

ANÁLISIS

Observaciones de AcciónEducar al proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales (Boletín N° 9333-04)

I. Comentarios generales respecto del proyecto.

1. El proyecto no cumple con uno de los objetivos consignados en su propio Mensaje que es el de “corregir las deficiencias del sistema derivadas del débil marco regulatorio de los procesos de investigación frente una deficiente gestión de las instituciones de educación superior...”. En efecto, el proyecto no fortalece el marco regulatorio, establece una medida que no encaja en el sistema ni corrige sus deficiencias y, por ende, lo debilita al no entrega una solución orgánica.
2. Si lo que se busca es mejorar la fiscalización de las instituciones de educación superior, lo que corresponde es definir claramente las reglas a que deben sujetarse, establecer sanciones intermedias que permitan guiar a las instituciones hacia el cumplimiento de la normativa, precisar las causales de revocación de reconocimiento oficial y otorgar a los órganos del Estado atribuciones concretas para llevar a cabo su labor fiscalizadora. Todo esto en el marco de una necesaria modificación al sistema de aseguramiento de la calidad de la educación superior, que sea coherente con la diversidad de nuestras instituciones y que asegure la mantención de los requisitos que se tuvieron en cuenta para otorgar la autonomía, entre otras materias.
El propio Mensaje de este proyecto en sus antecedentes da cuenta de estas falencias, sin embargo su articulado no se hace cargo adecuadamente de ese diagnóstico.
3. Se requiere recuperar la confianza en el sistema de educación superior y prevenir situaciones límite como la ocurrida con la Universidad del Mar. Para ello es necesario dotar de un marco jurídico que dé certezas a los estudiantes, sus familias y a las instituciones, tanto en las normas que deben cumplir como respecto de las atribuciones fiscalizadoras del Estado. El proyecto de ley se construye sobre las mismas debilidades que hoy se critican, sin corregirlas y, por ende, agrega mayor incertidumbre al sistema. Si hoy la duda es en qué casos se puede

sancionar con el cierre de una institución, luego de aprobado el proyecto la misma duda se mantiene para determinar los casos en que una institución podrá ser intervenida.

En efecto, uno de los mayores problemas de la legislación vigente es que el Mineduc tiene facultades para sancionar a las instituciones de educación superior con la revocación del reconocimiento oficial, pero carece de atribuciones específicas que le permitan llevar adelante una labor fiscalizadora adecuada que le permita conocer, prevenir y corregir situaciones irregulares. Tratándose de un órgano del Estado, no puede hacer sino aquello que la ley expresamente le faculta, y es precisamente la falta de atribuciones específicas para llevar adelante una investigación lo que hace muy complejo conocer y dar por acreditados los hechos que permitan configurar una causal de cierre. El proyecto que se comenta, en vez de hacerse cargo de esa dificultad y proponer soluciones en tal sentido, lo que hace es trasladar el mismo problema al momento de determinar si procede o no la designación de un administrador provisional o interventor.

4. El proyecto de ley parte de supuestos que no son evidentes. Se asume que, por definición, un administrador provisional solucionará los problemas que las autoridades de la universidad no pudieron resolver, que éstos son exclusivamente de administración y que será fácil encontrar a una persona que sea capaz de resolverlos todos.
5. El proyecto de ley implica una vulneración de la autonomía de las instituciones de educación superior, la que es clave para el adecuado desarrollo de sus proyectos educativos. Lo anterior es indudable si se considera que el administrador provisional designado reemplaza a las autoridades de la institución, quienes son marginadas de toda toma de decisiones. Este tema se desarrollará con mayor profundidad al tratar los aspectos específicos del proyecto.

II. Comentarios específicos al proyecto de ley

1. - Las causales que dan origen a la investigación preliminar y la designación del administrador provisional son imprecisas.

- El proyecto establece una serie de causales que permiten iniciar el procedimiento y designar el administrador provisional, pero son extremadamente amplias. El Mineduc carece de atribuciones concretas que le permitan determinar con precisión si se dan los hechos que configuran las causales y el articulado no aborda esa materia.

- El proceso de investigación preliminar se inicia cuando el Mineduc tome conocimiento de hechos que puedan constituir infracción a los artículos 64, 74 y 81 de la LGE. Se incorporan además las siguientes causales adicionales: a) que se vea afectada seriamente la viabilidad administrativa o financiera de la institución; b) el incumplimiento de los compromisos académicos asumidos por aquella; c) infracciones a sus estatutos o escritura social, según corresponda, o a las normas que las

regulan, en especial aquéllas derivadas de su naturaleza jurídica de corporaciones sin fines de lucro en el caso de las universidades.

