

PROHIBICIÓN Y SANCIÓN AL LUCRO EN EL PROYECTO DE LEY REFORMA A LA EDUCACIÓN SUPERIOR POR INDICACIÓN SUSTITUTIVA¹

- RESUMEN.

La ley vigente, que no se ve modificada en este sentido por las reformas propuestas, obliga que las Universidades se constituyan como personas jurídicas sin fines de lucro. Respecto de las instituciones de educación técnico-profesional, es voluntaria esta forma de constituirse; dicho de otro modo, la legislación prohíbe que estas instituciones lucren, salvo en la opción voluntaria mencionada. En términos práctico, esto significa que todas las ganancias que se obtengan en el ejercicio de sus funciones, serán reinvertidas en ella, por ejemplo: en pagar las remuneraciones de funcionarios, académicos, mejoras en infraestructura, becas internas para estudiantes, etc. Sin embargo, hasta la fecha no hay sanciones efectivas para aquellas instituciones que, siendo personas jurídicas sin fines de lucro, obtengan provechos individuales por parte de las personas naturales o jurídicas que las conforman. Entonces ¿cuáles son los efectos jurídicos de la infracción a esta obligación?

En este texto se presenta la situación actual, que ha colocado este tema en el centro de la reforma a la educación superior, cuál era la propuesta realizada por el gobierno en el año 2016 y la presentada recientemente por indicación sustitutiva, que modifica a la primera.

- SITUACIÓN ACTUAL.

El inciso 1 del art. 53 del DFL N° 2 de 2010 del Ministerio de Educación, que corresponde a la Ley General de Educación, prescribe que “[l]as universidades, los institutos profesionales y los centros de formación técnica estatales sólo podrán crearse por ley. Las universidades que no tengan tal carácter, deberán crearse conforme a los procedimientos establecidos en esta ley, y serán siempre corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro para el efecto de tener reconocimiento oficial”. Sólo respecto de las Universidades existe la obligación de exclusión de perseguir fines de lucro, además de los Centros de Formación Técnica Estatales creados por la Ley N° 20.910.

¿Por qué se prohíbe el lucro? Muchas empresas e instituciones que prestan servicios lucran, lo que quiere decir que hay una búsqueda del enriquecimiento personal de quienes forman parte de éstas. Que exista una decisión política en orden a prohibirlo en ciertos ejercicios de prestación de servicios, como es la educación superior, constituye una garantía para asegurar que sólo los intereses de la Universidad sean los que predominen (y los perseguidos en el ejercicio de sus funciones), y no así los de los miembros, personas naturales, que la conforman. Los intereses de

¹ Documento elaborado por Constanza Martínez Morgado, asistente de la Dirección de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con la colaboración del profesor Gonzalo Medina Schulz, Director del Departamento de Ciencias Penales de la misma institución.



los particulares no sólo no son relevantes, sino que perseguirlos por sobre los de la institución, está prohibido en pos de la institución.

Se ha identificado como problema del sistema actual la falta de sanciones al lucro, pues al ser un requisito de constitución, efectivamente, todas las universidades son “en el papel” personas jurídicas sin fines de lucro, pero ¿qué pasa si se lucra?, ¿qué sanciones proceden?

En el año 2012 Fiscalía inicia investigaciones por lucro en distintas universidades. La figura más utilizada es el arriendo, por parte de la institución, de propiedades cuyo dueño es miembro de la misma. Es el caso de la Universidad Autónoma, Santo Tomás, Central, SEK, Andrés Bello, Las Américas, Viña del Mar (tres del grupo Laureate), UNIACC y del Desarrollo. Sin embargo, no se han impuesto sanciones al respecto en ninguna de ellas.

Actualmente, el Art. 64 del DFL N° 2 de 2010 del Ministerio de Educación, Ley General de Educación, sanciona con revocación del reconocimiento oficial, entre otros, los siguientes casos: a) incumplimiento de objetivos estatutarios; b) actividades contrarias a la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a la seguridad nacional e c) infracciones graves a los estatutos. La actividad lucrativa justamente puede entenderse incorporada en estas causales. “En suma, en las universidades debe tenerse como una operación que contraviene la naturaleza sin fines de lucro de la universidad, cualquier ingreso que perciba un socio por su sola calidad de tal, salvo que corresponda a servicios efectivamente prestados que no sean dietas del directorio, debiendo en ese caso analizarse si se cumplieron las condiciones de retribución adecuada para la contratación. La constatación de la existencia de lucro, en los términos aquí precisados, es causal de revocación del reconocimiento oficial de la universidad”.²

Gasto público en Educación Superior.

