estudiantes.

subvención por alumno preferente planteadas en la iniciativa¹. Nos enfocamos en el número de alumnos que se verían perjudicados, especialmente los prioritarios, pues uno de los principales objetivos que se ha dado para enviar este proyecto es aumentar sus oportunidades de acceder a una mejor educación.

En la tabla a continuación se muestra el número de establecimientos y estudiantes que, de adherir a la gratuidad que establece este proyecto (dejando para ello de cobrar un financiamiento compartido), se verían perjudicados respecto a los recursos con que contarían para el proceso educativo. Se puede concluir que cerca de 450 mil alumnos se verán perjudicados con la reforma.

Tabla N°1

PERJUDICADOS EN EL NUEVO ESCENARIO DE FINANCIAMIENTO

El 33% de los establecimientos particulares subvencionados que cobran financiamiento compartido verán disminuidos sus recursos totales.

En estos colegios estudian 446.796 alumnos, equivalentes al 36% de las matrículas del sector.

Hay 121.144 alumnos prioritarios que se verán perjudicados. Es decir, de cada 4 estudiantes perjudicados, 1 es hoy clasificado como prioritario (pertenecer al 40% más vulnerable de la población).

Entre los perjudicados también habrá al menos 22 mil alumnos que estudian gratis en estos colegios debido a que reciben SEP, y otros 45 mil que, por pertenecer al 15% más vulnerable, también están libres de cobro.

Fuente: Elaboración propia con bases de datos del Ministerio de Educación sobre matrícula, financiamiento, y alumnos prioritarios.

* Para este cálculo excluimos los establecimientos educacionales que sólo imparten enseñanza parvularia y/o especial. Además, utilizamos los siguientes supuestos:

- Que la subvención para alumnos preferentes alcanzará al 90% de los alumnos no prioritarios, y se utiliza un promedio de \$ 14.861 (por la dificultad de distinguir entre alumnos de enseñanza básica y media).
- Se omite el nuevo descuento en la subvención que establece el proyecto de ley según el tramo de copago, debido a la imposibilidad que tenemos para identificar cuánto cobra exactamente cada colegio.

Así, de acuerdo a estimaciones sobre las bases antes indicadas, 36% de los estudiantes del sector particular subvencionado con financiamiento compartido se verá perjudicado si sus colegios dejan de cobrar este copago. El motivo es que disminuirían los recursos con que dispondrían sus escuelas, pues los aportes por gratuidad y por alumno preferente no lograrán compensar la eliminación del copago.

En este contexto, y desde el punto de vista de la posibilidad de continuar con un proyecto educativo, es esperable que estos colegios opten por no renunciar al financiamiento compartido. En lo inmediato esto significa que un mínimo 22 mil alumnos, que hoy estudian gratuitamente en ellos, y se verán perjudicados por dejar de recibir SEP y, por lo tanto, dejar de obtener el beneficio de la gratuidad (pues el proyecto de ley establece incompatibilidad inmediata entre SEP y financiamiento compartido). Estas cifras pueden considerarse subestimadas, pues hay otros alumnos que también están exentos de cobro, tanto por pertenecer al 15% más vulnerable como por recibir becas que entregan voluntariamente los colegios. Si bien no se dispone de información sobre éstos, por regla de tres se puede calcular que superan los 45 mil alumnos.

Con el transcurso del tiempo, hasta los 10 años en que se podrá seguir cobrando un copago, es probable que estos establecimientos opten por convertirse a particular pagado, dejando de ser opción para la mayor parte de las familias.