- Respecto de estas causales, surgen las siguiente dudas que el proyecto no resuelve:

- ¿Cómo el Mineduc va a conocer de los hechos que dan origen a la investigación? ¿Con qué atribuciones?
- ¿En qué casos se entenderá que la viabilidad administrativa o financiera de la institución se ve afectada?
- ¿En qué casos se entiende que no se cumplen los compromisos académicos?
- ¿Cómo se determinará que no cumple con las normas relativas al lucro? ¿Qué pasará con las operaciones con personas relacionadas que no están reguladas hoy?

- El proyecto no señala si los hechos que dan origen a la investigación y, con posterioridad, al nombramiento del administrador provisional deben ser imputables a las autoridades de la respectiva institución. Esto es particularmente relevante si se considera que las actividades académicas pueden verse interrumpidas por periodos prolongados como consecuencia de tomas no autorizadas por esas autoridades, lo que en estricto rigor podría llevar a configurar la causal de incumplimiento de los compromisos académicos. En esos casos, ¿se intervendrá la institución? Si esa hipótesis y otras semejantes quieren dejarse fuera debe establecerse expresamente.

2. - Falta a las normas del debido proceso, garantizado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

- La investigación preliminar no constituye una garantía de debido proceso para las instituciones de educación superior. En efecto una vez concluida la investigación, el Mineduc **puede** dar por terminada la investigación, elaborar un informe con recomendaciones –que es el que otorga la posibilidad a las instituciones de educación superior de subsanar las eventuales faltas- y nombrar un administrador. Al establecerse esta etapa como facultativa, el Ministerio podrá obviarla y designar inmediatamente a un interventor quitándole a la institución su derecho legítimo a defenderse.

- En los casos en que se elabore el informe con recomendaciones, la institución de educación superior tiene un plazo de 120 días para implementar las medidas que estime convenientes para solucionar los problemas detectados. Si éstos se mantienen después de transcurrido dicho plazo procede la designación de un administrador provisional. Sin embargo, lo que debería evaluarse es la toma de decisiones para enmendar los problemas ya que no necesariamente podrán resolverse en 120 días.

- Establece la posibilidad de intervenir las instituciones de educación superior sin investigación preliminar (artículo 8), por consiguiente sin oír a la institución de educación superior. Esto, entre otras causales, cuando **por cualquier motivo** se encuentre en riesgo el cumplimiento de los compromisos académicos asumidos por la institución con sus estudiantes y/o su viabilidad administrativa o

financiera. Lo anterior atenta contra la autonomía universitaria. También surge la interrogante de cómo el Ministerio va a tomar conocimiento de dichas circunstancias.

- La impugnación de la resolución que nombra al interventor se debe realizar ante el CNED, sin embargo este organismo participa en su designación por lo que no es imparcial. Falta un control jurisdiccional de la decisión.

3.- Poderes ilimitados para el administrador provisional que atentan contra la autonomía universitaria y contra el derecho de propiedad

a. Autonomía universitaria

Se establece que el administrador provisional asumirá, con plenos poderes, el gobierno y la administración de la institución de educación superior, correspondiéndole en consecuencia, la representación legal y todas las facultades de las autoridades. Asimismo desde la fecha de designación del administrador provisional, las autoridades de la institución quedan, para todos los efectos legales, suspendidos en sus funciones.

Esto, constituye una vulneración a la autonomía de las instituciones de educación superior que tiene asidero constitucional. En efecto, ésta tiene su fundamento en su artículo primero inciso tercero que señala que “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Además, el Tribunal Constitucional ha señalado que la autonomía universitaria “constituye la garantía institucional de la libertad de enseñanza” garantizada en el artículo 19 N° 11 de la Constitución Política, lo que también ha sido reconocido por la doctrina extranjera¹.

- Designar un interventor estatal en una institución de educación superior reconocida oficialmente es contradictorio con la autonomía que el propio Estado le reconoce. La ley señala que una vez que las instituciones de educación superior lleven a cabo su período de licenciamiento alcanzarán su plena autonomía. Por consiguiente, no cabe ningún tipo de intervención a la institución mientras mantenga dicha autonomía.

- Según la legislación vigente “la universidad es una institución autónoma que goza de libertad académica”, y define la autonomía como “el derecho de cada universidad a regir por sí misma, en conformidad con lo establecido en sus estatutos, todo lo concerniente al cumplimiento de sus finalidades y comprende la autonomía académica, económica y administrativa.” La autonomía académica incluye la potestad para decidir la forma de cumplir sus funciones de docencia, investigación y extensión y la fijación de sus planes y programas de estudio. La económica le permite disponer de sus recursos para satisfacer los fines que le son propios de acuerdo con sus estatutos y las leyes. La administrativa faculta para organizar su funcionamiento de la manera que estime más adecuada de conformidad con sus estatutos y las leyes. Así se ha reconocido, entre otras normas,

¹ Sentencia Rol N° 523, de 2006, considerando vigésimo séptimo.

por la Constitución de 1925, modificada, el año 1970, a través de la Ley N° 17.398, posteriormente por el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza y actualmente por el artículo 104 del DFL N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación.²

Al respecto Tribunal Constitucional ha señalado que “el objetivo de la autonomía académica y administrativa es precisamente asegurar el ejercicio de la total autodeterminación docente e institucional de las universidades, que constituye uno de los valores fundamentales de toda sociedad democrática”^[6].