Un informe de Contraloría sobre la materia, relativo al año 2015, concluye que “(...) el Financiamiento Fiscal Total realizado a la Educación Superior durante el año 2015 (M\$ 1.543.751.523, aproximadamente US\$ 2.297.591,2) equivale a un 4,2% del gasto del Gobierno Central Total del mismo año”³, agrega que “[a]l profundizar esta revisión por entidad, las 10 instituciones que reciben más financiamiento (considerando la asignación de financiamiento tanto a las instituciones como a los alumnos que estudian en ellas) en conjunto alcanzan un 43,9% (M\$ 678.083.719) del total de fondos disponibles para financiar la Educación Superior en Chile, 2 corresponden a Universidades Estatales, 4 a Universidades Privadas del CRUCH, 3 a Universidades Privadas y 1 Instituto Profesional.”⁴

Además, según la clasificación de instituciones que utiliza el informe -Universidades Estatales, Universidades Privadas miembros del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas (CRUCH), Universidades Privadas, Institutos Profesionales, Centros de Formación Técnica y Fuerzas Armadas y de Orden- “son las UE⁵ las que registran el mayor financiamiento estatal (33,5%), aunque bastante

² BERNASCONI. 2013. PROHIBICIÓN DEL LUCRO EN LAS UNIVERSIDADES: ALCANCE Y CONSECUENCIAS. [en línea] <<http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/serie-no-62-prohibicion-del-lucro-en-las-universidades-alcance-y-consecuencias.pdf>>p. 10.

³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. 2015. FINANCIAMIENTO FISCAL A LA EDUCACIÓN SUPERIOR p. 71.

⁴ *Ibíd.* p. 72.

⁵ Universidades Estatales.

cercanas a las UPCRUCH⁶ (26,6%), y eso sin considerar el número de instituciones que compone cada clasificación, 16 y 9, respectivamente, lo que permite concluir la existencia de financiamiento fiscal por entidad mayor para los planteles Privados del CRUCH. La institución que captó mayor volumen de recursos, considerando los aportes fiscales dirigidos tanto a los alumnos como a las instituciones, resultó ser, al igual que en el año anterior, la UCHILE⁷, debido principalmente a lo asignado directamente a la institución. En el segundo y tercer lugar se encuentran la PUC⁸ y la UdeC⁹, respectivamente. En una situación inversa, considerando solo las Universidades Estatales, se encuentra la UDA¹⁰ como la que menos aportes recibe, al igual que el año anterior. Cabe destacar lo que sucede con la UNAB¹¹, UST¹², USS¹³, UAUTONOMA¹⁴, UMayor¹⁵, UDP¹⁶ y UINACAP¹⁷, los IP¹⁸ DUOC UC, AIEP e INACAP, y los CFT¹⁹ INACAP y Santo Tomás, cuyos aportes recibidos por cada una de las instituciones superan los recibidos por 9 de las 16 Universidades Estatales (UA²⁰, UTEM²¹,

⁶ Universidades Privadas miembros del Consejo de Rectores de Universidades Chilenas.

⁷ Universidad de Chile.

⁸ Pontificia Universidad Católica.

⁹ Universidad de Concepción.

¹⁰ Universidad de Atacama.

¹¹ Universidad Nacional Andrés Bello.

¹² Universidad Santo Tomás.

¹³ Universidad San Sebastián.

¹⁴ Universidad Autónoma.

¹⁵ Universidad Mayor.

¹⁶ Universidad Diego Portales.

¹⁷ Universidad Tecnológica de Chile.

¹⁸ Instituto Profesional.

¹⁹ Centro de Formación Técnica.

²⁰ Universidad de Antofagasta.

²¹ Universidad Tecnológica Metropolitana.

UPLA²², ULS²³, ULAGOS²⁴, UMCE²⁵, UNAP²⁶, UMAG²⁷ y UDA²⁸. Enfocándose solo en los recursos asignados a los alumnos de Educación Superior (68,7% del total), se observa que los estudiantes de las universidades privadas obtuvieron el mayor nivel de financiamiento, con un 23,5% del total de fondos, debido principalmente al CAE²⁹, aun cuando tanto la Beca Bicentenario como el FSCU³⁰, son aportes exclusivos para las universidades pertenecientes al CRUCH. La conclusión varía al considerar el número de instituciones, donde se tiene que cada Universidad Privada del CRUCH recibe en promedio M\$ 24.196.791, cifra superior a los M\$ 15.697.256 que recibe en promedio cada Universidad Estatal y a los M\$ 10.353.856 de las Universidades Privadas³¹ (sic).

- PROPUESTA PLES 2016.

En el PLES la prohibición del lucro se regula en atención a las Instituciones de Educación Superior reconocidas por el Estado y organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, es decir, las cotidianamente llamadas Instituciones Privadas.

