



**Universidad
Norbert Wiener**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO Y
CIENCIA POLITICA**

TITULO DE TESIS

**LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE
EMPRESA EN LA LEY N° 27665, LEY DE PROTECCIÓN DE LA
ECONOMÍA FAMILIAR RESPECTO AL PAGO DE PENSIONES EN
CENTROS Y PROGRAMAS EDUCATIVOS PRIVADOS**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Presentado por:

Br.: ROGER JORGE SARAVIA AVILÉS

Asesor:

Dr. JUAN CARLOS CENTURIÓN PORTALES

Lima – Perú

2017

DEDICATORIA

A mi esposa: Janet Zavaleta, por su constante apoyo y motivación a mi persona para que pueda acabar la carrera de Derecho y Ciencia Política.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.	Planteamiento del Problema	X
1.2.	Formulación del Problema	XI
1.2.1.	Problema General	XII
1.2.2.	Problemas Específicos	XII
1.3.	Objetivos de la Investigación	XIII
1.3.1.	Objetivo General	XIII
1.3.2.	Objetivos Específicos	XIII
1.4.	Justificación de la Investigación	XIV

II. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

2.1.	Formulación de la Hipótesis	XV
2.1.1.	Hipótesis General	XV
2.1.2.	Hipótesis Específicas	XV

CAPÍTULO PRIMERO EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

1.1.	Constitución Económica Peruana	01
1.1.1.	Concepto de Constitución Económica	02
1.1.2.	Proceso histórico de la Constitución Económica	04
1.1.3.	La Constitución Económica en el Perú	10

1.2. Economía Social de Mercado	19
1.2.1. Concepto de Economía Social de Mercado	19
1.2.2. El origen de la Economía Social de Mercado	22
1.2.3. Elementos Fundamentales de la Economía Social de Mercado	27
1.2.4. La economía social de mercado en el Perú	31
1.3. Los Servicios Públicos en el Perú	37
1.3.1. Definición de servicio público	38
1.3.2. La noción de servicio público en el Perú	49
1.3.3. La educación privada como servicio público	54

CAPÍTULO SEGUNDO DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

2.1. Contexto histórico en el que se estableció el Derecho a la Libertad de Empresa en nuestra Constitución Política	64
2.1.1. Situación del Perú a fines de los ochenta e inicios de los noventa el siglo XX	65
2.1.2. La empresa como factor de desarrollo económico en la década de los noventa	68
2.2. Concepto de Derecho de Libertad de Empresa	70
2.2.1. La Libertad de Empresa en las resoluciones del Tribunal Constitucional	73
2.2.2. La Libertad de empresa como derecho fundamental	75
2.3. Derecho de Libertad de Empresa en el Derecho Comparado	76
2.3.1. La Libertad de Empresa en Colombia	76
2.3.2. La Libertad de Empresa en España	78
2.4. Contenido esencial del Derecho de la Libertad de Empresa	82
2.4.1. Contenido esencial de la Libertad de Empresa según el Tribunal Constitucional Peruano	84
2.4.2. Contenido esencial de la Libertad de Empresa en la doctrina nacional y extranjera	85
2.4.3. Nuestra posición referente al contenido esencial de la Libertad de Empresa	88

**CAPÍTULO TERCERO:
ESTUDIO DE LA LEY N° 27665
LEY DE PROTECCIÓN A LA ECONOMÍA FAMILIAR RESPECTO AL PAGO DE PENSIONES EN
CENTROS Y PROGRAMAS EDUCATIVOS PRIVADOS**

3.1. La Educación Básica Regular Privada	91
3.1.1. La Educación Básica Regular Privada en la Constitución de 1993	91
3.1.2. La Educación Básica Regular Privada en las Leyes N° 28044, Ley General de Educación; N° 26549, Ley de los Centros y Programas Educativos Privados y el Decreto Legislativo N° 882, Ley de Promoción de La Inversión en la Educación	94
3.2. Algunos factores que influenciaron en la aparición de Servicio Educativo Privado en Lima	98
3.2.1. La explosión demográfica	98
3.2.2. El marco constitucional de 1993	100
3.2.3. La mala calidad del servicio educativo del Estado	102
3.3. Antecedentes de la Ley N° 27665	104
3.3.1. La Ley de los Centros Educativos Privados Ley N° 26549	104
3.3.2. Los Decretos Supremos ED N° 004 y 011 de 1998	105
3.4. Debate y Aprobación del Proyecto de Ley en el Pleno del Congreso de la República del Perú	107
3.4.1. El Debate parlamentario	107
3.4.2. Votación y aprobación de la Ley N° 27665	110
3.5. Contenido e interpretación jurídica de la Ley 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados	111
3.5.1. Contenido de la Ley 27665	111
3.5.2. Interpretación jurídica de la Ley 27665	114

3.6. Implementación de La Ley N°27665	116
3.6.1. Grupo de trabajo del Congreso de la República	116
3.6.2. Conclusiones del grupo de trabajo congresal	119
3.7. La Ley N° 27665 y las sanciones a las instituciones privadas de educación básica regular en el Perú	121
3.7.1. El papel del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)	121
3.7.2. Resoluciones del INDECOPI referente a las relaciones de consumo de servicio educativo	122
3.7.3. Análisis de las resoluciones referentes a la Ley N° 27665 que resuelve el INDECOPI	126
3.8. Oposición a la Ley N° 27665	128
3.8.1. El Consorcio de Centros Educativos Católicos del Perú	129
3.8.2. Representantes de la actividad educativa privada y del derecho peruano	131
3.9. La Ley N° 29947, Ley de protección a la economía familiar respecto del pago de pensiones en institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados	136
3.9.1. La Ley de Protección de Economía Familiar en el Nivel educativo Superior	136
3.9.2. La Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 29947 Ley de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados	138

CAPÍTULO CUARTO
LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA LEY 27665

4.1. El Estado vulnera la libertad del empresario con la vigencia de la Ley N° 27665	144
4.1.1. El contenido esencial vulnerado de la Libertad de Empresa en la Ley N° 27665	144
4.1.2. El <i>dirigismo contractual</i> de parte del Estado frente al servicio educativo privado	146
4.1.3. La Ley N° 27665, contraviene lo señalado en la Constitución Económica Peruana	150
4.2. El Estado beneficia, en demasía, a los consumidores del servicio educativo particular en desmedro del empresario educativo	152
4.2.1. La Ley N° 27665 perjudica el presupuesto de las instituciones educativas privadas	153
4.2.2. El Estado actúa de una forma paternalista	154
4.2.3. El papel del Tribunal Constitucional frente a Libertad de Empresa	157
4.3. El Estado debe regular razonablemente las relaciones de consumo entre el empresario y el consumidor de servicios educativos	161
4.3.1. El Estado debe promover la empresa educativa creando normas que incentiven el buen funcionamiento del mercado	161
4.3.2. La búsqueda de una postura <i>no conflictivista</i>	164
CONCLUSIONES	174
RECOMENDACIONES	175
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	176
REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS	180
REFERENCIAS ELECTRÓNICAS	183
ANEXO	186

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 27665, llamada *Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados*, que fue promulgada el 2002, es el conjunto de normas relativas a la protección de la economía familiar respecto al pago de pensiones en centros educativos privados a nivel nacional.

Con la promulgación de esta Ley, el legislador peruano decidió intervenir en la relación jurídica de consumo entre promotor/empresario y consumidor educativo imponiéndole una serie de restricciones al primero, restricciones que, a nuestro parecer, vulneran el derecho fundamental a la libertad de empresa, derecho consagrado en el artículo N° 59 de la Constitución Política del Perú de 1993. Configurándose, lo que la doctrina ha denominado, la infidelidad constitucional.

Las restricciones señaladas en la Ley N° 27665, han sido incumplidas por muchas instituciones educativas privadas y estos incumplimientos o infracciones han generado que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) resuelva imponiéndoles sanciones económicas muy severas a estos centros de enseñanza privados. De esta manera, se está contrariando el modelo económico que el Perú ha recogido en nuestra Constitución, la *economía social de mercado*. En este caso puntual, el INDECOPI ya no ejerce el papel de velar por la libre competencia, sino que protege la irresponsabilidad del consumidor de los servicios educativos, distorsionando o perturbando el mercado.

Una de las restricciones, que establece la Ley N° 27665, es la prohibición de suspender el servicio educativo al consumidor moroso, perjudicando de esta manera la economía interna de estas instituciones. Aunado a ello, las sanciones económicas que recibe el empresario educativo de parte del Estado, hacen que el sostenimiento económico de muchas de estas instituciones sea muy difícil. En ese sentido, afirmamos que la vigencia de esta Ley, desincentiva la inversión del empresario en este sector del mercado peruano.

El presente trabajo tiene por objeto analizar si la Ley N° 27665, *Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados*, contradice lo señalado en el artículo N° 59 de nuestra Carta Política, que consagra el derecho constitucional a la Libertad de Empresa y por consiguiente examinar, si dicha norma, es incompatible con el marco de la Constitución Económica Peruana.

En el trabajo de investigación, examinaremos, críticamente, los dos enfoques desarrollados para el tratamiento de este tema: 1. El enfoque desde el derecho de la libertad de empresa; y 2. El mismo, desde la perspectiva del derecho del consumidor peruano.

La finalidad de este trabajo de investigación es contribuir, desde la universidad, a la incipiente literatura jurídica que hay en materia de relaciones jurídicas de consumo de servicios que se brindan en los centros de enseñanza privada a nivel nacional, y asimismo, aportar, insisto, desde la universidad, al análisis doctrinario del Derecho Constitucional Económico.

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del Problema

La presente tesis estudia el contenido de la Ley N° 27665, llamada *Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados* (específicamente el primer párrafo del artículo N° 2 y el contenido del artículo N°4), y la vulneración del derecho fundamental de la Libertad de Empresa señalada en el artículo N° 59 de la Constitución Política del Perú de 1993.

La Ley N° 27665, es una norma jurídica que forma parte de las fuentes del Derecho del consumidor; específicamente, se relaciona con en el tratamiento de los derechos que tienen los consumidores de servicios educativos particulares. En nuestro país, la institución que garantiza y protege el derecho de los consumidores es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

El INDECOPI para cumplir uno de sus objetivos fundamentales, la de proteger al consumidor, invoca al Código de Protección y Defensa del Consumidor; y en el caso de las relaciones jurídicas de consumo de servicios educativos de instituciones privadas, a la *Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados*.

Desde el punto de vista económico, la Ley N° 27665, perjudica al empresariado peruano que invierte en el negocio educativo, ya que el incumplimiento de esta Ley le acarrea, además, sanciones económicas. Los empresarios o proveedores consideran que el Estado al normar, tan específicamente, la relación de consumo en servicios educativos privados, está vulnerando su Libertad de Empresa y perjudicando su libre accionar como empresario.

Desde el punto de vista constitucional, la Ley N° 27665, objeto de la investigación, desde nuestra óptica contradice el contenido del artículo N° 59, configurándose de esa manera la *infidelidad constitucional*, que consiste en la falta de fidelidad de una norma con rango de Ley frente a lo consagrado en la Constitución, la misma que acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda la norma.

Desde el punto de vista legal, segundo nivel dentro de la jerarquía piramidal, la Ley N° 27665 beneficia, exageradamente, al consumidor de servicios educativos privados, porque esta norma permite que el padre de familia no pague las cuotas mensuales por servicios recibidos. La Ley en cuestión prohíbe que el empresario o proveedor (dueño de colegio particular) suspenda el servicio educativo por la falta de pago de las mensualidades de enseñanza (muchos de estos consumidores no pagan sus pensiones hasta fin de año).

Por otro lado, la Ley comentada le otorga al empresario la facultad de retener los certificados de estudios de los clientes que no paguen, (derecho de retención, por incumplimiento de la prestación debida), sin embargo estos documentos solo se emiten a fin de año; generalmente, cuando ya se concluyó el servicio educativo anual, de esta manera, la Ley N° 27665, llamada *Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados* estaría fomentando una “*cultura del no pago*”¹ de los consumidores de servicios educativos particulares, ya que permite al mismo no pagar por los servicios que recibe, en algunos casos, hasta fin de año.

¹ Desde la posición del derecho de obligaciones, la norma estaría fomentando la cultura de la inejecución de las obligaciones.

Desde el punto de vista moral², Ley N° 27665, objeto de la investigación, genera un problema ético porque el consumidor amparándose en esta Ley contraviene la que se conoce como la moralidad objetiva, la misma que consiste en un conjunto de normas éticas que la sociedad por costumbre ejerce. El consumidor educativo recibe el servicio sin pagarlo o lo paga, en el peor de los casos, al año siguiente.

En concordancia a lo expresado anteriormente, formulamos el siguiente problema de investigación:

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿La Ley N° 27665, *Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados*, vulnera el Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú, consagrado en el artículo N° 59 de la Constitución Política del Perú de 1993?

1.2.2. Problemas Específicos

- i. ¿La prohibición de la suspensión del servicio educativo a los consumidores deudores, señalada en La Ley N° 27665 vulnera el Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú, consagrado en el artículo N° 59 de la Constitución Política del Perú de 1993?

² La experiencia jurídica tiene tres dimensiones, que son: la fáctica, la normativa y la axiológica.

- ii. ¿La prohibición de no condicionar la atención de los reclamos de los padres deudores señalada en La Ley N° 27665 vulnera el Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú, consagrado en el artículo N° 59 de la Constitución Política del Perú de 1993?
- iii. ¿La prohibición de la suspensión del servicio educativo a los consumidores deudores, señalada en La Ley N° 27665 vulnera el principio jurídico de *Pacta sunt servanda*?

1.3. Objetivos de la Investigación

1.3.1. Objetivo General

Determinar si la Ley N° 27665, *Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados* vulnera el Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú.

1.3.2. Objetivos Específicos

- i. Determinar si la prohibición de la suspensión del servicio educativo a los consumidores deudores señalada en La Ley N° 27665 vulnera el Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú.
- ii. Determinar si la prohibición de no condicionar la atención de los reclamos de los padres deudores señalada en La Ley N° 27665 vulnera el Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú.
- iii. Determinar si la prohibición de la suspensión del servicio educativo a los consumidores deudores, señalada en La Ley N° 27665 vulnera el principio jurídico *Pacta sunt servanda*.

1.4. Justificación de la Investigación

La presente tesis busca aclarar y explicar el conflicto entre el derecho del empresario y el derecho del consumidor. Entendemos que el consumidor, según la doctrina, es la parte más débil de una relación de consumo; pero eso no es suficiente para que se vulnere el derecho de organización o gestión que tiene el empresario educativo peruano. El mercado no puede distorsionarse con la presencia de normas como la que es objeto de análisis; el papel del modelo de economía social de mercado es velar por el óptimo desarrollando el mercado y de sus actores.

Las conclusiones que se obtengan, de la presente investigación, permitirán:

- i. Que el legislador peruano reflexione sobre el principio de supraordinación del orden jurídico, la infidelidad constitucional y la incompatibilidad entre una ley, la Ley N° 27665 y la constitución. En ese sentido, proponemos al final del presente trabajo la respectiva propuesta legislativa.
- ii. Que el legislador peruano legisle sobre normas referentes a las relaciones jurídicas de consumo de servicios educativos privados a nivel nacional.

El universo de la presente tesis se circunscribe en el espacio de todo nuestro país, el Perú, debido a que la Ley N° 27665: *Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados* tiene alcance nacional.

II. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

2.1.1. Hipótesis General

La Ley N° 27665, *Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados* vulnera el contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú.

2.1.2. Hipótesis Específicas

- i. La prohibición de la suspensión del servicio educativo a los consumidores deudores señalada en La Ley N° 27665 vulnera el contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú.
- ii. La prohibición de no condicionar la atención de los reclamos de los padres deudores señalada en La Ley N° 27665 vulnera el contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú.
- iii. La prohibición de la suspensión del servicio educativo a los consumidores deudores, señalada en La Ley N° 27665 vulnera el principio jurídico *Pacta sunt servanda*.

CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

Como ya se ha planteado en la parte metodológica de esta tesis, el tema controversial que vamos a tratar es: la vulneración del derecho de la Libertad de Empresa en la Ley N° 27665, *Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al Pago de Pensiones en Centros Educativos Privados*, pero para abordar el tema, antes tenemos que estudiar las cuestiones generales del derecho constitucional económico. Abordamos esta rama del derecho constitucional, porque es en este campo en el cual se desenvuelve la controversia jurídica que es materia de la presente investigación.

Nos es objetivo de este trabajo desarrollar todos los tópicos que comprenden el Derecho Constitucional Económico, el mismo que es muy amplio, solo abordaremos los tópicos que, a nuestro criterio, guardan relación con el tema de investigación. Los temas son: La constitución Económica Peruana, la economía Social de Mercado y el régimen de los Servicios Públicos en el Perú.

1.1. La Constitución Económica Peruana

Antes de señalar el contenido de la Constitución Económica Peruana, debemos partir abordando los siguientes temas preliminares: la conceptualización de la Constitución Económica, para ellos recurrimos a la doctrina y el estudio del proceso histórico de la Constitución Económica, desde su génesis en las primeras décadas del siglo XX hasta la actualidad.

1.1.1. Concepto de Constitución Económica

Frente a la pregunta: ¿Qué entendemos por Constitución Económica?, debemos recurrir a los aportes que la doctrina jurídica ha desarrollado sobre esta temática. Al respecto, Raúl Chanamé Orbe nos dice, citando a Alberto Dalla Vía, quien concebía el concepto de Constitución económica de la siguiente manera:

“El concepto de Constitución económica, utilizado durante mucho tiempo en la literatura comparada por los economistas como sinónimo de orden económico, sistema económico o modelo económico, sin connotaciones jurídicas, fue acuñado para el Derecho como decisión global sobre el orden de la vida económica de una comunidad”³.

En efecto, el concepto de constitución económica guarda mucha relación con la vida económica de una determinada sociedad, pero aún el concepto señalado por Dalla es muy incipiente. Veamos que nos dicen, sobre constitución económica, la doctrina alemana, española y venezolana.

Lourdes Flores Nano señala citando al jurista alemán Kurt Ballerstedt quien entendía la Constitución económica como:

“La ordenación fundamental de una comunidad existente dentro de un ente estatal o supraestatal basada en la participación para la satisfacción de necesidades sociales a través del mercado”⁴.

³ CHANAMÉ ORBE, Raúl. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA, pág. 44. En: Revista Derecho y Sociedad, N° 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

⁴ FLORES NANO, Lourdes. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, pág. 90. Pacifico Editores, Lima, 2015.

Por su parte, Baldo Kresalja y Cesar Ochoa indican que para el maestro español Herrero de Miñon:

“La Constitución económica puede existir en sentido formal como un conjunto de disposiciones constitucionales que rige expresamente la actividad económica, pero también en sentido material como el fundamento constitucional aunque sea tácito del derecho de la economía en el más amplio de los sentidos”⁵.