- También llama la atención la falta de limitación a las facultades que se le otorgan al administrador. El mensaje de este proyecto menciona entre sus objetivos el de fijar atribuciones para disponer coercitivamente el cumplimiento de las medidas y diligencias durante el desarrollo los procesos de investigación frente una deficiente gestión de las instituciones de educación superior. Si existe la intención de que el administrador tenga facultades coercitivas deben señalarse expresamente y ante qué hechos puede utilizarlas y, en todo caso, siempre velando por la autonomía universitaria.

b. Derecho de propiedad

El proyecto faculta al administrador para limitar el derecho de propiedad de terceros ajenos a la institución de educación superior excediendo el marco constitucional. Las medidas que tome el administrador provisional para el cumplimiento de sus objetivos las hará “a expensas de los bienes de propiedad o que sean administrados por la institución de educación superior”.

Además, en otro artículo (24)- que si bien no permite disponer de bienes de tercero-, lo faculta a limitar las facultades del derecho de dominio por cuanto establece que el uso y goce de los bienes utilizados por la institución, sometida a la administración provisional o de cierre, quedarán afectos a la continuidad de la prestación educacional de los estudiantes, por el solo ministerio de la ley. (Se hace presente que la duración de la administración provisional es prorrogable).

4.- Inoponibilidad de actos y contratos

Se establece que son inoponibles al administrador provisional ciertos actos a título oneroso celebrados o ejecutados por la dirección académica y/o administración de la institución de educación superior, en perjuicio de la continuidad del servicio educativo y ciertos actos a título gratuito cuando la institución está de mala fe. Aquí además surgen las siguientes dudas:

- ¿Que sean inoponibles al administrador provisional, les quita validez ante terceros?
- ¿Cómo se determina el perjuicio de la continuidad del servicio educativo de los estudiantes.
- ¿Cómo se determina la mala fe de la institución de educación superior? ¿Qué pasa si el tercero con el que contrató estaba de buena fe?

² Ídem, considerando decimocuarto

^[6] Ídem, considerando decimocuarto.

5.- La finalidad de los convenios de reubicación de alumnos exceden la realidad y se discrimina entre instituciones elegibles.

- El proyecto establece que el administrador de cierre puede suscribir convenios con otras instituciones de educación superior que tendrán por objeto **la continuidad y término de los estudios de los estudiantes reubicados, así como también su titulación**. Se comparte la propuesta en cuanto apunta a reubicar a los alumnos y otorgarles la posibilidad de continuar con sus estudios, pero no es posible garantizar su término y titulación. Esto depende de muchos factores que involucran la participación de cada uno de los estudiantes y de las instituciones.

- Además, no existe justificación alguna para que dichos convenios se suscriban con preferencia con universidades del Consejo de Rectores, en circunstancias que lo que se busca es ampliar las posibilidades de reubicación y no restringirlas. La experiencia de la Universidad del Mar es valiosa en este sentido, considerando que los alumnos se reubicaron en su mayoría en instituciones que no pertenecen al CRUCH. Por último, y en la misma línea, es importante dar solución a los alumnos de carreras profesionales y técnicas.

6.- En cuanto a la retroactividad de la norma que se propone.

- En su artículo transitorio establece una norma retroactiva que faculta a aplicar esta ley a instituciones de educación superior que hayan sido objeto de la revocación del reconocimiento oficial cuyo cierre definitivo esté pendiente y a las que se estén investigando para verificar la existencia de causales de revocación de su reconocimiento oficial.

- Al respecto corresponde señalar que la regla general, establecida en el Código Civil, es la irretroactividad de la ley, es decir que sólo pueda disponer para el futuro. Sólo exceptúa las leyes interpretativas que se entienden incorporadas en las leyes que interpretan, con la reserva de que no pueden alterar los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

- Asimismo, se debe tener en cuenta que hay dos materias que de acuerdo a la Constitución no pueden ser retroactivas. El artículo 19 N°3, en sus incisos cuarto y séptimo, prescribe respectivamente que *"nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho"* y que *"ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado"*.