Cabe tener presente que organizarse como persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro es obligación para las universidades, no así para los Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica, que pueden elegir dicha forma o no (a excepción de los nuevos CFT Estatales). Aquello permite concluir que, en el caso negativo, pueden lucrar. Este detalle es esencial, pues evidencia que la prohibición al lucro no es un objetivo primordial del PLES, lo cual nos parece un error. En efecto, concordamos con la opinión del académico Fernando Atria, quien considera que “[m]antener las cosas como lo hace el Título V del proyecto, que no impone a los institutos profesionales ni a los centros de formación técnica la obligación de constituirse como persona sin fines de lucro, pero la regula como si al infringir la forma que voluntariamente han adoptado estuvieran infringiendo alguna cuestión substantivamente significativa, más allá de la forma legal, es incoherente. Es incoherente porque muestra que hay una objeción que formular a la provisión

²² Universidad de Playa Ancha de Ciencias en la Educación.

²³ Universidad de La Serena.

²⁴ Universidad de Los Lagos.

²⁵ Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación.

²⁶ Universidad Arturo Prat.

²⁷ Universidad de Magallanes.

²⁸ Universidad de Atacama.

²⁹ Crédito con Aval del Estado.

³⁰ Fondo Solidario de Crédito Universitario.

³¹ CONTRALORÍA. Ob. cit. p. 72.

con fines de lucro, pero no hay disposición a excluirla legalmente, ni siquiera como el punto de llegada de una evolución gradual”³².

El artículo 126 del PLES 2016 prescribe que las instituciones de educación superior que se organicen como personas jurídicas sin fines de lucro, tienen **obligación de destinar sus recursos y de reinvertir los excedentes o ganancias que generen**, según sea el caso, en la consecución de sus fines y en la mejora de la calidad de la educación que brindan.

Por su parte, el artículo 131 establece que los integrantes del órgano de administración superior **“no podrán realizar o aprobar actos contrarios al interés de la institución** de educación superior o que contravengan lo dispuesto en el inciso primero del artículo 126, **ni usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados**, en perjuicio del interés de la entidad.

Adicionalmente, el artículo 134 **prohíbe a las instituciones de educación superior organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro celebrar actos, contratos, convenciones u operaciones con las personas relacionadas indicadas en las letras a), b), c) d), e) y f) del artículo 132**³³, pero establece una serie de excepciones.

En efecto, dispone que es posible celebrar actos y contratos con personas relacionadas distintas a aquellas indicadas en el artículo 134 o con personas relacionadas que sean personas jurídicas sin fines de lucro o personas jurídicas de derecho público³⁴.

En todo caso, los actos y contratos que pueden celebrarse en virtud del artículo 134, deben sujetarse a ciertos criterios y a un procedimiento especial para su aprobación³⁵.

³² ATRIA, Fernando. 2016. Comentario y explicación del Proyecto de Ley de Educación Superior. p. 13.

³³ Art. 132. [...]

- a) Las personas naturales o jurídicas que sean fundadores, asociados o miembros de la institución.
- b) Sus controladores, según sea el caso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 125.
- c) Los integrantes del órgano de administración superior.
- d) Sus Rectores o Rectoras.
- e) Los cónyuges, convivientes civiles o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en las letras anteriores.
- f) Las personas jurídicas en que las personas señaladas en las letras precedentes sean dueños, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital.

³⁴ El artículo 134 dispone que: “podrán exceptuarse de la prohibición establecida en el inciso anterior aquellos actos, contratos, convenciones u operaciones en que:

- a) La contraparte sea otra institución de educación superior sin fines de lucro o creada por ley o que derive su personalidad jurídica de corporaciones de derecho público.
- b) La contraparte sea una persona jurídica sin fines de lucro o de derecho público.
- c) Cuando se trate de donaciones cuyo beneficiario sea una institución de educación superior sin fines de lucro o creada por ley o que derive su personalidad jurídica de corporaciones de derecho público.

³⁵ Requisitos para realizar operaciones permitidas con personas relacionadas (arts. 135, 136 y 137).

- a) Las operaciones permitidas (realizadas con las personas relacionadas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior o aquéllas que se realicen con personas relacionadas distintas a las señaladas en su inciso primero) **deberán contribuir al interés de la institución de educación superior** y al cumplimiento de sus fines; **ajustarse en precio, términos y condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado** en el lugar y tiempo de su celebración; y cumplir estrictamente con los requisitos establecidos en los artículos siguientes, cualquiera sea el monto, naturaleza, objeto o condición de habitualidad de la operación.

Las **sanciones** por infracción a lo dispuesto en los artículos 126 y 134, complementado por el artículo 131, son calificadas como **gravísimas**. De conformidad con lo establecido en el artículo 118, en caso de infracciones gravísimas la Superintendencia puede aplicar las siguientes sanciones:

- i. **Multa de hasta 10.000 UTM.**
- ii. **Inhabilitación temporal, hasta por un plazo de 5 años o a perpetuidad** para concurrir, directa o indirectamente, a la constitución de instituciones de educación superior o para ocupar el cargo de Rector o Rectora o ser integrante del órgano de administración superior en cualquiera de dichas instituciones.

A su vez, el artículo 126 agrega como sanción específica para el caso que exista un desvío o apropiación de ganancias o excedentes (lucro) que estos deberán ser **reintegrados a la institución, debidamente reajustados conforme a la variación expresada por el IPC.**

Comprobada la infracción, ésta será sancionada por la Superintendencia, conforme a las normas del título IV, 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 la institución.