El profesor venezolano, Juan Domingo Alfonzo Paradisi en su texto: *La Constitución económica establecida en la constitución de 1999 y la ley orgánica del sistema económico comunal*, menciona:

"La Constitución Económica se refiere al conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica"⁶.

Siguiendo la línea de las definiciones que anteceden, podemos afirmar que la Constitución Económica es el conjunto de normas, de rango constitucional, que rigen las actividades económicas que desarrolla el hombre en una determinada sociedad, con el objetivo de satisfacer sus necesidades sociales.

Frente a lo anterior, podemos señalar la siguiente interrogante ¿Es necesario la incorporación de normas económicas dentro un Constitución?

⁵ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO, pág. 141. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

⁶ ALFONZO PARADISI, Juan Domingo. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESTABLECIDA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA ECONÓMICO COMUNAL. Disponible en:<https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/La%20Constitucion%20Economic%20y%20la%20LOSEC%20Seminaro%20INAP%202012.pdf>. Extraído el 27 de octubre de 2017.

Respondemos. Siendo la economía la base del desarrollo de toda sociedad, es de vital importancia que su normativa esté reconocida en la norma jurídica más importante de una sociedad: La Constitución.

En ese sentido, el jurista español y especialista en Derecho Económico Alfonso Ojeda Marín señala:

“El ciudadano no solo reclama derechos políticos y sociales, también exige el reconocimiento de sus derechos económicos y tanto mejor, a través de la primera y más elevada norma jurídica. Además, conforme la sociedad se vuelve más compleja, los ciudadanos pedirán la más perfecta definición del marco económico”⁷.

1.1.2. Proceso histórico de la Constitución Económica

En el acápite anterior hemos señalado que la Constitución Económica estudia la consagración de las reglas económicas de una sociedad en su texto constitucional. En relación a lo anterior, debemos señalar cual es el punto de partida del estudio de la Constitución Económica, desde cuando las sociedades comenzaron a implementar normas económicas en sus cuerpos constitucionales.

La aparición de la Constitución Económica se relaciona con dos grandes procesos históricos, ambos muy violentos, nos estamos refiriendo a la revolución mexicana (1910-1917) y a la primera guerra mundial o Gran Guerra (1914-1919).

⁷ OJEDA MARIN, Alfonso. EL CONTENIDO ECONÓMICO DE LAS CONSTITUCIONES MODERNAS, pág. 18. Instituto de Estudios Fiscales, Documento N.º 14, Madrid, 1990.

Cuando estos procesos finalizaron, México y Alemania (que fue la protagonista de la Gran Guerra) desarrollaron textos constitucionales donde recogen reglas económicas para sus sociedades, fundando de esta manera la “*Constitución Económica*”. Estas constituciones fueron: la Constitución de Querétaro (1917) y la Constitución de Weimar (1919) de México y Alemania respectivamente. En ese sentido, la abogada y especialista en derecho económico, Lourdes Flores Nano señala:

“Se sostiene que la primera Constitución en consagrar reglas económicas y derechos sociales fue la mexicana de Querétaro (1917), seguida por alemana de Weimar (1919)”⁸.

Sobre la Constitución mexicana de 1917 podemos afirmar que fue la primera Constitución social de la historia, ya que se consagró derechos como la propiedad de la nación sobre las tierras y aguas, la protección de recursos naturales, el régimen económico de economía mixta, entre otros.

Artículo 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Esta no podrá ser expropiada sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación⁹.

⁸ FLORES NANO, Lourdes. Op. cit, pág. 89.

⁹ Constitución Mexicana, promulgada en la ciudad de Santiago de Querétaro, el 5 de febrero de

Nótese, que el constituyente mexicano no señala taxativamente el reconocimiento de los derechos económicos del ciudadano mexicano en su Constitución, no lo precisa en ninguno de los nueve títulos que contiene su Ley Fundamental. Los derechos económicos se desprenden de la lectura e interpretación del texto constitucional.

En el caso de la Constitución Alemana de Weimar (1919)¹⁰, el constituyente sí estableció de manera precisa las normas económicas constitucionales, lo hizo en la *sección V denominada “La vida económica”*, esta sección comprende 15 artículos que rigen la vida económica de la sociedad alemana de la primera postguerra. Entre los artículos más resaltantes tenemos:

Artículo 151.- La organización de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. Dentro de estos límites, se reconoce al individuo la libertad económica. La coacción legal no es lícita sino para hacer efectivos los derechos amenazados o para servir exigencias imperiosas del bien público. La libertad de comercio y de la industria quedan garantizadas conforme a las leyes del Imperio.

Artículo 152.- En las relaciones económicas regirá la libertad de contratación conforme a las leyes. Queda prohibida la usura. Son nulos los actos jurídicos contrarios a las buenas costumbres.

Sobre la importancia de este texto constitucional, el jurista peruano Raúl Chanamé Orbe escribió:

1917.

¹⁰ Se le llama constitución de Weimar por el nombre de la ciudad donde se desarrolló la Asamblea Constituyente y se promulgó la Constitución Alemana, el 31 de julio de 1919.

“El principal aporte de la Constitución de Weimar (1919) radica en un reconocimiento expreso al contenido de la economía dentro de una Constitución, no como un modelo de acciones en la utilización de recursos por parte del Estado para su sostenimiento en tanto aparato de gobierno, sino en un enfoque dirigido a la protección del individuo en tanto sujeto de derechos económicos. Es decir le da un sentido a la economía como ciencia social que se vincula directamente al bienestar de los ciudadanos”.

El estudio del derecho no solo está limitado al análisis y/o tratamiento de las leyes, también la producción doctrinaria de los juristas sirve para explicar el desarrollo histórico de una rama del derecho.

En ese sentido señalaremos que, en el periodo de entreguerras, el jurista alemán Carl Schmitt publicó en 1931, un valioso aporte para el estudio de la Constitución Económica. El texto de Schmitt se tituló *Hüter der Verfassung* (*La Defensa de la Constitución*), el mismo que señala:

“Es muy digno de tenerse en cuenta que en la actualidad sólo dos grandes Estados poseen semejantes Constituciones económicas: la Rusia comunista, con su sistema soviético, y la Italia fascista con su stato corporativo. Tratase de dos países en gran parte agrarios todavía, que no se hallan a la cabeza de la evolución económica y del progreso industrial, y cuya Constitución económica está ensombrecida por una organización de partido rígidamente centralizada y por el llamado “Estado de un solo partido”.

El sistema de la Constitución económica no tiene, en este caso, el sentido de hacer libre y autónoma la Economía, sino que sólo trata de ofrecerla al Estado y someterla a él; el régimen de un solo partido se deriva de la necesidad de impedir el dominio del Estado por diversos partidos, o sea de la conveniencia de evitar la dispersión pluralista del estado”¹¹.

Lo expuesto revela, la crítica de Schmitt frente a los regímenes monopartidistas soviético e italiano y la utilización de la constitución económica para fines preservación política. Si nos situamos en la época en la que está redactado el texto (1931), se está refiriendo a Benito Mussolini por Italia y a Joseph Stalin por Rusia comunista.

Por otra parte, se le atribuye al jurista alemán Herbert Von Beckerath haber enunciado en 1932, por primera vez, el término Constitución Económica en su obra *Politische und Wirtschaftsverfassung (Constitución Política y Economía)*. Von Beckerath desarrolló un concepto que no guarda mucha relación con el que se maneja, sobre constitución económica, en la actualidad. El mismo fue considerado impreciso.

“Se atribuye a BECKERATH (1932) la introducción del término Constitución económica en su trabajo Politische und Wirtschaftsverfassung, al referirse a la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y técnica de la producción y distribución. Dicha definición tuvo resistencia entre los juristas contemporáneos por considerarla un concepto impreciso”¹².

¹¹ SCHMITT, Carl. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, pág. 166, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.

¹² FLORES NANO, Lourdes. Op. cit, pág.90.

El siglo XX estará marcado por el inicio y apogeo de la constitución económica, las constitucionales que se promulgaron siguieron la línea de señalar normas económicas dentro su contenido. Algunas, como el caso español en 1978, ya no solo señalaban normas generales económicas, sino que consagraban modelos económicos. En ese sentido, Lourdes Flores en libro *La Economía Social de Mercado* señala que:

“A diferencia de su similar alemana, la Constitución española de 1978 sí opta por un modelo económico. En efecto, el artículo 38º de la Constitución señala textualmente: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado¹³”.

El régimen de economía de mercado, desarrolla entre otros, el principio de libertad de empresa. Este principio está recogido en el artículo 38, en el *Título I: De los Derechos y Deberes Fundamentales*. La libertad de empresa es un pilar de la economía de mercado español, motivo por el cual el constituyente de 1978 lo consagró como un derecho fundamental.

El texto constitucional español da vital importancia al Derecho de Libertad de Empresa, pero no puede ignorarse que para el pleno desarrollo de la economía de mercado este derecho debe guardar estrecha y armoniosa relación con otros principios constitucionales. Sobre el mismo, El profesor español Bercovitz Rodríguez-Cano manifiesta el siguiente:

¹³ *Ibíd*em, pág. 132.

“Aunque el principio de libertad de empresa es el esencial para el desarrollo de una actividad económica dentro del mercado, no puede ignorarse su vinculación con otros principios constitucionales con los que se relacionan indisolublemente. Así, el derecho a la propiedad privada (art.33.1 CE); el derecho de asociaciones (art. 22.1 CE) que está en la base del derecho a constituir sociedades mercantiles; el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que se relaciona con el derecho hacer publicidad comercial, y el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica que está en la base de la creación de bienes inmateriales protegidos por el derecho de autor y por la propiedad industrial, que son fundamentales dentro de la actividad económica en un mercado de libre competencia”¹⁴.

Vale la pena señalar que, la Constitución Política Española de 1978 está vigente. La economía de mercado (a pesar de tantos cambios económicos, políticos y sociales en el mundo) sigue siendo el modelo económico español.

1.1.3. La Constitución Económica en el Perú

En el presente acápite, expondremos el desarrollo del constitucionalismo económico o Constitución Económica del Perú. En ese sentido, es bueno afirmar que, la primera constitución peruana que aborda el constitucionalismo económico fue la Constitución de 1979. Ella es la primera que trata la temática de la *Constitución Económica*.

¹⁴ RODRÍGUEZ-CANO, Bercovitz. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL DERECHO MERCANTIL. Disponible en: <http://juspedia.es/libro/mercantil-1i/2412-constitucion-y-derecho-mercantil>. Extraído el 29 de octubre de 2017.

“La Constitución de 1979 fue la primera Constitución en la que se introduce el constitucionalismo económico”¹⁵.

Aunado a ello, se establece por primera vez un modelo económico en una Constitución peruana. En nuestra *Ley Fundamental* de 1979 se estableció el modelo económico de la economía social de mercado.

La Constitución peruana de 1979 fue debatida y promulgada por una Asamblea Constituyente presidido por el octogenario líder aprista Víctor Raúl Haya de la Torre. Esta Asamblea fue convocada, en 1978, por el general Francisco Morales Bermúdez, quien optó, por razones políticas, devolver el poder político a los civiles y que él y sus subalternos “vuelvan a los cuarteles”.

Respecto al régimen económico de la Constitución de 1979, el constituyente se encontraba frente a un panorama bipolar de modelos económicos. Por un lado, el modelo de la economía liberal y por otro el modelo de la economía estatista. Estamos finalizando la década de los setenta y aún se vive el contexto internacional de la *guerra fría*. El constituyente de 1979 optó por situarse en un espacio intermedio.

Al respecto, Fernando Sánchez Albavera, cuando estudia el régimen económico de la *Ley Fundamental* de 1979, señala:

“El Régimen Económico tiene, pues, una naturaleza sustancialmente diferente a los se entiende como una economía liberal o privatista o una economía estatista, colectivista o de planificación centralizada”¹⁶.

¹⁵ FLORES NANO, Lourdes. Op. cit, pág. 200.

¹⁶ SÁNCHEZ ALBAREVA, Fernando. APLICACIÓN Y RESULTADOS DEL RÉGIMEN ECONOMICO DE LA CONSTITUCIÓN, pág. 83. En: LA CONSTITUCIÓN DIEZ AÑOS DESPÚES, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989.

En efecto, la Constitución peruana de 1979 consagra el modelo económico denominado: economía social de mercado, que sería el punto intermedio entre la economía liberal y la economía estatista.

La Constitución Económica de 1979 se caracterizó principalmente por lo siguiente:

“El Estado es el encargado de formular la política económica mediante planes que regulan la actividad del Sector Público y que, de concertarse, habrían resultado también obligatorios para la actividad privada. Hace reconocimiento del pluralismo económico, lo que permitía la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Proclamó, en lo que es uno de los aportes principales, un régimen de economía social de mercado, en el que la libre iniciativa privada debía ser reglamentada por el Estado con la finalidad de armonizar su ejercicio como interés social”¹⁷.

El Constituyente peruano, a pesar de señalar, en el texto constitucional de 1979, el modelo de economía social de mercado consagró al Estado como empresario y como interventor de la vida económica nacional.

“El Estado podía intervenir en la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario y se reservaba el derecho de autorizar, registrar y supervisar la inversión extranjera. El Estado podía, asimismo, imponer monopolios legales teniendo como excepción a los medios de comunicación social”¹⁸.

¹⁷ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit, pág. 207.

¹⁸ Ibidem.

Esta contradicción, entre el modelo económico consagrado en nuestra Constitución de 1979 (economía social de mercado) y las muchas atribuciones interventoras del Estado en las actividades económicas del país, ha dado pie para que se afirme que la Constitución no calificó correctamente el modelo de la economía social de mercado. En ese sentido, algunos juristas, han nombrado al modelo o régimen económico de la Carta de 1979: Economía Mixta de Planificación Concertada.

El jurista peruano, Fernando Sánchez Albavera señala en relación a lo anterior lo siguiente:

“Si bien el Régimen Económico de la Constitución no definió el concepto de Economía Social de Mercado éste puede ser asimilado al de una Economía mixta de Planificación Concertada”¹⁹.

Por su parte, Baldo Kresalja y Cesar Ochoa en su obra *Derecho Constitucional Económico*, respaldan lo anterior manifestándose de la siguiente manera:

“El sistema adoptado por la Constitución de 1979 fue correctamente calificado como una economía mixta de planificación concertada”²⁰.

Ahora bien, se le puede llamar economía social de mercado o economía mixta de planificación concertada u otro nombre al modelo económico de la Constitución de 1979, pero el hecho concreto es que esta Constitución permitió la reforma liberal del gobierno de Alberto Fujimori en la década de los 90.

¹⁹ SÁNCHEZ ALBAREVA, Fernando. Op. Cit, pág. 83.

²⁰ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit, pág. 207.

Al respecto, la abogada peruana Lourdes Flores Nano señala que:

“En efecto, el Congreso de la República, en el año 1991, mediante Ley N° 25327 delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia económica y en materia de pacificación. En uso de esas facultades entre junio y noviembre de 1991, el Poder Ejecutivo, mediante decretos legislativos, introdujo un cambio sustantivo en la orientación económica del país. Este es un hecho que difícilmente se reconoce en el Perú, porque se repite sin ningún sustento que la reforma económica solo fue posible por el cambio de Constitución. Ello no es así; el conjunto fundamental de reformas se aprobaron mediante decretos legislativos, todos ellos, previos a la reforma constitucional y más bien, en aplicación de la Carta de 1979”²¹.

Lourdes Flores señala que, para los grandes cambios económicos que se desarrollaron en la década de los noventa no era necesario el cambio de la Constitución, la abogada menciona que la causa que motivó la reforma constitucional fue la reelección presidencial.

“Es pues falso que, la reforma económica requiriera de una reforma constitucional. El verdadero móvil de la reforma constitucional fue habilitar la reelección presidencial”²².

Hecha esta precisión, pasamos a exponer la Constitución Económica de 1993, Ley fundamental vigente en nuestro ordenamiento.

²¹ FLORES NANO, Lourdes. Op. cit, pág. 211.

²² Ibidem.

La Constitución Política de 1993 se promulgó en un contexto nacional e internacional muy complejo. A nivel nacional, la quiebra de la economía nacional y la inmensa deuda eterna; a nivel internacional, la caída del modelo centralista soviético y la crisis inflacionaria de América Latina.

En ese sentido, el constitucionalista peruano, Raúl Chanamé Orbe señala:

“La Constitución vigente, nace en un nuevo contexto económico: la crisis inflacionaria que recorría América Latina, el agotamiento de las propuestas del pensamiento cepaliano, el colapso mundial de la planificación centralizada, el agobio de la deuda externa, la crisis de los Estados interventores en la economía, el auge del proceso de privatización y la virtual quiebra de la economía nacional”²³.

Ahora bien, ¿cuál fue el modelo económico consagrado en la Constitución de 1993? Para responder esta pregunta, debemos recurrir a lo señalado taxativamente en el texto constitucional:

Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura²⁴.

²³ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Op. cit, pág. 54.

²⁴ El subrayado es nuestro.

Como hemos indicado en el enunciado anterior, la Constitución Política peruana de 1993 consagra el modelo económico de economía social de mercado. Frente a esto, el lector notará que ambas constituciones, la de 1979 y la 1993, tienen el mismo modelo económico, pero en su contenido difieren ampliamente. Esta problemática la desarrollaremos en el acápite siguiente, cuando estudiemos el contenido, principios, características de la economía social de mercado.

Para señalar, las principales características de la Constitución Política peruana de 1993, en materia económica, mencionaremos lo señalado por el profesor Raúl Chanamé Orbe²⁵:

1. Si bien se sustenta en la iniciativa privada que es libre, esta se ejerce al interior de una economía social de mercado (Art. 58), se aprecia la desaparición de todo principio valorativo del régimen económico.

2. La libertad de empresa es la discrecionalidad de la persona jurídica, nacional o extranjera, para –conforme a Ley- poder desplegar su iniciativa, inventiva, potencialidad, inversión y/o productividad. En el mercado conviven empresas nacionales, como transnacionales; grandes, medianas y pequeñas empresas; más aún, en nuestro medio, una de las modalidades más difundida es la micro empresa o empresa familiar, que según el Art. 59 debía promoverse para propender una igualdad o superación empresarial

²⁵ CHANAMÉ ORBE, Raúl. Op. cit, págs. 57-61.