- Además, los derechos constitucionales también constituyen una limitación a la retroactividad. Un derecho garantizado por la Constitución no puede ser dejado sin efecto por una ley posterior sino en los términos autorizados por la propia Constitución. En efecto, la retroactividad de una ley afecta, como

se verá, derechos que una persona ya posee, de modo que si ese derecho afectado es establecido por la Constitución, la ley retroactiva sería inconstitucional por contraria a la ley fundamental.³

7.- Puntos varios para revisar.

- a. La notificación del inicio de la investigación preliminar se establece que ésta se hará a los interesados sin definir quiénes son.
- b. La designación del administrador provisional se realiza por resolución por el Ministerio con acuerdo del CNED, el que debe ser adoptado por la mayoría de sus miembros presentes en la sesión. En atención a las consecuencias de esta medida se estima que debe adoptarse por la mayoría absoluta de sus integrantes, esto además concuerda con las exigencias que se establecen para revocar el reconocimiento oficial.
- c. No se señala plazo a los actos o contratos a título oneroso que le serán inoponibles al administrador.
- d. Faltan elementos para limitar la duración de la administración de cierre. La redacción del proyecto permite una duración indefinida.

8.- En cuanto a las **modificaciones propuestas a la ley 20.529, sobre Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización.**

a. **Causales de nombramiento de un administrador provisional (artículo 28).**

Se comparte la idea de facultar al Mineduc para nombrar al administrador provisional en el caso que el sostenedor por voluntad propia decida cerrar el establecimiento educacional.

Lo anterior por cuanto este tipo de situaciones puede darse en el caso de sostenedores privados que no puedan continuar entregando el servicio educativo y en el caso de establecimientos educacionales municipales que decidan cerrar. Con todo, parece poco probable que esa situación se dé durante el año escolar (si se realiza al finalizar el año escolar la ley vigente contempla un mecanismo para el adecuado cierre de establecimientos).

La incorporación de dos nuevas causales para nombrar un administrador provisional que dicen relación con la suspensión del servicio educativo sin haber cumplido con los requisitos que establece la ley para ello. El primer caso se refiere a la renuncia por parte del sostenedor al reconocimiento oficial y el segundo, a la interrupción del servicio educativo.

Si bien parecen casos aislados se estima que son modificaciones correctas para asegurar que el cierre de un establecimiento se realice en condiciones que no perjudiquen a los alumnos y sus familias. No obstante lo anterior, el Ministerio de Educación debiera asegurarse que esos casos no se den y que los procedimientos de cierre sean claros y comprensibles por sostenedores y familias.

b. **Naturaleza del administrador provisional**

Actualmente la ley contempla la figura del administrador provisional como un mecanismo de última instancia para asegurar el derecho a la educación de los estudiantes ante problemas, de

³ Enrique Barros, El Derecho (1995).

responsabilidad del sostenedor, que pongan en riesgo la continuidad del año escolar. Por esta razón, su trabajo es hasta fines del año escolar de modo de asegurar el derecho a la educación de esos alumnos.

Entendiendo la situación de áreas rurales con escasas alternativas de reubicación, el artículo 94 de la misma ley estableció ciertas condiciones para que los establecimientos municipales que presentan problemas puedan ser “reestructurados” cuando no existan alternativas reales de reubicación (en la misma comuna, que los que existan no tengan un mejor desempeño, que no hayan vacantes o que no hayan alternativas privadas subvencionadas gratuitas).

Sin embargo, esta modificación deja abierta la posibilidad para que administrador provisional se mantenga por tiempo indefinido a cargo del establecimiento que presenta problemas. Si bien las causales para nombrarlo son acotadas, no parece razonable mantener funcionando establecimientos educacionales que pueden ser inviables por razones financieras, administrativas o académicas. Es por ello que la ley establece en su artículo 96, que ningún establecimiento pueda ser “reestructurado” en dos oportunidades en un período de 10 años. Resulta más lógico que aquellos establecimientos que puedan ser salvados, queden a cargo de un nuevo sostenedor que cumpla con la normativa legal y no a través de un administrador provisional.

c. Nueva facultad del administrador provisional

Se incluye, dentro de las facultades del administrador provisional la de coordinar de manera conjunta con la SEREMI de Educación, la reubicación de estudiantes. Si bien esto en la práctica se daba, parece correcto incluirlo en la ley.

d. Alternativa al registro público

Se crea una alternativa al Registro Público de Administradores Provisionales creado en la ley, para nombrar a un funcionario dependiente del Superintendente de Educación como administrador provisional.

No se entiende la razón de esta modificación y tampoco se da una justificación para dicha elección en lugar de que el administrador provisional sea una persona que cumpla con todos los requisitos que la misma ley establece para cumplir esta función.