Respecto de las **operaciones con personas relacionadas**, el artículo 132 dispone que los **beneficios percibidos pertenecerán a la institución**, la que deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio.

Como se ve en el PLES, el lucro, en los casos prohibidos, se tipifica como una falta administrativa (resolución de la Superintendencia de Educación Superior) sancionada mediante multas y otras prohibiciones relativas dependiendo la gravedad de aquella. Su carácter de falta abre la discusión sobre el nivel de gravedad que se le otorga a dicha conducta.

- **PROPUESTA INDICACIÓN SUSTITUTIVA 2017.**

b) Las operaciones deberán ser aprobadas, en forma previa a su celebración, por la mayoría de los integrantes del órgano de administración superior de la institución de educación superior o su equivalente, debiendo excluirse de la votación aquéllos que tengan interés directo o indirecto en la operación de que se trate, en su caso.

La reunión del órgano de administración superior que apruebe la operación de conformidad al artículo anterior, deberá constar en un acta firmada por todos los integrantes presentes y deberá contener, a lo menos, lo siguiente:

- i. La descripción del objeto, monto, plazo de duración y demás condiciones comerciales de la operación de que se trate.
- ii. La individualización de la contraparte en la operación y el tipo de relación existente con la misma.
- iii. La indicación de que la operación es necesaria y de cómo contribuye al interés de la institución de educación superior.
- iv. La individualización de los integrantes del órgano de administración superior que aprobaron la operación.
- v. La individualización del o los integrantes del órgano de administración superior que se hayan abstenido por tener interés en la operación respectiva, con indicación de la relación que tuvieron con la contraparte en la operación.
- vi. Las deliberaciones efectuadas para la aprobación de los términos y condiciones de la operación, con indicación precisa de los antecedentes concretos que se hayan tenido en consideración a efectos de determinar que la operación se ajusta a lo dispuesto en el artículo 135.

Respecto del proyecto originalmente presentado, se incorpora como cambio en el título *De la Superintendencia*, la obligación de remitir al Ministerio Público los antecedentes que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus funciones y en los cuales aparecieren indicios de haberse cometido algún hecho constitutivo de delito, especialmente en los casos señalados en los artículos 62 y 75. Esta última parte difiere del proyecto original, pues en éste se contemplan sanciones penales al lucro.

Reglas y prohibiciones aplicables a las instituciones de educación superior organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro (art. 60 y ss.)

En este párrafo se regulan dos grandes temas, al igual que en el proyecto original: (1) organización de las instituciones de educación superior organizadas como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro (forma de administración) y (2) lucro.

Vale recordar, que sólo las Universidades tienen la obligación de constituirse como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, además de los CFT Estatales por razones de origen.

- **Obligaciones y prohibiciones:**

Existe la obligación de destinar sus recursos y de reinvertir los excedentes o ganancias (prohibición del lucro).

Estas obligaciones (de conformación de la persona jurídica y reinversión de los montos percibidos), deben empezar a ser cumplidas dentro del plazo de 2 años desde la publicación de la ley.

Los integrantes del órgano de administración superior no podrán realizar o aprobar actos contrarios al interés de la institución de educación superior, ni usar su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o terceros relacionados, en perjuicio del interés de la entidad. Salvo en los casos de excepciones que establece³⁶.

La ley da un plazo de 3 años desde su publicación para que las IES³⁷ modifiquen los actos o contratos otorgados o celebrados para dar cumplimiento a lo anteriormente señalado.

- **Sanciones:**

³⁶ Excepción: art. 70 inciso 2 “Con todo, se exceptuarán de la prohibición establecida en el inciso anterior aquellos actos, contratos, convenciones u operaciones cuando:

a) La contraparte sea una persona jurídica sin fines de lucro, de derecho público, creada por ley o cuya personalidad jurídica derive de corporaciones de derecho público.

b) Se trate de donaciones cuyo beneficiario sea una institución de educación superior sin fines de lucro o creada por ley o que derive su personalidad jurídica de corporaciones de derecho público.

c) Se trate de contratos de trabajo u honorarios para desempeñar labores académicas o docentes, según corresponda, en la institución”.

Siempre y cuando contribuyan al interés de la institución de educación superior y al cumplimiento de sus fines.

³⁷ Instituciones de Educación Superior.

Respecto a actos, convenciones u operaciones que contravengan la anterior obligación, constituyen infracciones gravísimas³⁸, con las sanciones que a ello correspondan según los artículos 54 y 55³⁹.

Cuando se realicen actos que utilicen fondos para una finalidad diferente: se deberán reintegrar los montos y procederá una multa del 50% de la suma desviada.

Los beneficios obtenidos en infracción al interés de la institución pertenecerán a aquella, sin perjuicio de la indemnización por daños si correspondiere.