3. *Privatización y la subsidiaridad como proceso de transición de la vida económica por cuanto la vigente Constitución es prudente sobre muchas de las funciones interventoras que antes correspondían al Estado. El segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución de 1993 prescribe que «Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional»*

4. *El Estado se convierte ahora en un vigilante de la libre competencia, que ha de facilitar, combatiendo toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Más aún, la Constitución prohíbe expresamente que por ley se autorice o establezcan monopolios (Art. 61°)*

5. *La libertad de contratación se garantiza, -concordante con el Art. 2 Inc. 4 disponiéndose que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Es más, los contratos ley, mediante los cuales el Estado puede establecer garantías u otras seguridades, no pueden ser modificadas legislativamente*

6. *La Constitución vigente establece taxativamente que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones, añadiendo que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres.*

7. *Se garantiza constitucionalmente la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (artículo 64°).*

8. *La propiedad privada resulta reforzada respecto de las determinaciones constitucionales anteriores. Basta con señalar que el artículo 70°, norma de apertura del Capítulo relativo a la propiedad, se abre con la proclamación de que el derecho de propiedad es inviolable.*

9. *El texto constitucional omite cualquier referencia a los mecanismos de planificación tanto para el sector público como para el privado, si bien el artículo 58°, con el que se abre el Título dedicado al régimen económico, establece que el Estado orienta el desarrollo del país, previsión que podría posibilitar un sistema de planificación meramente indicativa y concordante con el régimen de economía de mercado;*

10. *Al igual que la anterior Carta Política —pero con algunas variantes— se norman otros aspectos vinculados al tema económico dentro del Título Tercero, tales como el ambiente y los recursos naturales, la propiedad, el régimen tributario y presupuestal, la moneda y la Banca, el régimen agrario y las comunidades campesinas y nativas. Materias diversas que como el ambiente, el régimen agrario o las comunidades nativas deberían, desde nuestro punto de vista estar apartadas de éste título.*

Por su parte, el destacado constitucionalista Alfredo Quispe Correa en las conclusiones de, su ya clásico texto, *La Constitución Económica* hace un listado de los principios económicos que rigen la Constitución Económica Peruana.

“Creemos que a manera de conclusión se puede intentar un listado de principios económicos que rigen la Constitución Peruana. Estos serían:

Iniciativa privada libre, Economía social de mercado, Planificación indicativa, Promoción estatal en áreas reservadas, Estimulo para la creación de riqueza, Garantía de la libertad de empresa, Garantía a la libertad de trabajo, El pluralismo económico, Igualdad de trato entre extranjeros y nacionales (y de empresas públicas y privadas), Facilita y vigila la libre competencia, Combate el abuso de posiciones dominantes, Garantiza la libertad de contratar, Garantiza la libre tenencia de moneda extranjera, Defiende el derecho de los consumidores y usuarios, Dispone de una política monetaria independiente y Disciplina fiscal”²⁶.

1.2. Economía Social de Mercado

La Economía Social de Mercado es un pilar fundamental del estudio del Derecho Constitucional Económico contemporáneo, gran cantidad de países del orbe lo desarrollan en sus constituciones, y nuestro país no es ajeno a ello. El Perú tiene como modelo económico la economía social de mercado, motivo por el cual, en esta parte de la tesis, es muy importante explicar el desarrollo teórico del este modelo económico. Abordaremos el concepto de la economía social de mercado, su origen histórico, sus elementos fundamentales y, por último, la inserción de este modelo en la sociedad peruana.

1.2.1. Concepto de Economía Social de Mercado

La economía social de mercado ha sido abordado por el estudioso ecuatoriano Juan Rivadeneira Frisch, quien en su libro *Economía Social de Mercado* sostiene que:

²⁶ QUISPE CORREA, Alfredo. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA, pág. 79. Maxigraphica Impresores, Segunda Edición, Lima, 2007.

“La Economía Social de Mercado se constituye en un sistema, el cual se edifica sobre la base de la iniciativa de los individuos en libertad, que se desarrolla en un ambiente de libre competencia con regulación, procurando por la seguridad social y enfocando hacia el progreso de la sociedad”²⁷.

Por su parte, Ricardo Amiel Meza en su texto *Economía Social de Mercado. Un Sistema de Paz* manifiesta lo siguiente:

“La idea de la Economía Social de Mercado como un orden económico liberal fue desarrollada por economistas liberales en la resistencia contra el nacionalsocialismo y se autointerpreta como una severa denuncia de cualquier tipo de economía dirigida y planificada centralmente por el Estado”²⁸.

Los constitucionalistas Baldo Kresalja y César Ochoa, sobre la economía social de derecho mencionan que:

“La economía social de mercado se diferencia tanto del sistema capitalista como del socialista. Busca lograr una síntesis entre la economía de mercado y la seguridad social, síntesis en la cual las fuerzas del mercado crean bases del progreso social y la seguridad social posibilita y garantiza la funcionalidad y la persistencia del mercado”²⁹.

²⁷ RIVADENEIRA FRISCH, Juan. ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO, pág. 39. Fundación Konrad Adenauer, Quito, 2009.

²⁸ AMIEL MEZA, Ricardo. ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO. UN SISTEMA DE PAZ, pág. 43. Ricardo Amiel, Lima, 2002.

²⁹ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit, págs. 351-352.

El ex magistrado del Tribunal Constitucional, Ernesto Álvarez Miranda no dice que Alfred Müller-Armack afirmó que:

“El núcleo de la Economía Social de Mercado es la combinación del principio de libertad de mercado con principio de equidad social (y sin duda dignidad del hombre) siendo su marco referencial el ya detallado concepto de libertad del hombre complementado por la justicia social”³⁰.

Por su parte, el político alemán y ex canciller alemán Ludwig Erhard manifiesta:

“La Economía Social de Mercado viene inspirándose en la idea de armonizar, sobre la base de una economía de libre competencia, la libertad personal con un creciente bienestar y seguridad social, reconciliando a los pueblos mediante una política de aperturismo mundial”³¹.

De todo lo expuesto, se concluye que la economía social de mercado es una alternativa al modelo capitalista y al socialista, que se caracteriza por armonizar la economía de mercado con la equidad social.

³⁰ ÁLVAREZ MIRANDA, ERNESTO. EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA, pág. 262. En: Revista *Ius et veritas*, N° 48, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

³¹ ERHARD, Ludwig. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: SU VALOR PERMANENTE, pág. 40, Ediciones RIALP, Madrid, 1994.

1.2.2. El origen de la Economía Social de Mercado

Sobre lo anterior, la abogada Lourdes Flores Nano escribió en su libro *La Economía Social de Mercado* la génesis de este modelo económico.

“El término Economía Social de Mercado aparece en la literatura económica y política haciendo referencia al modelo económico puesto en marcha en la Alemania de posguerra. Bajo ese modelo, seguidores y críticos admiten que esa nación, renació de los escombros de su derrota en la Segunda Guerra Mundial. Por ello, se ponderó el éxito económico como el milagro alemán”³².

Por su parte, Omar Cairo Roldán explica el origen de la Economía Social de Mercado de la siguiente manera:

“La concepción de la Economía Social de Mercado tuvo como fuente a las ideas de los miembros de la escuela económica de Friburgo, desarrolladas en las décadas de 1930 y 1940. Sin embargo, este sistema fue puesto en práctica, en Alemania, recién luego de la Segunda Guerra Mundial. Con la Reforma Monetaria de 1948, que reemplazó al Reichsmark por una nueva moneda denominada Deutsche Mark, Ludwig Erhard, director de la nueva administración económica para las zonas de ocupación occidentales, inició la vigencia-que se extiende hasta hoy-de la Economía Social de Mercado”³³.

³² FLORES NANO, Lourdes. Op. cit, pág. 14.

³³ CAIRO ROLDAN, Omar. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN PERÚ, pág. 1. Fundación Konrad Adenauer, Lima, 1997.

Cairo Roldan nos cita a la escuela de Friburgo. Esta fue una reunión de intelectuales alemanes que bajo de la dirección de Erwin Von Beckerath desarrollaron un concepto denominado ordo-liberalismo, el mismo que consistía en que el Estado debe crear un adecuado ambiente legal para la las actividades económicas de una sociedad y mantener los principios del libre mercado. Estos intelectuales se reunieron en pleno apogeo del gobierno totalitario de Hitler (década de los 30, siglo XX). La escuela de Friburgo se oponía al manejo económico de nazismo y a los monopolios que este propiciaba. El ordo-liberalismo fue el germen que años después derivaría en la economía social de mercado.

En esa línea, Héctor Noejovich en su artículo Ordo-liberalismo: ¿alternativa al neoliberalismo? menciona.

“El ordoliberalismo desembocó en la economía social de mercado que, como sabemos, fue el sustento de la política económica y social alemana luego de la Segunda Guerra Mundial”³⁴.

Ahora bien, conviene exponer las ideas de los juristas considerados los padres del pensamiento de la Economía Social de Mercado. Estos son: Alfred Müller Armack, Walter Eucken y Ludwig Erhard.

Se le atribuye a Alfred Müller Armack la expresión del término Economía Social de Mercado, señalada en si libro *Dirección Económica y Economía de Mercado*, publicado en 1946. La tesis principal de este libro es lograr la simbiosis del principio de libertad de mercado con el principio de la compensación social.

³⁴ NOEJOVICH, Héctor. ORDOLIBERALISMO:¿ALTERNATIVA AL «NEOLIBERALISMO»? , pág. 207. En: Revista Economía Vol. XXXIV, N° 67, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2011.

“En MÜLLER ARMACK puede encontrarse el concepto del orden jurídico como parte del ordenamiento que permite compatibilizar libertad económica y bienestar social, dentro de un sistema económico integrador y generador de paz social”³⁵.

Asimismo, Walter Eucken es el jurista que profundizó el estudio de la economía social de mercado, buscando la diferencia de este modelo frente al liberalismo clásico. Eucken consideró que el Estado debe buscar un orden político y jurídico, que promueva la libre competencia y que se desista de intervenir en la dinámica de la economía.

“En el pensamiento de EUCKEN, encontramos importantes conceptos sobre la función del orden político y jurídico en la economía. Este orden constituye un instrumento necesario para garantizar la libre competencia y de ese modo, la libertad del ser humano”³⁶.

Para el desarrollo de un ordenamiento económico que asegure y promueva la libre competencia, Eucken señaló siete principios constituyentes y cuatro principios reguladores de la economía de mercado.

Al respecto, Lourdes Flores Nano nos señala estos principios constituyentes que garantizan un eficiente desenvolvimiento de la economía social de mercado.

- a. Una estructura de mercado que refleje el verdadero grado de escasez, así como una alta dosis de competencia.*
- b. La estabilidad de la moneda.*
- c. El libre acceso a los mercados (que incluye el libre ejercicio de la actividad económica)*

³⁵ FLORES NANO, Lourdes. Op. cit, pág. 23.

³⁶ *Ibíd*em, pág. 26.

- d. La propiedad privada de los medios de producción.*
- e. La libertad contractual.*
- f. La plena responsabilidad para que la rentabilidad derive del rendimiento.*
- g. Una política económica sistemática y permanente para evitar inseguridad para las personas³⁷.*

Una de las características de la economía social de mercado es la regulación del mercado, En ese sentido, Eucken planteó 4 principios reguladores, que son mencionados en la obra de Lourdes Flores Nano, estas son:

- a. El control estatal sobre los monopolios, Esta política debe impedir el surgimiento de monopolios y carteles, disolver monopolios evitables y a los monopolios inevitables manejarlos en forma análoga a la competencia; es decir, regular los precios de los bienes monopolísticos como si resultaran de la competencia. En este último supuesto, se trata de crear una competencia compulsiva.*
- b. La política de finanzas públicas. Esta política está llamada a corregir la distribución del ingreso a través del impuesto progresivo a la renta.*
- c. El tratamiento legal a la duración del trabajo, la magnitud del trabajo de mujeres y menores de edad y medidas similares para proteger la fuerza del trabajo humano, así como la regulación de otras intervenciones apropiadas para corregir la falta de presión de la planificación individual (la explotación, etc.).*
- d. La fijación del salario mínimo frente a un comportamiento anticoyuntural de la oferta de trabajo³⁸.*

³⁷ *Ibídem*, pág. 25.

³⁸ *Ibídem*, págs. 25-26.

Por otra parte, la doctrina jurídica considera a Ludwing Erhard el impulsor de la aplicación práctica de la Economía Social de Mercado. Erhard fue ministro de Economía del gobierno de Alemania Occidental, después de la Segunda Guerra Mundial. Este gobierno fue liderado por Konrad Adenauer. Erhard consideraba la estabilidad monetaria como una base fundamental de la Economía Social de Mercado.

“Concibió que una economía de mercado puede alcanzar objetivos sociales de bienestar para todos gracias a una política monetaria, financiera y crediticia bajo el régimen de independencia del banco emisor que tenga como objetivo el equilibrio de la Balanza de Pagos, el mantenimiento de la estabilidad monetaria, el crecimiento económico continuo, y el pleno empleo”³⁹.

Erhard fue muy cuidadoso al momento de precisar los alcances de la intervención estatal en la economía. Ralph Zeppernck nos dice que Erhard mencionó:

“El Estado tiene que ser neutral y observar él mismo las reglas de juego”⁴⁰.

De esta manera, podemos identificar al Estado como un árbitro de un partido de fútbol. En ese sentido, el Estado es el que debe respetar las reglas, y que por ser el árbitro no puede jugar en ninguno de los dos equipos que está dirigiendo.

³⁹ *Ibíd*em, pág. 26.

⁴⁰ ZEPVERNCK, Ralph. EL PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, pág. 65. En: ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, Instituto Peruano de Estudios Humanistas, Fundación Hans Seidel, Lima, 2001.

1.2.3. Elementos Fundamentales de la Economía Social de Mercado.

Podemos señalar, recurriendo a los pensadores de la economía social de mercado, que dos son los principios básicos de este modelo económico. Estos principios son: la libertad y la solidaridad, los mismos que se plasmaron en libre competencia y seguridad social respectivamente.

Con base de estos principios, vamos a seguir a Omar Cairo Roldan quien señala los elementos fundamentales de la economía social de mercado desarrollada en Alemania de la postguerra.

“La Libre Competencia en el Mercado.- La gran valoración de la importancia de la libre competencia en el mercado parte del reconocimiento de la legitimidad del afán de lucro del individuo en la actividad económica: El ámbito ideal de la economía es, por ello, el mercado libre, donde se desarrolla la libre competencia. Se le considera el mejor mecanismo asignador de recursos en la economía, pues permite optimizar las decisiones de los agentes económicos, los cuales obtienen la información necesaria a través del sistema de precios. Una expresión de la trascendencia del mercado libre dentro de este sistema es la función que se asigna al Estado para preservar su existencia”⁴¹.

En esta parte encontramos una diferencia fundamental de papel de Estado correspondientes a la Economía Social de Mercado y al liberalismo clásico. En la Economía Social de Mercado, el Estado abandona la actitud *indiferentista* (*dejar pasar, dejar hacer*) respecto de la economía y promueve la existencia de la libre competencia en el mercado. Para cumplir esta tarea, el Estado tiene la legislación que el *ius imperium* le faculta.

⁴¹ CAIRO ROLDAN, Omar. Op. cit, págs. 4-5.

“La Estabilidad Monetaria.- La práctica de la Economía Social de Mercado en Alemania se inició con una medida política y económica destinada a conseguir la estabilidad de la moneda: la Reforma Monetaria de 1948. Esta consistió en el retiro del mercado de una moneda devaluada - el Reichsmark y su reemplazo por otra cuyo valor pudiera en ese momento controlarse: el Deutsche Mark. Otro elemento importante para la estabilidad monetaria fue la creación del Bank Deutscher Laender, que más adelante se llamaría Bundesbank. El ejercicio de esta institución no se encuentra "sujeto a las órdenes impartidas por las otras instituciones políticas o públicas, con la sola excepción de los tribunales"⁴².

De lo enunciado, podemos afirmar que la estabilidad monetaria es un pilar fundamental del modelo de economía social de mercado. Esta se desarrolla cuando los organismos emisores de monedas mantienen su independencia frente a los gobiernos de turno. Distanciándose de esa manera de las recetas económicas propias del liberalismo y del socialismo.

“La Democracia Constitucional.- La libertad política es otro de los elementos fundamentales de la Economía Social de Mercado. Un sistema político distinto a la democracia constitucional frustraría la idea del mercado libre - sustento importante de la Economía Social de Mercado que se realiza en base a las decisiones libres de los agentes económicos. Así lo reconocen en Alemania: “En consecuencia, la democracia por un lado, y por otro, la economía de mercado, son cara y cruz de una misma medalla: “la sociedad libre”.

⁴² Ibídem, pág. 5.

Por eso la explicación del denominado “milagro económico alemán” ha sido presentada por Karl-Hans Hartwig como “la conjunción de un sistema económico y de un sistema político en donde el segundo es la democracia política, el pluralismo político con constitución libre y el primero, la Economía Social de Mercado”⁴³.

Una economía social de mercado no puede funcionar bajo un régimen dictatorial, porque la esencia de este es el control total de las actividades que se desarrollan en una sociedad. Sería impensable e ilógico que una dictadura respete los principios de libertad y seguridad que son los pilares en los que reposa de la economía social de mercado.

“El Ordenamiento Social.- El componente social de la Economía Social de Mercado se plasma en todo un ordenamiento cuya importancia es sustancial para el sistema. No es simplemente un agregado. Tampoco se concreta en la tesis según la cual el carácter “social” de la Economía Social de Mercado obedece a que “todo mercado es social”. Esto quiere decir que la función “social” del Estado no se reduce a la protección de la competencia en el mercado; por el contrario, se extiende hasta la procura de los derechos económicos y sociales de las personas. Este sistema económico significa a la vez un abandono del “todos contra todos” propugnado por el liberalismo manchesteriano temprano y una renuncia al dirigismo estatal en cuanto a las decisiones empresariales y en materia de inversión.

⁴³ *Ibíd*em, págs. 6-7.

La Ley Fundamental, que garantiza la libertad de la iniciativa privada y la propiedad privada, somete estos derechos fundamentales a determinadas condiciones sociales. El elemento más importante de este ordenamiento social es la Seguridad Social”⁴⁴.

Este elemento fundamental de la economía de social de mercado, a nuestro criterio, es la que diferencia a este modelo frente al liberalismo económico. El componente social, no como una mera palabra adherida a la economía de mercado. Sino como un hecho concreto diferenciador. El componente social le da a este modelo “*un rostro humano*”. En ese sentido, el Estado crea leyes sociales, que abarcan desde la seguridad en caso de enfermedad, accidente y vejez hasta los subsidios por hijos (utilizado principalmente en el ordenamiento europeo), vivienda o desempleo. De esta manera, el Estado garantiza unas condiciones de vida mínimas.

Juan Carlos Vera la Torre señala como se ejecuta es componente en la realidad europea:

“En el contexto de la economía social de mercado, se ha aplicado en Europa mediante subsidios a los más necesitados a través de la oferta de servicios, es decir, la provisión de servicios gratuitos o subsidiados por parte de las instituciones del Estado”⁴⁵.

⁴⁴ *Ibíd*em, págs. 7-8.

⁴⁵ VERA LA TORRE, José Carlos. ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO EN LOS SECTORES SOCIALES, pág. 35. ESAN EDICIONES, Lima, 2003.

De esta forma, se busca de elevar los niveles de bienestar, beneficiando a la población de menores recursos. Este componente social de este modelo es muy importante, a pesar que los críticos de este modelo lo puedan llamar asistencialista.