Procederá la aplicación de una sanción penal al que, administrando a cualquier título recursos de una institución de educación superior, se interesare directa o indirectamente, en cualquier negociación, acto o contrato u operación que involucre a la institución, en actos o contratos con infracción a los arts. 68 a 74⁴⁰, así como si diere o dejare tomar interés a su cónyuge o conviviente civil, pariente en cualquier grado de la línea recta o hasta el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad, o si diere o dejare tomar interés a terceros asociados con él o las personas indicadas anteriormente, o sociedad, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al 10% si la sociedad es anónima o, ejerzan su administración en cualquier forma. La pena asociada corresponde a reclusión menor en su grado medio con multa del tanto al duplo del valor del interés que hubiere tomado en el negocio, en todos los casos mencionados.

Esta es una innovación en relación al proyecto original, pues se incorpora una sanción penal a la figura más común para obtener lucro por medio de las IES.

Por último, se considera necesaria una norma como la propuesta en el art. 77, que hace extensiva la aplicación de los artículos 68 a 76 a las instituciones de educación superior que deriven su personalidad jurídica de corporaciones de derecho público u otras entidades de derecho público reconocidas por ley; pues en ley aparte se regulará lo relativo a las instituciones estatales.

El gobierno, a través de la Ministra de Educación, señala que, por medio de esta indicación sustitutiva, “Se profundizará la tipificación penal en materia de negociación incompatible, en el marco de regulaciones que se relacionen con otros sectores, tales como Directores de Sociedades

³⁸ Arts. 46 y 50 indicación sustitutiva al PLES.

³⁹ **Sanciones:** art. 54 (a) Amonestación por escrito. b) Multa a beneficio fiscal de hasta quinientas unidades tributarias mensuales, tratándose de infracciones leves. c) Multa a beneficio fiscal de hasta mil unidades tributarias mensuales, tratándose de infracciones graves. d) Multa de hasta diez mil unidades tributarias mensuales, tratándose de infracciones gravísimas. e) Inhabilitación temporal o a perpetuidad para concurrir, directa o indirectamente, a la constitución de instituciones de educación superior o para ocupar el cargo de Rector o Rectora o ser integrante del órgano de administración superior en cualquiera de dichas instituciones. La sanción de inhabilitación temporal se podrá extender hasta por un plazo de cinco años, y se aplicará para el caso de infracciones gravísimas.) y art. 55 que prescribe “Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar se considerará la naturaleza y gravedad de la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de ésta; la intencionalidad y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior del infractor; su capacidad económica; el cumplimiento con los planes de recuperación, en su caso; la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes; y todo otro criterio que, a juicio fundado del Superintendente, sea relevante para la determinación de la sanción.”

⁴⁰ Regula actos con personas relacionadas, los prohibidos y permitidos.



Anónimas”⁴¹. Se elige especialmente este supuesto de acción, pues es el mecanismo más común para lucrar en Universidades.

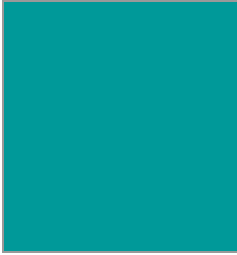
⁴¹ Minuta contenido indicación sustitutiva proyecto de ley de educación superior. 5 de Abril de 2017.

- Cuadro comparativo.

	PLES 2016	PLES INDICACIÓN SUSTITUTIVA 2017
OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES	<p>Las instituciones de educación superior que se organicen como personas jurídicas sin fines de lucro, tienen obligación de destinar sus recursos y de reinvertir los excedentes o ganancias que generen, según sea el caso, en la consecución de sus fines y en la mejora de la calidad de la educación que brindan.</p> <p>Los integrantes del órgano de administración superior “no podrán realizar o aprobar actos contrarios al interés de la institución de educación superior o que contravengan lo dispuesto en el inciso primero del artículo 126, ni usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados, en perjuicio del interés de la entidad.</p>	<p>Las institución de educación superior constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro, tienen la obligación de destinar sus recursos y de reinvertir los excedentes o ganancias.</p> <p>Los integrantes del órgano de administración superior no podrán realizar o aprobar actos contrarios al interés de la institución de educación superior, ni usar su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o terceros relacionados, en perjuicio del interés de la entidad. Sin perjuicio de las excepciones que establece.</p>
SANCIÓN ADMINISTRATIVA	<p>Falta gravísima. La Superintendencia puede aplicar las siguientes sanciones:</p> <p>iii. Multa de hasta 10.000 UTM.</p> <p>iv. Inhabilitación temporal, hasta por un plazo de 5 años o a perpetuidad para concurrir, directa o indirectamente, a la constitución de instituciones de educación superior o para ocupar el cargo de Rector o Rectora o ser integrante del órgano de administración superior en cualquiera de dichas instituciones.</p> <p>En caso de sustracción o desvío de dinero, se aplica multa del 50% de la suma sustraída o desviada.</p> <p>En operaciones con personas relacionadas, el artículo 132 dispone</p>	<p>Falta gravísima. La Superintendencia puede aplicar las siguientes sanciones:</p> <p>i. Multa de hasta 10.000 UTM.</p> <p>ii. Inhabilitación temporal, hasta por un plazo de 5 años o a perpetuidad para concurrir, directa o indirectamente, a la constitución de instituciones de educación superior o para ocupar el cargo de Rector o Rectora o ser integrante del órgano de administración superior en cualquiera de dichas instituciones.</p> <p>Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar se considerará la naturaleza y gravedad de la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de</p>

	<p>que los beneficios percibidos pertenecerán a la institución.</p>	<p>ésta; la intencionalidad y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; la conducta anterior del infractor; su capacidad económica; el cumplimiento con los planes de recuperación, en su caso; la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes; y todo otro criterio que, a juicio fundado del Superintendente, sea relevante para la determinación de la sanción.</p> <p>En caso de sustracción o desvío de dinero, se aplica multa del 50% de la suma sustraída o desviada.</p>
<p>SANCIÓN CIVIL</p>	<p>Desvío o sustracción de dinero, nace obligación restitutoria.</p> <p>Operaciones con personas relacionadas la institución, la que deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio.</p>	<p>Desvío o sustracción de dinero, nace obligación restitutoria.</p> <p>Operaciones con personas relacionadas la institución, la que deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio.</p>
<p>SANCIÓN PENAL</p>	<p>No contempla</p>	<p>Al que administrando a cualquier título recursos de una institución de educación superior, se interesare directa o indirectamente, en cualquier negociación, acto o contrato u operación que involucre a la institución en actos o contratos con infracción a los arts. 68 a 74⁴², así como si diere o dejare tomar interés a su cónyuge o conviviente civil, pariente en cualquier grado de la línea recta o hasta el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad, o si diere o dejare tomar interés a terceros asociados con él o las personas indicadas anteriormente, o sociedad, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al 10% si la sociedad</p>

⁴² Regula actos con personas relacionadas prohibidos y permitidos.



es anónima o, ejerzan su administración en cualquier forma. Correspondiente a reclusión menor en su grado medio y con multa del tanto al duplo del valor del interés que hubiere tomado en el negocio, en todos los casos mencionados.

- COMENTARIOS A LO PROPUESTO.

Considerar que las sanciones por incumplimiento a la regulación del lucro deben ser de naturaleza jurídica administrativa (multa y otras prohibiciones relativas), como lo consagra el PLES 2016, le resta importancia a la infracción a este relevante deber.

Por ello, se considera que debieran ser subsumidas al ámbito penal y tipificarlo como simple delito o delito, trayendo aparejada una pena privativa de libertad. Precisamente, en la indicación sustitutiva presentada (PLES 2017), se sanciona con penas privativas de libertad a un mecanismo, el más común, por el que se lucra en Instituciones de Educación Superior, a saber: negociación incompatible.

Sin embargo, aumentar la gravedad del lucro a una conducta de significación penal también puede ser objeto de algunas consideraciones críticas:

- Es una cuestión debatible aquella sobre la entidad de la pena aplicable, la que en todo caso debiese ser proporcionada en el esquema general de conductas penalmente sancionadas en nuestro ordenamiento jurídico.

- Debido a la actual sobresaturación del aparato persecutor, la tipificación propuesta implicaría la creación de unidades especiales, aumentando el gasto fiscal, mientras que el órgano técnico administrativo posee competencias más especializadas en la materia. Con todo, la existencia de mayores facultades de investigación por parte de los órganos de persecución penal facilita considerablemente el esclarecimiento de hechos y responsabilidades.

- Respecto a la indicación sustitutiva, no queda claro el objetivo de sólo restringirlo al tipo “negociación incompatible”, más aún cuando esta puede ser entendida en ciertos casos como una anticipación punitiva a figuras de daño efectivo⁴³. Por ello, se recomienda ampliarlo a otro tipo penal (nuevo: tipificación del delito de lucro; o existente: analizar la forma en que se puede sancionar esta conducta en delitos contemplados en nuestra legislación).

Ahora bien, cabe considerar que la falta administrativa permite desincentivar económicamente la conducta y, además, en el caso que se verifiquen delitos para la concreción de la falta (por ej. falsificación de documentos) activar el proceso penal correspondiente. Sin embargo, debe tenerse presente que la multa corre el riesgo de ser integrada como un mero costo y que no posea los componentes simbólicos aparejados a la sanción penal. Adicionalmente, la multa puede extender los efectos sancionatorios a terceros no directamente involucrados en el ilícito.

Otra discusión, aunque de menor relevancia, apunta a que, bajo el supuesto que el procedimiento sancionatorio administrativo aplica las mismas reglas que el proceso penal, su carácter de falta administrativa implicaría que sólo puede condenarse al verificarse su resultado, siendo improcedente la falta en grado de tentativa o frustrada.