1.2.4. La economía social de mercado en el Perú

Como ya hemos señalado, este modelo tiene su origen en los debates de la *Escuela de Friburgo*, en el contexto de la Alemania nazi (década de los treinta, siglo XX). Finalizada la segunda guerra mundial, se implantó este modelo en Alemania Occidental bajo el liderazgo de Konrad Adenauer. Este modelo se difundió por el mundo en pleno contexto de la guerra fría (1945-1989). En este acápite, expondremos la llegada de este modelo al Perú y su consagración en nuestro orden constitucional.

En efecto, la primera Constitución que consagra el término de *economía social de mercado* es la de 1979. En su articulado 115 mencionó:⁴⁶

*Artículo 115.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una **economía social de mercado**. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.*

Los constitucionalistas Kresalja y Ochoa mencionan sobre la incorporación de la economía social de mercado en el texto constitucional de 1979 lo siguiente:

⁴⁶ La negrita y subrayado es nuestra.

“Desde la perspectiva de nuestro Derecho Constitucional Económico, la incorporación del concepto de «economía social de mercado» es reciente. Su aceptación mayoritaria en la actualidad no puede hacer olvidar que no fue fácil su inclusión en el texto de la Constitución de 1979, y que fue fruto de un acuerdo entre el socialcristianismo del Partido Popular Cristiano que lo impulsó y la socialdemocracia representada por el APRA”⁴⁷.

La consagración de la economía social de mercado en nuestro texto constitucional de 1979 fue criticado, porque hubo un divorcio entre lo enunciado en el artículo 115 y lo desarrollado en todo el texto constitucional. Líneas arriba, cuando expusimos la constitución económica del Perú, señalamos que la doctrina criticaba que la economía social de mercado solo era letra muerta, por el contrario se le podía llamar al régimen económico de 1979: economía mixta de planificación concertada

Aunque, Lourdes Flores Nano opina en contrario al afirmar que esta Carta Constitucional fue utilizada como marco para las reformas económicas desarrolladas por Alberto Fujimori a partir de 1991. En ese sentido, el economista y abogado Luis Gallegos Molina menciona:

“En el Perú, pese a que el concepto de la Economía Social de Mercado estuvo presente en la Constitución de 1979, recién a partir de 1991, se dieron los primeros pasos para organizar la economía de nuestro país bajo los principios de dicha forma de ordenamiento económico (economía de mercado con responsabilidad social o economía social de mercado).

⁴⁷ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit, págs. 355.

Ello, empezó a manifestarse, con la emisión de los Decretos Legislativos N° 701 y 807, que establecieron la primera regulación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Por aquella misma época surgió el Instituto Nacional de Defensa de la Libre Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), creado inicialmente por el Decreto Ley N° 25868”⁴⁸.

Con los nuevos instrumentos legales, Decretos Legislativos N° 701 y 807, el Perú perfecciona la economía social de mercado, en la acepciones de combatir las prácticas monopólicas y promover la libre competencia.

La constitución peruana de 1993, también, consagró el modelo de la economía social de mercado. A diferencia de la Carta de 1979, los postulados económicos de esta *Ley Fundamental* van en concordancia con la teoría desarrollada sobre la economía social de mercado que hemos tratado en esta investigación.

A pesar de que, en el debate sobre el *nomem* del modelo económico se afirmó cuestiones exageradas, la economía social de mercado fue consagrada en 1993. Sobre lo anterior, tenemos las expresiones de Enrique Ghersi, en el diario económico *Gestión*.

“Porque si bien es un tema de debate ideológico, se ha cometido el error de incorporar nuevamente el concepto político de la palabra social”.

⁴⁸ GALLEGOS MOLINA, Luis. LA REALIDAD PERUANA Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, pág. 23. Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima, 2014.

Y advierte que la “palabra social se presta a confusión y puede ser malinterpretada, no como en Alemania donde es una orientación protectora de la economía de mercado; sino que puede utilizarse para justificar la intervención estatal”⁴⁹.

Las normas económicas de la Constitución de 1993, han sido tratadas en el acápite anterior, de la Constitución económica peruana actual, desarrollado líneas arriba.

Ahora bien, la economía social de mercado no un es modelo cerrado. Este modelo está “abierto” a los diferentes cambios que la sociedad puede presentar, allí radica su peculiaridad, no está cerrada a modificación. La economía social de mercado no es defensora del *status quo* de las situaciones de cambiantes que presentan las sociedades.

Al respecto, Marcelo F. Resico menciona que el mismo Müller-Armack concibió a:

“La Economía Social de Mercado como una idea abierta y no como una teoría cerrada. Por un lado, este enfoque permite adaptar el concepto a las condiciones sociales cambiantes. Por otro lado, se pone de manifiesto que la dinámica de la Economía Social de Mercado exige necesariamente una apertura frente al cambio social. Las aplicaciones y adaptaciones conceptuales no deben, sin embargo, contradecir o diluir la idea fundamental del concepto”⁵⁰.

⁴⁹ Declaraciones de Enrique Ghersi. Diario Gestión, 20 de abril de 1993. En: CAIRO ROLDAN, Omar. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN PERÚ, pág. 26.

⁵⁰ RESICO, Marcelo. ¿QUÉ ES LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO? Disponible en: http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte1_13.pdf. Extraído el 29 de octubre de 2017.

En ese sentido, la economía social de mercado que rige en el Perú, puede tener cambios, puede evolucionar o tratar de mejorar, es un modelo perfectible. Para ello, la doctrina ha desarrollado aportes que deben tomarse en cuenta para el buen desenvolvimiento de este modelo económico.

Kresalja y Ochoa, en su libro Derecho Constitucional Económico, mencionan:

“En nuestros días, el concepto de economía social de mercado ya no tiene solo como sus objetivos prioritarios la libertad económica y la justicia social, sino que debe hacer frente a nuevos condicionamientos económicos, sociales y políticos, especialmente el reto ecológico y al reto ético. En lo que se refiere al primer aspecto, el paradigma de la postmodernidad no está dispuesto a hacer de la naturaleza una simple mercancía, y explotarla y depredarla pues de lo contrario se amenaza la existencia de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida en todo el mundo. Ello obliga a promover una forma de producción viable desde el punto de vista social y del medio ambiente. En lo que se refiere al reto ético, diversas iniciativas ciudadanas han protestado en diversa forma sobre las actuales condiciones económicas, sociales y políticas, en virtud de las cuales millones de personas viven en la pobreza e ignorancia extremas, considerándose a la mano de obra como una mercancía. En otras palabras, sin abandonar sus objetivos tradicionales, la tarea de hoy es la construcción de una economía social de mercado con objetivos ecológicos y con fundamento ético”⁵¹.

⁵¹ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit, págs. 3563-357.

Por su parte, Luis Gallegos Molina en su trabajo intitulado *La Realidad Peruana y la Economía Social de Mercado*, propone algunas medidas, políticas y económicas, para avanzar en la construcción idónea de la economía social de mercado en el Perú. Entre las principales, en el plano político, tenemos.

a) Fortalecimiento del Acuerdo Nacional e impulso de la concertación con actores políticos y sociales, respecto al modelo económico a seguir y a los objetivos estratégicos a alcanzar, a efectos de garantizar la gobernanza y la gobernabilidad económica y social en el largo plazo.

b) Reforma del Estado, que haga más eficiente y menos burocrático su accionar, agilizar los procesos de toma de decisiones y simplificar los procedimientos que se siguen en las entidades públicas, principalmente de aquellos ligados a la administración central

d) El diseño y ejecución de una política social de largo plazo que apunte a mejorar la equidad en la distribución de los beneficios del crecimiento económico y que promueva el desarrollo humano⁵².

Gallegos Molina da vital importancia al Acuerdo Nacional, porque es esta la que puede garantizar la continuidad del modelo económico. El Acuerdo Nacional puede conseguir que aunque los gobiernos pasen por el Estado, la política económica debe ser respetada, para que no nos enfrentarnos a un panorama de inestabilidad que se desarrolla cada cinco años que ingresa un gobierno a manejar las riendas del Estado.

⁵² GALLEGOS MOLINA, Luis. Op. cit, pág. 31.

Las medidas económicas que plantea Luis Guillermo Molina son las siguientes:

a) Definir o redefinir los derechos de propiedad de las tierras, la falta de definición de derechos de propiedad no permite transacciones transparentes y equitativas en el mercado y constituyen fuente de conflictos sociales y económicos.

b) Reforma tributaria, es necesario avanzar hacia un sistema tributario que se sustente en impuestos directos, concretamente en impuesto progresivo a la renta. Reduciendo y/o eliminando los impuestos indirectos que gravan de igual manera, inequitativamente, a agentes económicos con capacidad adquisitiva y contributiva diferente.

c) Ley Marco del Empresariado, que unifique los diferentes regímenes que regulan la actividad empresarial en el Perú y que superen cuerpos normativos arcaicos, introduciendo nuevas figuras de actuación empresarial, vigentes en las economías contemporáneas. Facilitar el emprendimiento y el desarrollo empresarial.

d) Ley sobre control de concentraciones empresariales y defensa de la competencia, que garanticen el funcionamiento de la competencia en los mercados y limiten el poder de las concentraciones empresariales en perjuicio de los consumidores y el libre acceso a los mercados⁵³.

1.3. Los Servicios Públicos en el Perú

En este acápite de la tesis, tenemos que exponer si el servicio educativo que se brindan en las instituciones privadas a nivel nacional es un servicio público. Si ese fuese el caso, estaríamos frente a un servicio con tratamiento jurídico especial en el contexto del desarrollo de las reglas de la economía social de mercado.

⁵³ *Ibíd*em, pág. 32.

Abordaremos el tema señalando la definición de servicio público, el tratamiento del mismo en el ordenamiento peruano, y por último si el servicio que se imparte en los colegios privados configura como un servicio público.

1.3.1. Definición de servicio publico

Uno de las dificultades, más saltantes, en el proceso de revisar la literatura referente a la doctrina de servicios públicos, es encontrar una definición precisa del mismo. La definición de servicio público es harto compleja, tanto así que podemos afirmar que puede haber tantas definiciones como países en el mundo⁵⁴. En ese ese sentido, Carlos Baldeón Miranda menciona:

“Debemos resaltar que no existe un concepto unitario, sistemático e integral de aquello que se entiende por Servicio Público”⁵⁵.

Por su parte, el profesor Ramón Huapaya Tapia nos comenta que español José Luis villar Palasí decía que:

“El servicio público, una de las pocas cosas, es más, tal vez la única cosa que sabe de sí mismo, es que se llama servicio público”⁵⁶.

⁵⁴ Afirmamos lo siguiente, porque la doctrina más reciente señala que la decisión de definir el servicio público corresponde a la legislación, en ese sentido cada país del orbe debe señalar lo que entiende por servicio público.

⁵⁵ BALDEÓN MIRANDA, Carlos. LA LIBERALIZACIÓN INCOMPLETA EN EL PERÚ: VIABILIDAD JURÍDICA DE IMPLEMENTAR UN RÉGIMEN AUTORIZATORIO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, pág.65. En: Revista de Derecho Administrativo N° 12, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

⁵⁶ HUAPAYA TAPIA, Ramón. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO PÚBLICO PERUANO, pág. 370. En: Revista Ius et Veritas, N° 50, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015.

Baldo Kresalja y César Ochoa, también afirman lo complejo de la definición de servicio público.

“Debemos anotar que no existe una uniforme y pacífica definición de servicio público como lo comprueba una simple revisión bibliográfica, pues no hay una tesis compartida en la doctrina sino más bien disenso, a pesar de ser un concepto ampliamente utilizado tanto a nivel constitucional como legislativo”⁵⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos señalar el tratamiento que se ha dado a la definición de servicio público desde su aparición en Francia del siglo XX hasta nuestros días.

Fue en Francia del siglo XX, el lugar donde aparece la primera definición de servicio público. Precisamente, fue la escuela de Burdeos, liderado por el jurista León Duguit, la que definió servicio público en un sentido técnico.

“Cualquiera que intente profundizar en el estudio del servicio público, tendrá que remontarse necesariamente a sus orígenes. Tendrá que recurrir a autores franceses de comienzos del siglo XX, como Duguit, Jéze y Bonnard, principales exponentes de la Escuela de Burdeos, quienes fueron los primeros en proporcionar al Derecho una definición del concepto de servicio público en un sentido técnico”⁵⁸.

⁵⁷ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit, pág. 558.

⁵⁸ LAZARTE MOLINA, Jorge. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO PERUANO, pág. 68. En: En: Revista Ius et Veritas, N° 26, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

El primer jurista que definió el servicio público fue francés Léon Duguit⁵⁹, quien como ya hemos señalado perteneció y lideró la escuela de Burdeos. La definición desarrollada por Duguit es la siguiente:

“Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y, porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante”⁶⁰.

Por su parte, el abogado español Joaquín Tornos Mas nos menciona que Duguit manifestó que:

“El servicio público es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”⁶¹.

El profesor Diego Zegarra Valdivia comenta el aporte Duguit de la siguiente manera:

⁵⁹ Léon Duguit fue un jurista francés nacido en Libourne en 1859, fue decano de la Universidad de Burdeos, Fue el pionero en el establecimiento de la noción de servicio público como fundamento. Falleció en Burdeos en 1928.

⁶⁰ Leon Duguit, Manual de Derecho Constitucional. Citado por HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. cit, pág. 370.

⁶¹ TORNOS MAS, Joaquín. SERVICIOS PÚBLICOS Y REMUNICIPALIZACIÓN, pág. 52. Revista de Derecho N° 76, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016.

“La soberanía o el derecho de mandar se constituyó, según Duguit, en una propiedad real, la misma que se manifestaba a través de la Ley, que era la expresión de la voluntad regia. Sin embargo, con el estallido de la Revolución de 1789, esta soberanía regia es sustituida por la soberanía nacional”⁶².

En la línea de la definición de Duguit podemos decir que, el servicio público es la actividad prestacional que desarrolla el Estado, asumiendo de esa manera la responsabilidad de organizar y gestionar la prestación de varias actividades económicas importantes para la sociedad de las cuales el titular es el Estado.

Aunado a lo anterior, la doctrina francesa del siglo XX desarrolló una suerte de principios del servicios público, conocidos como *“Les lois de Rolland”* (Leyes de prestación). Es bueno mencionar que, Rolland fue discípulo de Duguit y que también formó parte de la escuela de Burdeos. Las leyes de Rolland son las siguientes:

a. Continuidad: Este es el primer principio enunciado, tal vez porque es el más importante ya que sin continuidad no hay servicio Público, ni institución alguna, ni un estado. Este principio expresa la exigencia del funcionamiento ininterrumpido del servicio en las condiciones adecuadas a las necesidades de la población, y, se traduce especialmente en la restricción al derecho de huelga (servicios mínimos).

⁶² ZEGARRA VALDIVIA, Diego. DEL SERVICIO PÚBLICO A LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL: LA EVOLUCIÓN DEL SERVICE PUBLIC EN EL SISTEMA JURÍDICO, pág. 18. En: Revista de Derecho Administrativo N° 12, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012

b. Igualdad: Los servicios Públicos son uno de los dominios de aplicación del principio de igualdad, consagrado en el artículo 1º de la Declaración de Derechos de 1879, y por tanto, constituyen uno de los soportes de la República Francesa. En el ámbito de los servicios Públicos el principio de igualdad obliga a quienes los tengan a su cargo, a tratar de la misma manera a las personas que se encuentran en una misma situación de derecho o de hecho, salvo que existan exigencias de interés general relacionadas con la explotación del servicio

C. Mutabilidad.- destinados a satisfacer necesidades, los servicios Públicos son llamados a evolucionar en función de éstas, y también en función de la apreciación que tengan las autoridades públicas del alcance de estas necesidades desde esta perspectiva, el principio de mutabilidad o adaptación, impone el poder de cambiar las condiciones de intervención del servicio sobre base de las nuevas necesidades de interés general, justificando de esa manera el ejercicio de la autoridad administrativa, de los poderes - unilaterales - de ejecución de los contratos administrativos⁶³.

Del aporte de Duguit y de lo desarrollado por la escuela de Burdeos, incluido lo planteado por Rolland, nace lo que se denominó la doctrina clásica del servicio público.

“La doctrina clásica también formuló las reglas de prestación relativas al servicio público, que singularizan el régimen jurídico de la actividad tipificada como tal, las denominadas leyes de Rolland”⁶⁴.

⁶³ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. cit, págs. 24-25..

⁶⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. cit, pág. 375.

De los aportes de la doctrina clásica podemos señalar que ellos consideraron al Estado como una gran cooperativa de servicios públicos que tenían como fin asegurar la convivencia social, para eso tenían un mecanismo que eran la prestaciones de servicios. En ese sentido, el profesor Ramón Huapaya Tapia afirma:

“En un primer momento, Duguit y sus seguidores identificaron al servicio público con la entera actividad administrativa, bajo la idea de que el estado es una gran cooperativa de servicios públicos, dado que el eje del desarrollo del estado era asegurar la convivencia social mediante un sistema de cooperación y de prestaciones, en torno a los servicios públicos impuestos por el estado”⁶⁵.

Esta postura influenció en el derecho francés y en la jurisprudencia del país galo, al concebir al servicio público como la totalidad de la actividad estatal. Por tal motivo, las discrepancias que se desarrollen en el contexto de una prestación de servicio público debían llevarse en un tribunal de derecho público; precisamente, en un tribunal administrativo. El caso más emblemático sobre lo anterior fue el caso “*arret blanco*”⁶⁶.

⁶⁵ *Ibíd*em, pág. 376.

⁶⁶ El caso "arret Blanco" se desarrolló en 1873. Inicia por la demanda interpuesta por el padre de una niña, llamada Inés Blanco, la misma que fue atropellada por un vehículo de propiedad de una fábrica gubernamental de tabacos en Burdeos. La demanda fue interpuesta ante un tribunal civil, se solicitó el pago de una indemnización por la muerte de la menor. Sin embargo, se determinó que la producción de tabacos por parte del Gobierno había sido calificada como un servicio público, y que, por tanto, la demanda debía ser vista bajo las normas del Derecho Público, la demanda debía ser interpuesta ante los tribunales administrativos. Extraído de LAZARO MOLINA, Jorge E. Op. cit, pág. 71.

Posteriormente, en la segunda década del siglo XX, en 1921, se desarrollará la gran crisis de la definición del servicio público, debido al accionar del Tribunal de Conflictos francés en el caso de llamado “*arret bac d'Eloka*”⁶⁷. El pronunciamiento del Tribunal generó el quiebre de la definición de servicio público. De esa manera, se desdibujó lo señalado por Duguit.

*“En un sonado caso conocido como el arret bac d'Eloka, un pronunciamiento del Tribunal de Conflictos ocasionó el quiebre de la teoría del servicio público”*⁶⁸.

En este caso, la autoridad determinó el ámbito de aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, y por consecuencia la competencia de los tribunales administrativos y de los tribunales civiles. En referencia al caso “*arret bac d'Eloka*”, abogado Jorge Lazarte Molina menciona:

*“De esta manera, no obstante hallarse frente a una actividad prestada por el Gobierno que, conforme a la teoría del servicio público, debía calificar como un servicio público, el Tribunal de Conflictos estimó que la justicia ordinaria era competente para resolver la causa, dada la similitud que la gestión del servicio prestado por el Gobierno de Costa de Marfil mantenía con los servicios de transportes ejercidos por el sector privado”*⁶⁹.