⁴³ Ver conducta punible en la negociación incompatible.

- **TIPOS PENALES: NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.**

Sin perjuicio de que pudiese ser útil plantearnos la discusión sobre la creación de un nuevo tipo penal que sancione estos hechos, el Gobierno, por medio de la indicación sustitutiva que se ha presentado en abril de este año, ha circunscrito la discusión a tipos ya existentes. En este sentido, es que podemos considerar, al menos, dos.

El primero, es la forma propuesta por la indicación sustitutiva. Sin embargo, y considerando que hay un significativo aporte de dineros fiscales a las universidades privadas (situación que irá aumentando en miras a la gratuidad universal), se puede configurar el tipo de malversación de caudales públicos.

Es el origen del dinero y la dificultad de diferenciarlo del que provenga de otras fuentes, el que justifica el tratamiento bajo estos tipos que protegen la fe pública.

- i. **Negociación incompatible.**

Según el artículo 240 del Código Penal *“El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.*

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.

Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma.”⁴⁴

Sujeto activo: El empleado público, peritos, árbitros y liquidadores comerciales.

Conducta punible: “[E]l precepto mencionado consagra un auténtico delito de peligro abstracto, que se consuma con la sola ejecución de las conductas descritas en sus diferentes incisos, sin que se requiera la verificación de un resultado o perjuicio para el patrimonio fiscal (...)”⁴⁵, a lo que

⁴⁴ Existe un proyecto que modifica el Código Penal con el objeto de aumentar las penas de los delitos de cohecho, negociación incompatible y tráfico de influencias. Número de boletín: 9956-07.

⁴⁵ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ. Delitos cometidos por los empleados públicos, que afectan la probidad administrativa. [en línea]

agrega Mañalich que se encuentra “constituido por la vulneración de condiciones de las cuales depende que la función pública no sea ejercida de un modo que subvierta la preeminencia del interés general sobre el interés particular”⁴⁶.

La conducta consiste en “tomar interés” personalmente, o “dar interés” a las personas del inciso 3. “Lo repudiable en este comportamiento es el interés de naturaleza pecuniaria o económica que adquiere el empleado para sí o para otros, al margen o paralelamente al del inherente a la actividad pública”⁴⁷.

Bien jurídico protegido: Probidad administrativa, que “[i]mpone el deber de los funcionarios del Estado de actuar de conformidad a los intereses públicos y fines a los cuales debe servir, prohibiendo otorgar preferencias o desfavores a él u otras personas.”⁴⁸

ii. Malversación de caudales públicos.

El profesor Garrido Montt explica que este es un delito de hipótesis múltiples “(...) la conforman varias conductas de distinto orden, como la sustracción de fondos (art. 234), la distracción de los mismos (art. 235), darles una destinación diversa a la que correspondía (art. 236) y negarse a efectuar un pago o a entregar una cosa (art. 237)”⁴⁹

A continuación se analizarán dos de los tipos mencionados anteriormente, en razón que sirven para hacer la base general de la malversación, haciendo extensible aspectos a todos los tipos del párrafo 5 del título V del Código Penal⁵⁰. Además, se evidencia más claramente la utilización del tipo en personas jurídicas sin fines de lucro.

- a. ***Peculado o malversación de caudales públicos estricto sensu***, contemplado en el artículo 233 “*El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraiga, será castigado:*
 - 1.º *Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.*
 - 2.º *Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.*
 - 3.º *Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades*

<https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:4/negociaci%C3%B3n+incompatible/CL/vid/68989930> [consulta: 3 de Mayo de 2017] p. 11.

⁴⁶ MAÑALICH. 2015. La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación. REJ - Revista de Estudios de la Justicia - N° 23 - Año 2015.p. 97.

⁴⁷ GARRIDO. 2010. Derecho Penal parte especial. Tomo III. Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile. p. 458.

⁴⁸ CORDERO, Luis. 2015. Lecciones de derecho administrativo. 2º Ed. Thomson Reuters. [en línea] <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2015%2F41778793%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015289dd53a7c454d92c#sl=e&eid=6ef643d231ce1d9a1f50c00fa4eadf50&eat=&pg=&psl=&nvgs=false>> [consulta 5 de Mayo de 2017]

⁴⁹ GARRIDO. Ob. cit. p. 442.

⁵⁰ Párrafo 5. Malversación de caudales públicos. Título V “De los Crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”

*tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.
En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo
a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.”*

Sujeto activo: Empleado público. En virtud del art. 238 del CP⁵¹, se extiende a considerar como autor a un particular, cuando se halle encargado por cualquier concepto de fondos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.

Para poder sancionar a las instituciones de educación superior constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro, es que **proponemos ampliar el círculo de autoría a instituciones de educación receptoras de fondos públicos**. Estos fondos deben ser los institucionales que contemple la ley, como el fondo para la gratuidad, para investigación y para extensión⁵².