⁶⁷ El caso “*arret bac d'Eloka*” se desarrolló en 1920. La embarcación d' Eloka con la cual se prestaba el servicio de transporte en la Laguna el Ebrie (Costa de Marfil, colonia francesa), se hundió en la laguna ocasionando la pérdida de un vehículo de propiedad de la demandante. En razón de ello, Compañía del Oeste Africano solicitó ante el Juzgado Civil de Grand-Bassam una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el hundimiento de la embarcación del Gobierno. El Juzgado elevó la causa ante el Tribunal de Conflictos para su pronunciamiento, quien dando cuenta de la irracionalidad de la teoría del servicio público resolvió que, "(e)fectuando mediante remuneración el traslado de peatones y vehículos de una ribera de la laguna a la otra, la Colonia Costa de Marfil explota un servicio de transporte en las mismas condiciones que un industrial corriente; por consiguiente(...) pertenece a la autoridad judicial (civil) conocer las consecuencias dañosas del accidente invocado". Extraído de LAZARTE MOLINA, Jorge E.Op. cit, pág. 72.

⁶⁸ LAZARTE MOLINA, Jorge E.Op. cit, pág. 72.

⁶⁹ *Ibíd*em, págs. 71-72.

El caso “*arret bac dEloka*” cambió la configuración del servicio público, ya que el tribunal que llevó este caso derivó la competencia de la resolución del conflicto a un juzgado privado, que revuelve temas civiles.

De esta manera, el concepto de León Duguit fue dejado de lado. Se abandonó los postulados clásicos del concepto de servicio público desarrollados a inicios del siglo XX. La doctrina denominó a esto como la crisis conceptual del servicio público, algunos juristas un poco fatalistas lo denominan el fin del servicio público.

“Posteriormente, dentro de la evolución doctrinaria y jurisprudencial vinculada a su desarrollo, cabe anotar que el concepto de servicio público en Francia, ha sufrido varias crisis, debido a la inexactitud de sus alcances, y a la amplitud de sus contenidos. Por ello se habló de crisis del servicio público y hasta inclusive de la “muerte del servicio público”⁷⁰.

Posteriormente, hubo múltiples intentos por reformular el concepto de servicio público. Por último, se concretó la idea que los servicios públicos serían brindados por el Estado, y también por los privados; pero siempre y cuando el Estado otorgue esta labor al privado por medio de una concesión.

“De esta manera, los servicios públicos pasaron a ser entendidos como actividades de especial importancia y necesidad para la población, que eran asumidas por el Gobierno y que, en tal virtud, sólo podían ser prestadas directamente por él, o por los particulares a quienes el Gobierno delegara tal facultad mediante el otorgamiento previo de una concesión”⁷¹.

⁷⁰ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit, pág. 377.

⁷¹ LAZARTE MOLINA, Jorge E.Op. cit, pág. 73.

Esta manera de comprender los servicios públicos se perennizará, a través de muchos años, y seguirá vigente hasta la actualidad. En ese sentido, es bueno señalar los que el maestro Gaspar Ariño dice del mismo:

“Servicio público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva con la cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”⁷².

Además, Sergio A. Valls Hernández nos comenta que Roberto Dromi afirma que:

“El servicio público constituye una prestación de interés comunitario, que explicita las funciones-fines del Estado, de ejecución por sí o por terceros bajo fiscalización estatal”⁷³.

Por su parte, Jorge Lazarte Molina, cuando responde la pregunta ¿Qué es un servicio público?, nos dice

“El servicio público, como tal, es entendido como un concepto instrumental, en virtud del cual el Gobierno mantiene la potestad de autorizar o no su prestación al sector privado. No es riesgoso afirmar, pues, que el servicio público es entendido como toda actividad susceptible de ser explotada económicamente, respecto de la cual el Gobierno cuenta con la facultad discrecional de conceder o no su explotación en el mercado”⁷⁴.

⁷² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios del Derecho Público Económico, Ara Editores, Lima, 2004, Pág. 564

⁷³ VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A. LA NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2654/17.pdf>. Extraído el 30 de octubre de 2017.

⁷⁴ LAZARTE MOLINA, Jorge E. Op. cit, pág. 74.

Es importante, complementar el desarrollo teórico del concepto de servicio público exponiendo los elementos del servicio público.

Al respecto, el abogado mexicano Sergio Valls Hernández señala cinco elementos que debe tener un servicio público:

1. El servicio público debe consistir en una actividad prestacional, es decir, una actividad que tiende a otorgar a otros una ventaja: un bien, un beneficio, etc., de cualquier naturaleza, y, por lo tanto, varía el ingreso de quien lo recibe o disminuye los gastos en que pudiera incurrir en el supuesto de no recibirlo.

2. Esta actividad es asumida por la administración pública de manera expresa y concreta, lo que significa que es reservada en exclusiva en cuanto a la dirección y organización, a un órgano estatal, y que el ejercicio de esa actividad para un particular requiere de autorización previa. En ese sentido, las actividades en las que se permite la concurrencia de particulares sin esta previa autorización no son servicios públicos.

3. La administración pública realiza la actividad de servicio público en forma directa o en forma indirecta; es decir, valiéndose de la concesión. La legislación mexicana no es consistente en la denominación que otorga a esta figura jurídica, puesto que en algunas leyes administrativas emplea el término “autorización”, cuando se refiere a la prestación de un servicio público.

4. El servicio público siempre debe tender a la satisfacción de necesidades de interés público, entendido como interés general. Cabe hacer dos precisiones: la primera, en el sentido de que el término “necesidades” se debe entender en su expresión más amplia, y el concepto de “interés público” o, en este caso, “interés general”, siguiendo las ideas de Gordillo, no es el interés de un conjunto de personas; tampoco es un bienestar general omnipresente o una felicidad imprecisable, sino que es la suma de una mayoría de intereses individuales, coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, del que cada uno puede escindir su interés individual.

5. El servicio público se presta conforme a un régimen de derecho público, especial y propio que lo particulariza e identifica frente a otras actividades administrativas, y cuyas características son su generalidad, uniformidad, continuidad, regularidad, obligatoriedad y subordinación a la administración pública. Por lo tanto, no puede estar sujeto a un régimen de derecho privado en cuanto a su prestación; sin embargo, el sujeto que lo presta sí puede estar sujeto en su creación, integración y funcionamiento al derecho común.⁷⁵.

Conviene concluir el análisis del concepto servicio público afirmando que, el servicio público comprende a las prestaciones que ejecuta el Estado para satisfacer las necesidades de interés público, pudiendo ceder el ejercicio de estas prestaciones al sector privado mediante una concesión.

⁷⁵ VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A. Op. cit pág. 444-445.

1.3.2. La noción de servicio público en el Perú

Después de haber expuesto, el proceso por el que paso el concepto del servicio público en el mundo, nos toca señalar cual es el tratamiento del mismo en el ordenamiento peruano.

En el Perú del siglo XIX y parte del XX, no se desarrolló la producción doctrinaria ni jurisprudencial referente al concepto de servicio público, por tal motivo lo que se conoció fue una simple noción del mismo.

“Cabe referir que en el Perú, la falta clamorosa de una doctrina y jurisprudencia especializada en el derecho administrativo en el siglo XIX e inicios del siglo XX, motivó que apenas se llegue a conocer la idea o la noción de servicio público, pero nunca se logró determinar un concepto jurídico del servicio público, al menos ni durante el último tercio del siglo XIX ni tampoco durante el primero del siglo XX”⁷⁶.

Si, ni la doctrina, ni la jurisprudencia produjeron significativos aportes en el desarrollo conceptual del servicio público. ¿Cuál fue el instrumento que recoge el tratamiento de lo que es el servicio público? El abogado peruano José Carlos Mallma Soto, en un reciente artículo, responde:

“En el caso peruano, es la Ley su principal fuente y la que introduce el término, pero de forma generalizada y, desde luego, sin distinguir entre función pública y servicio público, de manera que el uso de la categoría no refleja inicialmente aquellas actividades a las que se debe otorgar dicho régimen jurídico”⁷⁷.

⁷⁶ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit, pág. 380.

⁷⁷MALLMA SOTO, José Carlos. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CONSUMIDORES DE SERVICIOS PÚBLICOS REGULADOS EN EL PERÚ, pág. 128. En: Gaceta Constitucional N°

Como señala Mallma Soto, es la ley la principal fuente que trata el término de servicio público en el Perú. Se han estudiado las leyes que señalan los servicios públicos que se prestan en el Perú desde la época virreinal hasta nuestros días⁷⁸.

Cabe referir que en el Perú de los setenta, el concepto de servicio público fue utilizado para establecer reservas totales de las actividades que el Estado consideraba estratégicas.

“Llegó la estatización de los servicios de interés público y la nacionalización de empresas privadas en la década de 1970, con ello el Estado consigue concentrar todas las actividades de interés social y revierte la gestión de determinados servicios administrados por las municipalidades a manos del gobierno central, que se encarga de ellas a través de empresas públicas”⁷⁹.

En esta época, las empresas estatales desarrollaron la prestación los servicios públicos para la sociedad peruana. Estas actividades estuvieron amparados en Decretos Ley, que son instrumentos jurídicos que se crean en los gobiernos que no tienen una representación congresal⁸⁰.

118 (octubre), Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2017.

⁷⁸ Al respecto leer el texto de ZEGARRA VALDIVIA, Diego. EL SERVICIO PÚBLICO. FUNDAMENTOS, Editorial Palestra, Lima, 2005. En este texto, el autor estudia el proceso histórico de la aparición de las normas que señalan las prestaciones que comprenden el servicio público. Estudia normas desde siglo XIX hasta el inicio del siglo XXI.

⁷⁹ MALLMA SOTO, José Carlos. Op. cit, pág. 130.

⁸⁰ En el gobierno institucional de las Fuerzas Armadas del Perú (1968-1980), no hubo parlamento peruano. Después del golpe de Estado del 3 de octubre de 1968 se cerró el congreso y no fue reabierto hasta 1980.

Al respecto, Diego Zegarra Valdivia nos señala:

“En esta etapa mediante Decreto Ley N° 17881, de 7 de noviembre de 1969, con la adquisición de las acciones de la ITT en la compañía de Teléfonos, se dispuso el establecimiento de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú (ENTEL-PERÚ) y vía Decreto Ley N° 19538, de 19 de setiembre de 1972, se aprobó la Ley Orgánica de la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Perú (ENAFER-PERÚ), con Decreto Ley N° 19251, de 5 de noviembre de 1972, se crea la Empresa Pública de Electricidad del Perú (ELECTRO-PERÚ) y por Decreto Ley N° 21513, de 6 de agosto de 1976, se creó la Empresa Nacional, de Transporte Urbano del Perú (ENATRU-PERÚ)”⁸¹.

La actividad empresarial del Estado se prolongará, con algunas modificaciones, hasta fines de la década de los ochenta. El Estado no pudo desarrollar la prestación de servicios públicos de forma eficiente, las *leyes de Rolland* no formaban parte del acervo doctrinario de los gerentes de las empresas estatales. José Carlos Mallma nos explica las consecuencias que generó la actividad empresarial de Estado.

“El Estado empieza hacerse tan grande, lo que provocó la burocratización del servicio público y consecuentemente la ineficiencia de la gestión de los servicios. Lo que pone en peligro la continuidad de la prestación, ante una demanda creciente producto de la explosión demográfica, migración del campo a la ciudad y la diversificación y aumento de las necesidades de la población, mientras por otro lado existe una mínima capacidad del Estado de expansión de los servicios públicos, imposibilidad de mejoras

⁸¹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Op. cit, págs. 313-316.

tecnológicas, con tarifas subvencionadas y desde luego mala calidad de los servicios”⁸².

El Estado tuvo que renunciar a su papel empresarial. El estado no podía darlo todo. A fines de los ochenta e inicios de los noventa del siglo pasado, el mundo pasaría por un conjunto de cambios políticos y económicos que repercutirían en el Perú⁸³. Además, del proceso hiperinflacionario que nos dejó el gobierno aprista de Alan García (1985-1990). El Estado peruano adoptaría una nueva política económica, se cambian los marcos jurídicos de los servicios públicos, sustituyéndolos por nuevos modelos de prestación, que alcanzaron su consagración con la promulgación de la Constitución Peruana de 1993.

El profesor Ramón Huapaya Tapia nos dice:

“En tal sentido, luego de la crisis económica corregida a partir de las medidas de ajuste de estructural tomadas sobre la economía para revertir la hiperinflación (circa 1991-1992), se tomó en cuenta la necesidad de someter a revisión el régimen de las actividades donde el estado operaba como empresario o con reservas prestacionales en desmedro de la iniciativa privada...[El Estado tendrá la] necesidad de privatizar la gestión de los servicios y propiciar la liberalización de los sectores catalogados como servicios públicos cuya prestación estaba reservada a la iniciativa estatal”⁸⁴.

⁸² MALLMA SOTO, José Carlos. Op. cit, pág. 130.

⁸³ Estos procesos son: la caída del muro de Berlín, el fin del comunismo soviético, la inflación en Latinoamérica, entre otros. No olvidemos que, una esencia del gobierno soviético era la prestación de los servicios públicos, al caer este modelo el paradigma del Estado que lo daba todo desaparecía.

⁸⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit, pág. 380.

Todo este proceso fue concretado con la dación de la Constitución de 1993, que tuvo entre sus pilares fundamentales las garantías económicas: la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras.

La nueva Constitución ponía un límite a la iniciativa pública con la consagración del principio de subsidiaridad⁸⁵ en materia económica. De esa manera, el Estado ponía un candado para no volver a caer en el error que generó la experiencia empresarial estatal de los años anteriores a la promulgación de nuestra Carta Fundamental de 1993.

En los noventa, los principales servicios públicos fueron privatizados, las prestaciones los brindará el sector privado. En esa situación, el papel del Estado fue crear organismos que regulen las prestaciones de servicios públicos.

“La década de los 90 fue el escenario para el surgimiento de los organismos reguladores de las servicios públicos como el Osiptel, Osinerg y Sunass e incluso Ositran, cuyo objetivo es la regulación económica del servicio público pero a su vez la promoción de la competencia en sus sectores en tanto sea posible”⁸⁶.

Después de haber expuesto el proceso de prestación del servicio público en las últimas décadas, finalizamos este acápite, señalado el concepto de lo que es el servicio público en el contexto peruano actual. Para eso, nos apoyamos en lo afirmado por el jurista Ramón Huapaya Tapia:

⁸⁵ Se entiende por principio de subsidiaridad en sentido estricto la obligación que posee el Estado de realizar actividad empresarial únicamente ante la ausencia de inversión privada en el rubro respectivo, y cumpliendo con los parámetros establecidos por la norma constitucional. Extraído de GUZMÁN NAPURÍ, Christian. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD EMPRESARIAL. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/christianguzmannapuri/2011/03/18/el-principio-de-subsidiaridad-empresarial/>

⁸⁶ MALLMA SOTO, José Carlos. Op. cit, pág. 132.

“Tenemos un concepto objetivo, más técnico, más acercado a la realidad del servicio público como régimen jurídico de derecho público que materializa la intervención estatal en ciertas actividades económicas vitales para la vida en sociedad, intervención que se hace con la finalidad de garantizar el bienestar de la población y la cohesión e integración de la sociedad”⁸⁷.

1.3.3. La educación privada como servicio público

En la línea de desarrollo de nuestra tesis, necesitamos señalar si la educación que se brinda en los centros educativos privados a nivel nacional configura como un servicio público. Antes, debemos saber si la educación en forma general califica como un servicio público.

Para ellos recurriremos, a lo desarrollado por la doctrina del Derecho Constitucional Económico y del Derecho Administrativo.

Los constitucionalistas Baldo Kresalja y César Ochoa, cuando interpretan el artículo N° 58 de la Constitución Peruana mencionan que:

“Cuando el artículo 58 de la Constitución Peruana de 1993 precisa el rol del Estado en el sistema económico y se refiere a los servicios públicos, y los distingue en esa misma disposición de los servicios de salud y educación, se debe interpretar que la Norma suprema se está refiriendo con esa denominación a los servicios públicos económicos, que no deben ser confundidos con servicios sociales”⁸⁸.

⁸⁷ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit, pág. 395.

⁸⁸ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit, pág. 564.

De lo señalado podemos afirmar que hay dos tipos de servicios que se desprenden la interpretación del texto constitucional: los servicios públicos y los servicios sociales. Para Baldo Kresalja y César Ochoa la educación forma parte de los servicios sociales. Esto se puede afirmar porque ellos lo señalan expresamente:

“Este ultimo concepto [se refiere a la cita anterior] comprende a los servicios prestacionales como salud y educación, que entre otros se prestan en concurrencia con la iniciativa privada dentro del sistema económico de economía social de mercado”⁸⁹.

De la lectura de los comentarios podemos interpretar que la educación no es un servicio público propiamente dicho, más bien es un servicio social⁹⁰.

Por su, Jorge Lazarte Molina afirma lo siguiente al momento de calificar el servicio público:

“Creemos, por tanto, necesario que toda referencia subjetiva al concepto de servicio público sea descartada de plano, y se objetivice al máximo el significado de tal concepto, en tanto se trata de un instrumento que permite al Gobierno restringir el acceso de los particulares al mercado, amparado en un criterio discrecional”⁹¹.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ A pesar que los autores, después de exponer el debate si la educación es un servicio público, toman posición por afirmar que los servicios sociales configuran en servicios públicos.

⁹¹ LAZARTE MOLINA, Jorge E. Op. cit, pág. 83.

Para el autor, el servicio público se configura cuando el Estado prohíbe el acceso a los particulares para desarrollar una determinada prestación. Esto quiere decir que, si el Estado no deja que un particular, un privado ejerza su derecho de libertad de empresa en un rubro económico, ese rubro configura como servicio público.

Por ejemplo, un particular, de forma repentina, no puede crear una empresa de energía eléctrica y brindar esa prestación a sus vecinos. No lo puede hacer porque el *servicio público* de energía eléctrica se entrega por medio de una concesión. El monopolio de este servicio lo tiene el Estado y este lo concede por medio de un proceso de concesión.

Veamos ahora el caso del servicio educativo. Para poder brindar el servicio en general no se necesita una concesión, para poder brindar el servicio educativo privado solo se necesita cumplir con algunas disposiciones reglamentarias, pero el acceso al mercado está garantizado por nuestra Carta Constitucional. Cualquier particular puede establecer un colegio particular, el Estado no te lo puede prohibir, el privado estaría en uso de su derecho a la libertad de empresa.

Reforzando lo anterior, Jorge Lazarte Molina señala:

“Un servicio público, que quede claro, es un concepto instrumental, que permite al Gobierno contar con la facultad discrecional de conceder o no la explotación económica de una determinada actividad en el mercado. Así, las actividades que no requieran de una concesión del Gobierno, no serán servicios públicos”⁹².

⁹² Ibídem, pág. 85.

Para que un privado brinde el servicio educativo en un colegio particular no necesita de una concesión, por tal motivo podemos afirmar que el servicio educativo, siguiendo a Jorge Lazarte, no es un servicio público.

El jurista mexicano Jorge Fernández Ruiz, en su texto *El Estado Empresario*, expone el tipo de servicio público impropio:

“Un sector importante de la doctrina distingue los servicios públicos propios de los impropios; los primeros son los prestados, directa o indirectamente por el Estado. Servicios públicos impropios, también llamados virtuales o de interés público, son aquellos que, al igual que los propios, satisfacen las necesidades colectivas, de manera más o menos continua, sin que sea el Estado quien lo preste o conceda, pues sólo lo reglamenta”⁹³.

Bajo este comentario, podemos señalar que el servicio educativo es un servicio impropio porque solo se necesita cumplir con disposiciones reglamentarias para poder prestar el servicio.

El profesor Ramón Huapaya Tapia, bajo el principio de subsidiaridad, distingue dos tipos de servicios públicos:

“Bajo el principio de subsidiariedad hay que distinguir entre actividades prestacionales (servicios públicos sociales) y actividades de garantía estatal (servicio público económico)”⁹⁴.

⁹³ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. EL ESTADO EMPRESARIO, pág.216. Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1982.

⁹⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit, pág. 396.

Huapaya Tapia expone el rol que cumple el Estado frente a un servicio público social y un servicio público económico:

“En los servicios públicos sociales, el estado asume el rol prestacional, aun cuando debe hacerse hincapié en que en tales servicios el estado concurre con el sector privado en su satisfacción. De otro lado, en los servicios públicos económicos veremos al estado Garante en su esplendor, propendiendo y propiciando hacia la prestación privada de los servicios públicos, motivando que la iniciativa privada se oriente a la inversión en los grandes servicios públicos económicos y obras de infraestructura”⁹⁵.

En la línea de lo señalado por Huapaya Tapia, debemos señalar que la educación configura como un derecho público social. El servicio educativo es un servicio público porque en la prestación de *tal servicio el estado concurre con el sector privado en su satisfacción.*

Por su parte, los profesores de la universidad de Florencia: Doménico Sorace y Simone Torricelli mencionan:

“Hoy por hoy, también los servicios públicos son ubicados, como regla, en el ámbito de mercados gobernados por la libre competencia, en atención, por lo general, a la labor de sujetos particulares que actúan persiguiendo finalidades de ganancia”⁹⁶.

⁹⁵ Ibídem, pág. 381.

⁹⁶ SORACE, Doménico y TORRICELLI, Simone. LAS TRANSFORMACIONES DE LA POSICIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA, pág. 13. En: Revista de Derecho Administrativo N° 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008.

Bajo este enfoque, la educación privada sería considerada un servicio público, porque el empresario del negocio educativo ejerce su libertad de competencia y busca una ganancia económica.

En efecto, estamos frente a un debate doctrinario. Por una parte, se considera al servicio educativo como un servicio público y por otra parte no.

Ahora bien, bajo en concepto desarrollado por la doctrina del derecho administrativo, en la que se afirma que la definición de servicio público debe ser desarrollado por el legislador mediante una Ley expresa, obedeciendo a las necesidades de cada sociedad⁹⁷. No nos queda sino preguntarnos si el legislador peruano ha concebido al servicio educativo como servicio público en alguna Ley expresa. La respuesta afirmativa.

En marzo del 2007, el Congreso de la República del Perú debatió y aprobó la Ley N° Ley Nro. 28988 que califica a la educación como un servicio público esencial. Posteriormente, el Legislativo aprueba la Ley N° 29062, Ley que modifica La Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial. Ambas leyes enuncian a la educación como un servicio público.

Al respecto, Álvaro García Manrique señala lo siguiente:

⁹⁷ Los juristas nacionales que afirman lo señalado son: Jorge Danós Ordoñez, Diego Zegarra Valdivia, Victor Baca Oneto, Christian Guzmán Napuri. Entre los juristas internacionales tenemos a Gaspar Ariño Ortiz, José Luis Meilán Gil, José María Souvirón Morenilla, Juan Carlos Cassagne, entre otros.

“Con fecha 12 de julio de 2007, en el marco de la reforma educativa promovida por el Estado, se dictó la Ley N° 29062 que modificó la ley del profesorado en lo referido a la carrera pública magisterial, en diversos aspectos. Entre los puntos novedosos se ha calificado a la educación como un servicio público de carácter esencial”⁹⁸.

Debemos preguntar: ¿en qué contexto se aprueban estos instrumentos jurídicos? Frente a ello, podemos decir que la promulgación de las leyes señaladas se aprobaron en un contexto de huelgas que hacían los profesores, ya que estaban en contra de la reforma magisterial que iniciaba el presidente Alan García, en su segundo gobierno (2006-2011).

Ahora bien, las leyes señaladas serán contradichas por la siguiente afirmación:

“La educación no podrá incluirse como un servicio esencial en la medida que, de no presentarse, no se pondrían en riesgo la vida, la seguridad, ni la salud de las personas”⁹⁹.

Efectivamente, si se suspende el servicio educativo no se pone en riesgo la vida, ni la seguridad de las personas. Bajo este análisis, el legislador promulgó una norma alejándose de las posiciones doctrinarias que catalogan al servicio educativo como un servicio social, impropio o virtual.

Lo bueno de la ciencia jurídica es que, está en constante cambio.

⁹⁸ GARCIA MANRIQUE, Álvaro. LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL, pág.284. En: Revista Actualidad Jurídica N°190, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

⁹⁹ *Ibíd.*

El derecho avanza, acompañando o adaptándose a los cambios que desarrolla la sociedad. En ese sentido, es bueno señalar que la definición de servicio público puede cambiar, esta categorización que el legislador hace sobre la educación, puede derogarse.

En esa línea, el profesor Ramón Huapaya Tapia señala:

“Es éste un trágico destino de la ciencia del Derecho Administrativo. Cuando creíamos tener finalmente, definido y configurado el concepto de “servicio público”, cambia radicalmente el marco socio-político a que aquél respondía y hay que volver a empezar. Y es que sus conceptos son un sub-producto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social; son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos...”¹⁰⁰.

Para finalizar, señalaremos nuestra postura frente esta controversia de aceptar o no al servicio educativo como servicio público. Nuestra posición es que, el servicio educativo no puede ser considerado servicio público, porque no guarda la característica fundamental que aquí hemos señalado que le pertenece a un servicio público: un servicio público lo puede brindar un particular si logra la concesión de parte del Estado. Para brindar el servicio educativo privado en el Perú no se necesita que el Estado otorgue una concesión.

El servicio educativo no es una actividad monopolizada por el Estado, cualquier particular, en el ejercicio de su libertad de empresa, puede abrir un colegio privado y brindar servicios educativos, siempre en cuando cumpla las disposiciones reglamentarias requeridas.

¹⁰⁰ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit, pág. 396.

CAPÍTULO SEGUNDO: DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

La Constitución Política del Perú de 1993, aborda el derecho de Libertad de Empresa en la primera parte del artículo N° 59, ubicado en el *capítulo I “Principios generales” del título III “Del Régimen Económico”*, de la siguiente manera:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”.

De esa manera, el constituyente de 1993 consagró en nuestra Carta Política, el Derecho de Libertad de Empresa, este es considerado un eje importante en el estudio del derecho constitucional económico y que además es materia de la presente tesis.

En concordancia con lo anterior, el profesor y especialista en Derecho de la Empresa, Daniel Echaiz Moreno comenta el artículo 59 de la Constitución de 1993 de la siguiente manera:

“Así se consagra constitucionalmente el principio de la libertad de empresa, pilar fundamental del derecho constitucional económico, lo que se torna más visible respecto a la anterior Constitución Política del Perú (de 1979) cuando, en su artículo 131, prescribía que «el Estado reconoce la libertad de comercio e industria”¹⁰¹.

¹⁰¹ ECHAIZ MORENO, Daniel. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. En: CONSTITUCIÓN, ECONOMÍA Y EMPRESA EN EL PERÚ, pág. 83. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2010.

Dicho lo anterior, podemos afirmar que el constituyente de 1993 buscó garantizar el derecho de la Libertad de Empresa de una forma más clara, con respecto a la anterior Carta Magna de 1979. Afirmamos esto, porque en la Constitución de 1979 el constituyente no estableció, taxativamente, el derecho de libertad de empresa en el cuerpo constitucional. Se reconoció la libertad de comercio e industria (artículo 131) pero no el de Libertad de Empresa específicamente.

Ahora bien, el derecho de la Libertad de Empresa en el Perú forma parte del estudio del Derecho Constitucional, pero en qué campo de la doctrina constitucional encontramos el tratamiento de este derecho.

Precisamente, las normas y los principios que rigen la actividad económica de un Estado se establecen en su Constitución, a estos principios y lineamientos económicos los juristas lo han llamado: Constitución económica. Por esa razón, el derecho de la Libertad de Empresa, al estar relacionado con las actividades económicas que promueve el Estado, forma parte de la Constitución Económica o, también llamado, Derecho Constitucional Económico.

En ese sentido, el jurista peruano Samuel Abad Yupanqui menciona:

“Las Constituciones actuales contienen un conjunto de normas de contenido específicamente socioeconómico, mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado, y se determinan libertades, derechos, deberes y responsabilidades de aquellos y éste en el ejercicio de dicha actividad, a ello se le suele denominar Constitución económica”¹⁰².

¹⁰² ABAD YUPANQUI, Samuel. CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES, pág. 42.

Por parte, Vicente Acosta Iparraguirre define la Constitución Económica de la siguiente manera:

“Es el conjunto de normas de derecho referentes a un sistema económico que están incorporadas en la Constitución del Estado y desarrolladas en normas complementarias”¹⁰³.

Baste lo dicho hasta aquí para afirmar que el derecho de la Libertad de Empresa, al ser uno de los derechos constitucionales que se relaciona con las diferentes actividades económicas que se desarrollan en nuestra sociedad peruana, forma parte de lo que la doctrina constitucional ha denominado: Constitución Económica.

2.2. Contexto histórico en el que se estableció el Derecho a la Libertad de Empresa en nuestra Constitución Política.

La ciencia histórica nos ayuda a explicar cómo ha llegado a ser derecho lo que actualmente recibe valor jurídico. En ese sentido, si necesitamos tratar los derechos fundamentales de 1789 (Derechos humanos de primera generación), tenemos que recurrir al estudio del proceso histórico de la revolución francesa (S. XVIII); si queremos explicarnos cómo los derechos humanos lograron alcance universal, tenemos que estudiar el proceso de la segunda guerra mundial y los primeros años de la postguerra, hasta la dación del documento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 (Derechos humanos de segunda generación).

Tercera edición, Palestra Editores, Lima, 2008.

¹⁰³ ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO. Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003.

Frente a ello, es bueno afirmar que uno o varios derechos se instituyen en un determinado contexto histórico, el Derecho a la Libertad de Empresa también cumple esa regla. No nos queda sino preguntarnos, cuál fue el contexto histórico en el cual se estableció el Derecho a la Libertad de Empresa en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

2.2.1. Situación del Perú a fines de los ochenta e inicios de los noventa el siglo XX

El Derecho a la Libertad de Empresa se establece, por primera vez en el Perú, en la Constitución Política de 1993. Los primeros años de la década de los noventa se vivió un contexto internacional complejo: fin de la guerra fría, caída del bloque soviético, afirmación de liberalismo como modelo económico viable¹⁰⁴.

El gobierno peruano de los noventa buscó reinsertarse al mercado financiero internacional, ya que salíamos de un desastre económico del quinquenio anterior (1985-1990). Además, la política económica mundial había cambiado, ya no había dos superpotencias antagónicas peleándose por mantener su influencia en todos los rincones del mundo. El modelo capitalista había ganado la *guerra fría* y el gobierno peruano, de ese entonces, tenía que alinearse a la política económica preponderante de esa época: el libre mercado. Y en ese sentido, ejecutar las recetas que el *Consenso de Washington* había promovido en 1989¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Al respecto leer el libro de Francis Fukuyama *El Fin de la Historia y el Último hombre*. Editorial Planeta, Barcelona, 1992. Este autor plantea que la lucha de ideologías finaliza con la caída de la URSS dando inicio a un mundo basado en la política y economía de libre mercado.

¹⁰⁵ Se conoce como Consenso de Washington a un conjunto de diez recomendaciones de política económica formuladas en 1989 por el economista inglés John Williamson, que tenían como objetivo orientar a los países en desarrollo inmersos en la crisis económica para que lograsen salir de la misma. El Consenso de Washington estaba formado por el Fondo Monetario Internacional (FMI), por el Banco Mundial y por el Tesoro de Estados Unidos, las tres instituciones con sede en Washington. Las recomendaciones pretendían conseguir aspectos como liberalizar el comercio exterior y el sistema financiero, reformar la intervención del Estado o atraer capital extranjero a los países.

El artículo N°59, donde está regulado el derecho a Libertad de Empresa, de nuestra Constitución de 1993 se explica, porque la situación nacional e internacional, de esa época, ameritaba la creación de normas acordes a los cambios que se estaban desarrollando.

Al respecto, el jurista Carlos Torres y Torres Lara menciona lo siguiente:

“El régimen económico de la Constitución de 1993 es el resultado de hechos concretos: en el campo externo, la internalización de la economía (que obliga a adoptar normas internacionales) y en el campo interno, la explosión demográfica junto con el desarrollo de la informalidad (que obliga a apoyar a la pequeña empresa y al sector agrario)”¹⁰⁶.

Por su parte, el economista y ministro de Economía en los primeros años de la década de los noventa, Carlos Boloña Bher menciona:

“En julio de 1990, cuando el Presidente Fujimori asumió el poder, se decidió normalizar las relaciones financieras internacionales. Debido al nivel de la deuda externa y a la magnitud de los atrasos era imprescindible seguir un enfoque secuencial para resolver el problema de la deuda externa y reinsertarnos en la comunidad financiera internacional”¹⁰⁷.

Extraído de <https://analisisdedesarrollonacional.files.wordpress.com/2009/11/resumen.docx>.

¹⁰⁶ TORRES Y TORRES LARA, Carlos. LA CONSTITUCIÓN ECONOMICA EN EL PERÚ, pág. 31. Desarrollo y Paz Editores, Lima, 1994.

¹⁰⁷ BOLOÑA BHER, Carlos. CAMBIO DE RUMBO, pág. 135. Instituto de Economía de Libre Mercado, 5ta edición, Lima, 1993.

A nivel interno, se desarrollaron políticas de acuerdo a la lógica de la liberalización de la economía. De esa manera, el gobierno de la década de los noventa buscó que el país se recupere del desastre económico dejado por el primer gobierno de Alan García Pérez (1985-1990).

“La liberalización económica, tal como fue aplicada en el Perú, ha sido en muchos aspectos un cambio positivo respecto al triste record de la década de los ochenta. El comienzo de la recuperación en 1993 probablemente se debió tanto al fin de la amenaza revolucionaria de Sendero Luminoso como a la nueva estrategia económica, aunque esta última ayudó a preparar el escenario y sostener la recuperación. Esta ayuda incluyó el éxito en el descenso de la inflación, la restauración del control de las finanzas públicas y la realización de un programa de liberalización comercial”¹⁰⁸.

Nuestra Constitución Política, fue creada en el contexto de la liberalización de la economía de la década de los noventa e influenciado por la recetas del *Consenso de Washington*¹⁰⁹. Después de varios años de intervencionismo estatal en la cuestión económica nacional (década de los 70 y en intento de Alan García de estatizar la banca en los 80) se liberalizó la economía, y la empresa tuvo otra definición.

¹⁰⁸ SHEAHAN, John. LA ECONOMÍA PERUANA DESDE 1950. BUSCANDO UN SOCIEDAD MEJOR, pág. 223. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2001.

¹⁰⁹ Las propuestas del Consenso de Washington fueron: 1. Disciplina presupuestaria. 2. Reorientación del gasto público desde los subsidios indiscriminados a actividades ineficientes hacia la sanidad, la enseñanza primaria y las infraestructuras. 3. Reforma fiscal encaminada a ampliar la base imponible y a mantener tipos marginales moderados. 4. Liberalización financiera (sobre todo en lo relativo a los tipos de interés). 5. Tipo de cambio competitivo. 6. Apertura comercial. 7. Liberalización de la inversión directa extranjera. 8. Privatización de empresas públicas. 9. Desregulación (eliminación de barreras a la entrada y salida en los mercados de trabajo y de productos). 10. Derechos de propiedad garantizados. Extraído de <http://www.lne.es/economia/2011/05/22/decalogo-consenso-washington-fmi-bm/1078297.html>

En ese sentido, se concibe a la empresa como una pieza clave para el desarrollo de la sociedad, sin restricciones, sin la intervención controlista del Estado.

2.2.2. La empresa como factor de desarrollo económico en la década de los noventa

Como todo proceso, la liberalización del mercado y la promoción de la libre actividad del empresariado peruano, no se desarrolló de la noche a la mañana. Tuvo que transcurrir varios años, para que el empresariado peruano pueda gozar plenamente de su derecho de libertad empresarial.

Fue en la década de los noventa, del siglo pasado, en la que se concibió a la empresa como vehículo de desarrollo económico, y también de movilidad social. El peruano tenía el marco jurídico para poder desarrollar empresa. Se formaron grandes empresas, como pequeñas empresas, son estas últimas la que en su mayoría tuvieron una composición familiar.

La promoción de la actividad empresarial que realizaba el Estado, en las década de los noventa, comprendía al empresariado peruano, pero el más débil en este nuevo escenario era la pequeña empresa.

Al respecto, el estudioso de la pequeña empresa peruana, Fernando Villarán hace una reflexión:

“La apertura y las reformas estructurales de los noventa han creado nuevas reglas de juego económico para todo el mundo. Si bien han abierto nuevas oportunidades para las pequeñas empresas también imponen cambios radicales que generalmente no pueden afrontar solas. Si no reciben el apoyo de los actores políticos y económicos de la sociedad”¹¹⁰.

Sobre lo mencionado, los hermanos Chirinos Soto al comentar el artículo 59 de nuestra Constitución de 1993, dicen:

“El artículo bajo comentario confía al Estado una misión igualitaria: la brindar oportunidades de superación a quienes sufran de desigualdad. Se añade que, en tal sentido, corresponde al Estado promover las pequeñas empresas en todas sus modalidades”¹¹¹.

La pequeña empresa recibió el apoyo del Estado, pero fue tan vertiginoso esta promoción que todos querían vender, formar parte del mercado, principalmente como proveedor. Fue tanto ese *animus mercatilis*, ese ánimo de venta, que el comercio tendió a ser informal, se generó un gran comercio ambulatorio en las principales ciudades de nuestro país¹¹².