Conducta punible: Sustraer, implica tomar para sí con ánimo de señor o dueño. El tipo se verifica desde que se retira para sí dicha cantidad, careciendo de título o finalidad pública para hacerlo⁵³, así como al consentir en que otro sustraiga (omisión).

- b. ***Distracción o uso indebido de caudales o efectos públicos***, corresponde a la figura del artículo 235 “*El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído.*”

No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el art. 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída, sin perjuicio del reintegro.”

Sujeto activo: Empleado público, así como todo “que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.” (art. 238) Son aplicables las sugerencias ya mencionadas.

Conducta punible: Sustracción u omisión en el sentido anterior, seguido del reintegro de los caudales o efectos.

Bien jurídico protegido: Probidad administrativa, sin perjuicio de que estas conductas tienen “también un carácter patrimonial evidente y en algunos casos representan una lesión o atentado contra la propiedad o intereses del Fisco (...). Por ello muchos autores entienden que lo que se busca proteger es doble, por un lado, la probidad administrativa y, por otro, el patrimonio fiscal”.⁵⁴

⁵¹ Código Penal

⁵² Vale mencionar que el art. 238 es aplicable al párrafo 5 del título V completo, es decir, todos los tipos que la doctrina distingue de malversación de caudales públicos. En atención a lo expuesto, es que consideramos que debe ampliarse el sujeto activo en todos estos delitos, y por tanto, contemplarse en el art. 238.

⁵³ POLITOFF, MATUS y RAMIREZ. Ob. cit. p. 7

⁵⁴ GOBIERNO DE CHILE. 2008. MANUAL DE TRANSPARENCIA Y PROBIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. [en línea] < https://www.serviciocivil.cl/sites/default/files/141009_Manual_transparencia.pdf > [consulta 5 de Mayo de 2017] p. 148.

La distinción entre los tipos de malversación del art. 233 y 235, explica el profesor Mañalich, “(...) admite ser presentada en los siguientes términos: mientras que el potencial autor de la malversación tipificada en el art. 233 ha de tener a su cargo los respectivos caudales o efectos en pos de su sola conservación, el potencial autor de la malversación tipificada en el art. 235 ha de tener a su cargo los respectivos caudales o efectos en pos de su administración o inversión.”⁵⁵ Siendo cercano a la labor de las instituciones como personas jurídicas sin fines de lucro, el tipo del art. 235.

Por último, es importante considerar que tanto en la negociación incompatible, como en la malversación de caudales públicos, hay una protección a la labor funcionaria intachable (probidad administrativa) teniendo también un rol importante el origen de los fondos. Aquello justifica la ampliación de estos tipos a los casos de instituciones de educación superior que estén constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro que no sean estatales, de modo que el origen público de los fondos, imponga deberes especiales de conducta en su administración.

- **EN SÍNTESIS:**

- El proyecto modificado por la indicación sustitutiva, sólo sanciona penalmente el lucro en cuanto se realice mediante “negociación incompatible”. Fuera de esos casos, no hay sanción penal.
- No hay justificación para excluir otras formas de lucro de una sanción penal. La propuesta del proyecto por indicación sustitutiva sanciona la negociación incompatible, no el lucro, lo cual parece insuficiente.

Que exista una sanción penal para los casos en que se lucre, simbólicamente, generaría un gran impacto, pues implica considerar estas conductas como intolerables en nuestra legislación, con el mecanismo represivo más fuerte que existe.

Por ello, consideramos que idealmente debiera configurarse como delito el lucrar en IES, ya que poseen la obligación de reinvertir en la misma institución las ganancias que se generen.

- Una forma de sancionar el lucro, utilizando lo ya existente en nuestra legislación, se lograría ampliando el sujeto activo del delito de malversación de caudales públicos contemplado en el artículo 238 del Código Penal, para poder sancionar a las instituciones de educación superior constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro que por ley reciben fondos públicos institucionales para la educación superior. Es el carácter de público de estos dineros que justifica que haya un trato especial en su administración, más aún existiendo la obligación de reinvertir en la institución las ganancias obtenidas en el manejo de los mismos.
- Otra alternativa, que es la ha desechado el Gobierno, es la creación de un nuevo tipo penal.
- En vistas de lo anterior, es decir, del carácter público de los fondos que recibe la institución, es que también deberían ser sancionadas bajo este tipo los Institutos

⁵⁵ MAÑALICH. 2012. La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. [en línea] http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126673/La_malversacion_de_%20caudales_publicos.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consulta: 3 de Mayo de 2017] p. 366.



Profesionales y Centros de Formación Técnica, toda vez que poseen el mismo objetivo final que las Universidades: proveer educación superior.

- Por último, es importante que la Superintendencia, encargada de implementar las sanciones administrativas, cuente con los mecanismos para hacerlas efectivas. El proyecto contempla facultades para cumplir con esta labor, sin embargo deben asegurarse los recursos y el equipo necesario para llevarlo a cabo en la práctica.