¹¹⁰ VILLARÁN, Fernando. RIQUEZA POPULAR. PASIÓN Y GLORIA DE LA PEQUEÑA EMPRESA, pág. 33. Ediciones del Congreso de la República, Lima, 1998.

¹¹¹ CHIRINOS SOTO, Enrique y CHIRINOS SOTO, Francisco. LA CONSTITUCIÓN: LECTURA Y COMENTARIO, pág. 152. Editorial Rodhas, 6ta edición, Lima, 2008.

¹¹² Al respecto, Hernando de Soto ha hecho un análisis detallado de este fenómeno en su texto *El Otro Sendero. La Revolución Informal*. Ediciones de 1986, 2006 y 2010.

Precisamente, la mayoría de instituciones educativas particulares creadas en la década de los noventa se formaron bajo esta modalidad: pequeña empresa.

En honor a la verdad, debemos señalar que los colegios privados se establecían en pequeñas casas, corralones, garajes, entre otros. Esto obedecía a muchos factores, uno de ellos, que el peruano quería hacer empresa y el negocio educativo se avizoraba como algo rentable.

Con el paso de los años, estas pequeñas empresas educativas evolucionan y formaron consorcios que, hoy en día, brindan servicios a consumidores a nivel nacional. Hay grandes empresas educativas que migraron de la capital a las provincias del Perú. Así como también, algunas empresas educativas que no emergieron y tuvieron que cerrar.

2.3. Concepto de Derecho de Libertad de Empresa

Ahora bien, ya hemos señalado la ubicación del Derecho a la Libertad de Empresa en nuestro ordenamiento jurídico nacional, y hemos estudiado el contexto histórico que llevó al constituyente de 1993¹¹³ a legislarlo en nuestra Carta Fundacional. Conviene, entonces, señalar los conceptos que se manejan sobre este derecho.

De la revisión de la literatura jurídica referente a la Libertad de Empresa, podemos mencionar a los juristas nacionales que estudian este derecho fundamental.

¹¹³ Es bueno señalar que la mayoría de constituyentes era oficialistas. El Congreso Constituyente Democrático de 1993, estuvo conformado por 80 miembros, 44 de los cuales pertenecían al partido de gobierno.

El jurista peruano Walter Gutiérrez Camacho manifiesta que:

“La libertad de empresa es un mandato constitucional que al mismo tiempo contiene un derecho subjetivo-cuyo titular es toda persona que decida emprender una actividad económica- y una norma que impone al Estado limitaciones en su accionar empresarial. Es, en suma, un derecho exigible frente a los demás particulares y frente al propio Estado”¹¹⁴.

Por su parte, el maestro Marcial Rubio Correa nos dice:

“La libertad de empresa consiste en la posibilidad de manejar libremente la actividad empresarial dentro de los marcos de la Constitución y la ley. La empresa es una entidad que toma decisiones libremente sin ofender al Derecho. Es una libertad específica porque la vida empresarial (aun la de la empresa individual) tiene características requisitos y procedimientos propios que deben ser respetados sobre todo en lo que se refiere a las relaciones socio-empresa; socios entre sí; empresa con otras empresas. Este es un mundo complejo de relaciones y normas que el abogado inmediatamente reconoce”¹¹⁵.

Enrique Bernal Ballesteros, en su libro *La Constitución de 1993*, menciona:

“La libertad de empresa consiste en la posibilidad de crear libremente personas jurídicas dedicadas a actividades lucrativas, en las distintas formas que ellas asumen”¹¹⁶.

¹¹⁴ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. En: *La Constitución Comentada*, Tomo I, pág.817. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

¹¹⁵ RUBIO CORREA, Marcial. ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993, Tomo III, pág. 227. Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

¹¹⁶ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. LA CONSTITUCIÓN DE 1993. ANALISIS COMPARADO, pág. 348. Editora Rao, 5ta edición, Lima, 1999.

El jurista peruano Cesar Landa Arroyo, en su libro *Los Derechos Fundamentales* menciona:

“La libertad de empresa es un derecho fundamental económico que protege la autodeterminación de cualquier persona de desarrollar, en sus variadas formas, actividad empresarial. Ello implica la elección del sector de la actividad económica en donde se va a desarrollar la actividad empresarial y la forma en la que la misma se realizará; el acceso al mercado sin restricciones, realizando actividades lícitas; en libre concurrencia con otros empresarios a fin de competir por las preferencias de los consumidores y usuarios, ello a fin de obtener un provecho económico que redunde en su propio bienestar y el de su entorno, así como en toda la sociedad”¹¹⁷.

El derecho de la Libertad de Empresa en el Perú no ha sido estudiado a profundidad por la doctrina nacional, son pocos los juristas que analizan o estudian este derecho. En la literatura jurídica nacional, revisada para la elaboración de la presente tesis, no hemos encontrado un estudio exegético del Derecho a la Libertad de Empresa, la mayoría de juristas se limitan a conceptualizarlo y no profundizan en el estudio de contenido esencial de este derecho.

¹¹⁷ LANDA ARROYO, César. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, pág.127. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.

2.3.1. La Libertad de Empresa en las resoluciones del Tribunal Constitucional

La fuente jurídica que más ha tratado el Derecho a la Libertad de Empresa, en el Perú, es el de la Jurisprudencia, exactamente la que emite nuestro máximo intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional. En el expediente N° 0008-2003-AI/TC¹¹⁸, el Tribunal Constitucional peruano menciona:

La libertad de empresa “se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios”.

Además, en el expediente N° 3330-2004-AA/TC¹¹⁹, en el Proceso de Amparo, nuestro Tribunal dice:

“La libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual”.

¹¹⁸ Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001 denominado *Suspenden importación de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3,000 kilogramos y de motores, partes, piezas y repuestos usados para uso automotor.*

¹¹⁹ Recurso extraordinario interpuesto por don Ludesminio Loja Mori contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 1 de abril de 2004, que declara infundada la demanda de amparo que interpuso para que se le permita el funcionamiento de la discoteca llamada Calle Ocho.

En la misma línea, nuestro máximo intérprete de la Constitución vierte sus fundamentos en los expedientes N° 1972-2007-AA/TC¹²⁰ y N° 0011-2013-PI/TC respectivamente¹²¹.

La libertad de empresa (...) “es el ejercicio de actividades múltiples que por derecho le corresponde a toda persona natural o jurídica, pero sometida a determinados requisitos, impuestos por ley de manera que cualquier empresa, cuando desea desempeñar alguna actividad empresarial, debe cumplir con los requisitos exigidos legalmente por razones de interés social”.

“La libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades”.

De lo señalado, se aprecia que el Tribunal Constitucional Peruano concibe al Derecho de la Libertad de Empresa como un derecho que faculta a las personas a desempeñar libremente alguna actividad empresarial, con el objetivo de satisfacer las necesidades del mercado.

¹²⁰ Recurso de agravio constitucional interpuesto por Elek Karsay Rizsanyi contra la sentencia expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 239, su fecha 08 de enero de 2007, que declara improcedente la demanda para el funcionamiento de un centro médico privado.

¹²¹ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados, interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte.

2.3.2. La Libertad de empresa como derecho fundamental

En el expediente N° 0011-2013 PI/TC, citado líneas arriba, el Tribunal señala que el Derecho a la Libertad de Empresa es un derecho fundamental. Frente a ello, no nos queda sino preguntarnos si el Derecho a la Libertad de Empresa es, verdaderamente, un derecho fundamental. Para responder lo anterior, debemos señalar que esta pregunta se puede resolverse de dos maneras.

Primera: si estudiamos el Derecho de la Libertad de Empresa, desde una óptica positivista, diríamos que no es un derecho fundamental, alegando que al no formar parte del catálogo de derechos fundamentales de nuestra Constitución (Capítulo I: Derechos Fundamentales de la persona, Título I: de la persona y de la sociedad), no puede considerarse como tal. Segundo: si abordamos el Derecho de la Libertad de Empresa, desde una óptica interpretativa, podemos afirmar que sí es un derecho fundamental, sustentado en:

“Que este derecho tiene estrecha relación con la autorrealización y auto-determinación humana, con la independencia de los ciudadanos de ganarse la vida de forma autónoma respecto del Estado y en última instancia con la dignidad humana”¹²².

En el desarrollo de esta tesis aceptamos la segunda postura, la interpretativa, esto quiere decir que respaldamos la idea que considera al Derecho a la Libertad de Empresa como un derecho fundamental.

¹²² OCHOA CARDICH, César. EL CONTENIDO ESENCIAL Y LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EMPRESA, pág. 22. En Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N° 90, Lima, 2015.

Ahora bien, si seguimos al maestro Luigi Ferrajoli, podemos decir que el derecho a la Libertad de Empresa cumple con las características estructurales que debe tener un derecho para ser considerado derecho fundamental. Estas son: universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución *ex lege* y rango habitualmente constitucional¹²³.

A nuestro parecer, el Tribunal Constitucional para señalar el Derecho de la Libertad de Empresa como un derecho fundamental adoptó la postura interpretativa, y de esa manera, siguió el razonamiento del maestro Luigi Ferrajoli.

2.4. Derecho de Libertad de Empresa en el Derecho Comparado

De la revisión de la literatura jurídica que se produce el derecho internacional, referente al Derecho de Libertad de Empresa, tenemos como los más resaltantes al derecho colombiano y al español.

2.4.1. La Libertad de Empresa en Colombia

En la Constitución Política colombiana de 1991, el derecho a la Libertad de Empresa no forma parte del catálogo de derechos fundamentales, este derecho se encuentra señalado en la parte de los derechos económicos y sociales. En el artículo N° 333, de la Ley Fundamental colombiana, se menciona lo siguiente:

Artículo N° 333: La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

¹²³ Al respecto se puede revisar de Luigi Ferrajoli. *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001 pág. 29-35.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

Nótese en lo anterior, que el derecho a la libertad de empresa no está enunciado de forma taxativa en la Constitución colombiana, sino que de la lectura e interpretación del artículo N° 33 se entiende la presencia de este derecho. Este caso es similar al tratamiento del Derecho de Libertad de Empresa en el ordenamiento peruano, el artículo N° 59 de nuestra Carta Magna no se enuncia de manera directa el Derecho de la Libertad de Empresa, sino que al igual que el derecho colombiano, se considera la presencia de este derecho en nuestro ordenamiento después de la lectura o interpretación del artículo constitucional.

“En el caso colombiano el reconocimiento de la fundamentalidad que se ha dado al derecho de libertad de empresa obedece a un proceso complejo toda vez que, en primer lugar, la libertad de empresa no se encuentra dentro del catálogo ordinario de derechos fundamentales que trae la constitución, a contrario sensu, éste derecho se encuentra imbricado en el título XII superior (artículo 333) que versa respecto de los derechos económicos y sociales”¹²⁴.

¹²⁴ QUIROGA NATALE, Edgar y RUIZ HERNÁNDEZ, ANDRÉS. LIBERTAD DE EMPRESA Y PROHIBICIÓN DE LA RECIPROCIDAD DE CAPITALES EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO ESPAÑOL Y COLOMBIANO. En

Como mencionamos, líneas arriba, el derecho de libertad de empresa (aunque parte de la doctrina colombiana lo denomina principio) no está señalada literalmente en su Carta Política. Esta situación es cubierta por el tratamiento doctrinario que hacen los juristas colombianos. Por otra parte, es bueno comentar que el derecho a la Libertad de Empresa, también es tratado ampliamente por el Tribunal Constitucional de Colombia. En ese sentido, el jurista colombiano, Luis Sabogal Bernal afirma:

“Lo cierto es que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia colombiana se mantiene vigente el principio de libertad de empresa en Colombia, pese a que el constituyente de 1991 haya omitido su consagración expresa en la norma superior”¹²⁵.

2.4.2. La Libertad de Empresa en España

El derecho a la libertad de empresa es tratado en la Constitución Española de 1978 en el Título I de los derechos y deberes fundamentales, capítulo segundo, sección dos, artículo N° 33, menciona lo siguiente:

Artículo N° 38: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Revista Derecho y Sociedad N° 18, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2011.

¹²⁵ SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. NOCIONES GENERALES DE LA LIBERTAD DE MPRESA EN COLOMBIA. En REVIST@ e-Mercatoria Volumen 4, Número 1, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Nótese la diferencia que hay del tratamiento de la Libertad de Empresa en el ordenamiento jurídico español y el colombiano. En España se reconoce a este derecho como un derecho fundamental, ya que está señalado en su Constitución en el Título I que contiene el catálogo de derechos fundamentales, mientras que la Carta Política colombiana, el derecho a la Libertad de Empresa, se encuentra desarrollado en su parte económica.

Por tanto, podemos afirmar que el derecho español es el que mejor desarrolla el estudio del Derecho a la Libertad de Empresa, los españoles le otorgan un carácter de derecho fundamental a esta derecho, tal como lo señalan en su Carta Magna.

En tal sentido, el abogado y estudioso del Derecho Constitucional español, Christian Viera Álvarez escribe:

"La libertad de empresa es un derecho fundamental de enorme trascendencia, tanto por la importancia que supone para el despliegue de la economía de un país la iniciativa particular"¹²⁶.

En el derecho español se ha estudiado el derecho a la Libertad de Empresa con gran profundidad, cosa muy distinta se ha hecho en el derecho latinoamericano. La doctrina española, ha dejado valiosos aportes referentes al contenido esencial del derecho fundamental a la Libertad de Empresa. Así como también, ha estudiado las relaciones de este derecho con otros derechos económicos contemplados en la Ley Fundamental española.

¹²⁶ VIERA ÁLVAREZ, Christian. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y ALGUNOS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO SOCIAL. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6021/6484>. Extraído el 1 de agosto de 2017.

Sobre lo último, el jurista y letrado del Tribunal Español, Luis Arroyo Jiménez menciona:

“Desde la perspectiva de su régimen constitucional, la libertad de comercio representa una manifestación de la libertad de empresa, que el art. 38 CE proclama en los términos siguientes: «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y promueven su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación». La libertad de comercio es, en efecto, una manifestación de la libertad de empresa cualificada por el tipo de actividad económica en cuyo desarrollo se concreta su ejercicio, de ahí que comparta con ésta última los problemas que plantea la integración de su régimen jurídico como, por ejemplo, los relativos a su ámbito subjetivo de aplicación, a las actividades sobre las que se proyecta o al elenco de facultades que integran su contenido”¹²⁷.

Arroyo Jiménez estudia la relación entre el Derecho de Libertad de Empresa y el derecho de libertad de comercio. El tratamiento que le da a estos derechos es como de género a especie, siendo género: la Libertad de Empresa; y especie: la Libertad de Comercio.

La Constitución española de 1978 está próxima a cumplir cuatro décadas de vigencia, tiempo suficiente para que los juristas hayan profundizado el estudio del derecho fundamental de la Libertad de Empresa.

¹²⁷ ARROYO JIMENEZ, Luis. SOBRE LA ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. Disponible en: <http://blog.uclm.es/luisarroyo/files/2013/06/L.-Arroyo-Sobre-la-estructura-normativa-de-la-libertad-de-empresa.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2017.

Como es el caso de la jurista española Elvira López Díaz, quien señala los dos componentes de la libertad de empresa:

“La primera; la libertad para la creación de empresas, sin más limitaciones que las establecidas por leyes. La segunda; el derecho de la empresa, es decir, a la libre dirección de la misma en el marco de la economía de mercado, sin más limitaciones que la que imponga la defensa de la competencia. El contenido esencial de la libertad de empresa exige por un lado la libertad de acceso, de ejercicio y de cesación en el mercado y por otro pone de manifiesto el papel fundamental que la libre competencia asume al permitir el libre juego de los agentes económicos”¹²⁸.

Elvira López, de esta manera, desarrolla una introducción al estudio del contenido esencial del Derecho de Libertad de Empresa, ya que el mejor tratamiento del contenido esencial de este derecho lo desarrollaremos en el acápite siguiente.

Baste lo dicho hasta aquí para afirmar que, dentro del sistema jurídico romano-germánico, el país que más ha estudiado el derecho a la Libertad de Empresa es España. Esto no quiere decir, que países como Francia, Alemania, Italia u otros no hayan desarrollado una sólida teoría, pero al no tratarlo de forma directa en su constituciones no han desarrollado doctrina tan amplia como la española.

¹²⁸ LÓPEZ DÍAZ, Elvira. INICIACIÓN AL DERECHO, pág. 112. Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2006.

2.5. Contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa

Antes de abordar el estudio del contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa, es bueno delimitar qué entendemos por contenido esencial de un derecho fundamental.

En ese sentido, el constitucionalista peruano, José Palomino Manchego escribe lo siguiente:

“Se entiende por contenido esencial de los derechos fundamentales, aquella parte del derecho fundamental que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Es el núcleo duro que permite reconocer al derecho fundamental como tal, y no como otra cosa”¹²⁹.

Por su parte, el profesor de Derecho Constitucional, Luis Castillo Córdova nos dice que el contenido esencial de un derecho humano:

“Se define como aquel conjunto de facultades o atribuciones que hacen que el derecho humano sea ese derecho y no otro diferente”¹³⁰.

Dicho lo anterior, podemos notar que Luis Castillo Córdova menciona el contenido esencial de un derecho humano, y nuestro tema de investigación refiere al estudio de un derecho fundamental.

¹²⁹ PALOMINO MANCHEGO, José. TEMAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, pág. 74. Academia de la Magistratura, Lima, 2000.

¹³⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. EL SIGNIFICADO DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, pág. 146. En: Revista Foro Jurídico N° 13. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.

En este caso no hay incongruencia, ya que Castillo le da el mismo valor al derecho humano y al derecho fundamental, aunado a ello, llamas a los dos anteriores: derecho constitucional.

“Al ser los derechos humanos lo mismo que los derechos fundamentales, hablar del contenido esencial del derecho humano será lo mismo que hablar del contenido esencial del derecho fundamental, contenido que al estar recogido en la Constitución también puede ser llamado como contenido constitucional”¹³¹.

Willman Ruperto Durán Ribera, en su aporte al Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, nos dice:

“Las teorías absolutas parten de la idea de que todo derecho fundamental estaría integrado por una parte nuclear, que sería su contenido esencial y una parte periférica, que sería su contenido accesorio. La primera esfera (el contenido esencial) es, según esta línea de pensamiento, la parte que no admite límite; es decir, se constituye en el límite de la permisión limitadora que le da la Constitución al legislador ordinario. Conforme a esto, la parte nuclear estaría vedada a toda limitación, lo que no ocurre con la parte accesorio, que podría ser afectada por la regulación, pero con la condición de que ello siempre esté debidamente justificado”¹³².

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² DURÁN RIBERA, Willman. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL ESTADO DE DERECHO, pág. 289. En: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Editor Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003.

De lo expuesto, se desprende que el contenido esencial de un derecho, es aquello que no puede ser tocado, ni reducido de un derecho. En el caso que se reduzca el contenido esencial de un derecho, estaríamos hablando de la vulneración del derecho en cuestión.

Para el desarrollo de nuestra tesis es fundamental precisar cuál es el contenido esencial del derecho de la Libertad de Empresa y comprobar si este está siendo reducido por la Ley N° 27665, Ley de Protección a la Economía familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados.

2.5.1. Contenido esencial de la Libertad de Empresa según el Tribunal Constitucional peruano

Para delimitar el contenido esencial de este derecho fundamental recurrimos a la Sentencia N° 3330-2004, emitido por nuestro Tribunal Constitucional, que dice¹³³:

“El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.

¹³³ Sentencia emitida el 11 de julio del 2005 en el expediente N° 3330-2004 sobre Acción de Amparo interpuesta por don Ludesminio Loja Mori contra la Municipalidad Metropolitana de Lima por la negación del otorgamiento de licencia de funcionamiento de la discoteca “Calle Ocho”.

- *En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.*

- *En tercer lugar, está la libertad de competencia.*

- *En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno”.*

Esta sentencia señala, taxativamente, el contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú. Vale la pena señalar que posteriores resoluciones del Tribunal Constitucional, que tratan este derecho fundamental, se apoyan en los fundamentos de esta sentencia. Tenemos los casos de los expedientes: N° 01405-2010-PA/TC; N° 03116-2009-PA/TC y N° 0011-2013-PI/TC que invocan la Sentencia N° 3330-2004.

Nuestro Tribunal Constitucional señala que son cuatro las libertades que constituyen el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa.

2.5.2. Contenido esencial de la Libertad de Empresa en la doctrina nacional y extranjera

Baldo Kresalja y Cesar Ochoa, en su libro *Derecho Constitucional Económico*, afirman que el contenido esencial de la Libertad de Empresa comprende los siguientes ámbitos:

“La libertad de creación de empresa y acceso al mercado; la libertad de organización; la libertad de competencia y la libertad para cesar actividades”¹³⁴.

A nivel internacional, el contenido esencial del derecho a la Libertad de Empresa ha sido tratado, significativamente, en España. En el derecho español, el contenido esencial de Derecho a la Libertad de Empresa es tratado por juristas en base a las resoluciones que emite el Tribunal Constitucional español.

Al respecto, tenemos a Jorge Rodríguez Pérez quien señala que, a la luz de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional español¹³⁵, el contenido esencial de la Libertad de Empresa está compuesto por lo siguiente:

- *La libertad de acceso al mercado y de emprender actividades económicas lícitas. Ello implica la supresión de monopolios y la necesaria interpretación restrictiva del artículo 128.2 CE que permite la reserva de servicios. De otra manera: cualquier agente económico (sea público o privado) puede, en condiciones de igualdad, iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, proyectándose sobre cualquier sector de la economía (a salvo, como he apuntado, los reservados al Estado).*
- *La libertad de ejercicio y permanencia de la actividad empresarial o de gestión empresarial sometida a las leyes de un mercado libre.*

¹³⁴ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Op. cit, pág. 452.

¹³⁵ Entre muchas, por ejemplo: STC 112/2006, de 5 de abril; 181/2009, de 23 de julio; 62/2009, de 9 de marzo; 37/1981, de 16 de noviembre; 83/1984, de 24 de julio; 88/1986, de 1 de julio; 225/1993, de 8 de julio; 127/1994, de 5 de mayo; etc.

El empresario tendrá plena libertad para proceder a la organización interna y externa de su empresa, así como al modo de realización de su actividad económica (si bien, respetando en cualquier caso la ordenación jurídica existente al respecto que puede conllevar la consiguiente facultad de vigilancia administrativa permanente sobre la actividad).

- La libertad de cesación o de salida del mercado: supone el lógico derecho del empresario a dejar de desarrollar en cualquier momento la actividad empresarial llevada a cabo¹³⁶.

Por su parte, Manuel Rodríguez Portugués en su texto *El contenido esencial de la Libertad de Empresa*, menciona lo siguiente:

“Parece que el TC concibe la libertad de empresa como un derecho que se desdobra en dos vertientes: el derecho a iniciar la actividad empresarial y el derecho a sostener en libertad la actividad empresarial. Pese a no referirse expresamente al derecho de cesar en la actividad empresarial, tal posibilidad podríamos entenderla contenida en el derecho a sostener libremente la actividad empresarial, ya que difícilmente ese «sostener podría calificarse como libre si no se tuviera la posibilidad de cesar en el mismo libremente”¹³⁷.

¹³⁶ RODRÍGUEZ PÉREZ, Jorge. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DEL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ESTUDIO SOBRE SU INTERPRETACIÓN Y LAS DIFICULTADES PARA SU DESARROLLO Y APLICACIÓN, págs. 345-346. Tesis Doctoral. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España, 2011.

¹³⁷ RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA, pág.97. En: Revista Derecho y Opinión N° 9. Universidad de Córdoba, España, 2001.

Los juristas españoles, citados anteriormente, concuerdan en afirmar que el contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa está compuesto por tres componentes: el acceso al mercado o libertad de iniciar una empresa; libertad a ejercer la actividad empresarial y la libertad a poder cesar la actividad empresarial.

Como podemos analizar, nuestro Tribunal Constitucional tiene parecido razonamiento que su similar español. Mejor aún, nuestro máximo intérprete de la Constitución Peruana, ha implementado un componente más al contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa, estamos refiriéndonos a la libertad de competencia.

2.5.3. Nuestra posición referente al contenido esencial de la Libertad de Empresa

Conviene, entonces, tomar una posición referente al contenido esencial del Derecho de la Libertad de Empresa. Nosotros nos adherimos al tratamiento que hace el Tribunal Constitucional Peruano, porque consideramos que al abordar la libertad de competencia, además de la libertad de creación, ejercicio y cesación, está haciendo un estudio más completo que el desarrollado por el Tribunal Constitucional Español.

En ese sentido, para efectos de esta investigación, afirmamos que el contenido esencial del derecho fundamental de la Libertad de Empresa está conformado por: la libertad de creación de empresa y acceso al mercado; la libertad de organización; la libertad de competencia y la libertad para cesar actividades.

A continuación, desarrollemos cada uno de estas cuatro libertades que conforman el contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa.

- a) **Libertad de creación de empresa y de acceso al mercado**, es la libertad de emprender actividades económicas, libertad de fundar una empresa y poder insertarse al mercado. Cualquier persona natural o jurídica puede crear una empresa, siempre que cumpla con los requisitos respectivos, y establecerlo en cualquier sector económico del mercado.

- b) **La libertad de organización**, consiste en la libertad del empresario de elegir el nombre, domicilio, tipo de empresa, política de precios, entre otros propios de su actividad interna. En el desarrollo de la presente tesis, esta libertad es vital porque consideramos que la Ley N° 27665 está afectando este derecho, por tal motivo, está vulnerando el contenido esencial de la Libertad de empresa.

- c) **La libertad de competencia**, es el derecho del empresario de desarrollar sus actividades en un campo de pluralidad de ofertas, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda.

- d) **La libertad para cesar las actividades**, es el derecho del empresario de poder cerrar una empresa en el momento que este lo crea más oportuno. Para el goce de este derecho el empresario debe hacerlo mediante procedimientos legales obligatorios, a fin de proteger a trabajadores, acreedores y terceros que estén vinculados a la empresa que ha destinado a cerrar.

Es bueno señalar, que para efectos del tema de nuestra tesis, que el derecho de organización o gestión (forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa) que tiene el empresario se relaciona con las facultades que tiene este para suscribir contratos, resolverlos, para suspender sus servicios frente a un incumplimiento contractual, etc.

**CAPÍTULO TERCERO:
ESTUDIO DE LA LEY N° 27665,
LEY DE PROTECCIÓN A LA ECONOMÍA FAMILIAR RESPECTO AL PAGO DE
PENSIONES EN CENTROS Y PROGRAMAS EDUCATIVOS PRIVADOS**

La Ley N° 27665, que el legislador denominó *Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados*, fue publicada en el diario El Peruano, el 9 de febrero del 2002. Con esta norma el Estado regula la relación de consumo entre el padre de familia y el proveedor (promotor) de servicios educativos privados.

Para comprender cómo el Estado regula las relaciones de consumo de servicios educativos privados, tenemos que recurrir a los antecedentes, en este caso estudiar la génesis de este servicio: la Educación Básica Regular en su modalidad particular o privada.

3.1. La Educación Básica Regular Privada

La Educación que se brinda en los colegios particulares de nuestro país tiene todo un marco normativo propio, que va desde nuestra Ley de leyes (Constitución Política de 1993), leyes generales (Ley General de Educación N° 28044) hasta normas especiales, como es el caso de la Ley N° 27665, que es materia de nuestra presente investigación.

3.1.1. La Educación Básica Regular Privada en la Constitución de 1993

El Derecho a la Educación es tratado en nuestra Carta Política de 1993, en el artículo N° 13, de la siguiente manera:

“La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.

Con referencia al postulado: *Los padres de familia tienen derecho de escoger los centros de educación*, Max Salazar Gallegos dice:

“Los padres de familia eligen conforme a su criterio, y es propio asegurar que esa elección también es libre. Por lo tanto, se presume conformidad con la política de enseñanza de la institución, siempre y cuando se haya proporcionado de manera previa la información necesaria para elegir. Nuevamente, el Estado debe garantizar que el ciudadano pueda elegir a comodidad”¹³⁸.

Dentro de la facultad que tiene el padre de familia para elegir el centro educativo, este puede optar por matricular a su hijo en una institución pública o privada. Si a la persona no le satisface alguna institución elegida, puede optar por cambiar de institución educativa, de esta manera el Estado garantiza la libre elección y libre traslado de los alumnos.

En el tercer párrafo del artículo 15º de nuestra Constitución Política, el constituyente se pronuncia sobre el derecho que tienen las personas para poder crear instituciones educativas, en este enunciado se infiere que estas instituciones pueden ser privadas.

¹³⁸ SALAZAR GALLEGOS, Max. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA. En: La Constitución Comentada, pág. 463. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2005

El párrafo en comentario dice:

Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a Ley.

Al respecto, el constitucionalista peruano Enrique Bernalles Ballesteros comenta:

“El párrafo final (del artículo N° 15 de la Constitución Peruana), que garantiza la libre iniciativa en la promoción y conducción de instituciones educativas como entidades de propiedad privada -que pueden ser transferidas como bienes de oferta y demanda conforme a ley-, es expresión de la concepción liberal y de mercado que el constituyente ha pretendido dar a todo aquello en lo que pueda haber inversión privada autorizada por la Constitución. En este caso, la norma alcanza a la educación. Por su expresión, esta libre iniciativa alcanza a todos los niveles y modalidades. La legislación que el mismo párrafo final exige, deberá regular las condiciones en que estas inversiones y transferencias se realizan, sobre todo, para garantizar que la calidad educativa prime sobre la pretensión de lucro que el párrafo ampara -sin decirlo expresamente- para el inversionista que decida poner recursos en este ámbito”¹³⁹.

De lo señalado, se desprende que el Estado peruano permite al privado la creación de instituciones educativas privadas a nivel nacional. Por esa razón, podemos afirmar que las instituciones privadas que brindan servicios educativos tienen tratamiento constitucional.

¹³⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Op. cit, pág. 222.

Precisamente, el último párrafo del artículo 15 de nuestra Carta Magna aprueba el derecho que tiene un promotor de promover la creación de instituciones educativas privadas, conducir o administrar; así como poder transferir la propiedad de los mismos. El párrafo en comentario justifica la actividad económica que ejercen los promotores de servicios educativos en instituciones educativas privadas del Perú.

3.1.2. La Educación Básica Regular Privada en las Leyes N° 28044, Ley General de Educación; N° 26549, Ley de los Centros y Programas Educativos Privados y el Decreto Legislativo N° 882, Ley de Promoción de La Inversión en la Educación

La Ley General de Educación N° 28044, que fue promulgada el 28 de julio de 2003, se encarga de normar el servicio educativo peruano. En el caso de las instituciones educativas privadas, el artículo N° 72 menciona lo siguiente:

“Las Instituciones Educativas Privadas son personas jurídicas de derecho privado, creadas por iniciativa de personas naturales o jurídicas, autorizadas por las instancias descentralizadas del Sector Educación. El Estado en concordancia con la libertad de enseñanza y la promoción de la pluralidad de la oferta educativa, reconoce, valora y supervisa la educación privada”.

Efectivamente, las Instituciones Educativas Privadas son personas jurídicas del Derecho Privado, pero necesitan autorización del sector público para su funcionamiento. En el caso limeño, las autorizaciones de funcionamiento de estas instituciones las otorgan las Unidades de Gestión Educativa Local (UGEL) y a la Dirección Regional de Lima Metropolitana (DRELM).

La Ley General de Educación señala, en su artículo N° 68, las funciones del servicio educativo en general. En el caso de las instituciones privadas, estas deben cumplir las funciones generales, del artículo señalado, y además, otras funciones en particular. El artículo N° 72 de la Ley en comentario nos dice:

“En lo que les corresponda, son funciones de la Institución Educativa Privada las establecidas en el artículo 68°. Sin perjuicio de ello: a) Se constituyen y definen su régimen legal de acuerdo a las normas vigentes. b) Organizan y conducen su gestión administrativa y económico-financiera, estableciendo sus regímenes: económico, de pensiones y de personal docente y administrativo. c) Participan en la medición de la calidad de la educación de acuerdo a los criterios establecidos por el Instituto de Evaluación, Acreditación y Certificación de la calidad educativa. d) Garantizan la participación de los padres de los alumnos a través de la Asociación de Padres de Familia, e individualmente, en el proceso educativo de sus hijos”.

Asimismo, la Ley de los Centros y Programas Educativos Privados N° 26549, fue promulgada, el 30 de noviembre de 1995, con el objetivo de regular las actividades de los centros y programas educativos privados del país. La Ley N° 26549 desarrolla lo señalado por nuestra Constitución (artículos 13° y 15°) y lo mencionado en La Ley General de Educación N° 28044 con respecto a la educación privada.

Además, la Ley N° 26549, norma el procedimiento que se debe desarrollar para la autorización de funcionamiento de una institución educativa privada; las funciones de los directores o consejos directivos; la participación de los padres de familia; la supervisión y control de parte del Estado. Así, como también las sanciones de las que son pasibles los colegios privados.

Adicionalmente, el 8 de noviembre de 1996, fue promulgado el Decreto Legislativo N° 882. Esta norma establece condiciones y garantías para promover la inversión de servicios educativos, con la finalidad de contribuir a modernizar el sistema educativo y ampliar la oferta y la cobertura del mismo.

El estudio de esta última norma es muy importante porque nos permite comprender el porqué de la existencia de gran cantidad de instituciones educativas privadas a nivel nacional. El Decreto Legislativo N° 882 promovió la creación de colegios privados, el empresario y pequeño empresario apostó por este rubro económico. Dicho lo anterior, tenemos que señalar cual fue el contexto en el cual se emitió el Decreto Legislativo que promueve la inversión en el sector educación.

Al respecto, debemos mencionar que en la década de los noventa, en el contexto de la liberalización de la economía nacional¹⁴⁰, el gobierno de turno promovió la actividad del sector privado en diferentes campos de la economía nacional.

En ese sentido, se promulgaron los las siguientes normas: Decreto Legislativo 709 de 1991, Ley de promoción a la inversión privada en predios para arrendamiento; Decreto Legislativo 708 de 1991, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero; Decreto Legislativo 717 de 1991, Elimina el procedimiento de inscripción en el registro único de proveedores del Estado para facilitar la inversión privada; Decreto Legislativo 727 de 1991, Ley de Fomento a la inversión privada en la construcción; Decreto Legislativo 730 de 1991,

¹⁴⁰ Siguiendo las recetas del Consenso de Washington, que ya hemos señalado.

Dicta normas complementarias sobre la inversión privada en el sector hidrocarburos; Decreto Legislativo 750 de 1991, Ley de Promoción de las inversiones en el Sector Pesquero; Decreto Legislativo 757 de 1991, Aprueba la ley marco para el crecimiento de la Inversión privada; Decreto Ley 26095 de 1992, Modifica las normas que regulan la Promoción de inversión privada en Telecomunicaciones; Decreto Legislativo 782 de 1993, Aprueba beneficios tributarios para la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado, entre otros¹⁴¹.

La actividad empresarial del sector educación no fue ajena a este proceso de promoción de la inversión privada que desarrolló el Estado. Es por ello, que el 8 de noviembre de 1996 se promulgó la Ley de Promoción de La Inversión en la Educación (Decreto Legislativo N° 882).

El Decreto Legislativo N° 882 fue promulgado un año después de la Ley de los Centros y Programas Educativos Privados N° 26549. El objetivo que se buscó al promulgar el Decreto N° 882 fue la de complementar la Ley N° 26549, esta Ley menciona que las instituciones Educativas Particulares pueden organizarse bajo las formas del derecho común y en cualquier régimen societario. De tal manera, que las instituciones educativas privadas pueden ser: personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro y/o personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro.

Vale resaltar que el Decreto Legislativo N° 882, en su artículo N° 23 señala los beneficios arancelarios que gozan las instituciones educativas particulares:

¹⁴¹ Este paquete normativo se creaba en concordancia con el modelo de economía social de mercado y el nuevo concepto de servicios público. Ambos desarrollados en el capítulo 1 de esta tesis.

Las Instituciones Educativas Particulares o Públicas estarán inafectas al pago de los derechos arancelarios correspondientes a la importación de bienes que efectúen exclusivamente para sus fines propios (Artículo 23).

En ese sentido, el gobierno promulgó el Decreto Supremo No 046-97-EF, que señala la relación de bienes y servicios *inafectos* al pago del impuesto general a las ventas y de derechos arancelarios por parte de las instituciones educativas particulares o públicas¹⁴².

3.2. Algunos factores que influenciaron en la aparición de Servicio Educativo Privado en Lima

Debemos afirmar, que la incesante aparición de los colegios privados en Lima, en la década de los noventa del siglo XX, obedeció principalmente a tres factores: la explosión demográfica, el marco constitucional que permitió al empresario insertarse en el negocio educativo y la mala calidad del servicio educativo del Estado.

3.2.1. La explosión demográfica

La explosión demográfica que se desarrolló en la década de los noventa en nuestra capital. Este aumento poblacional capitalino se generó, entre otros factores, por la migración del campo a la capital que desarrollaron muchos compatriotas que huían de sus tierras, debido al fenómeno violentista que se

¹⁴² Este Decreto Supremo desarrolla un listado de 365 bienes, que van desde las tizas y rompecabezas hasta aparatos de ozonoterapia, oxigenoterapia, electrocardiógrafos, aparatos respiratorios de reanimación y demás aparatos de terapia respiratoria, entre otros.

desarrollaba en nuestra zona andina¹⁴³.

“Los movimientos terroristas iniciados en la década de 1980. Los dos grandes movimientos subversivos que causaron tanto daño al país en las décadas de 1980 y 1990, obligaron a muchos pobladores del campo a abandonar sus tierras en busca de la sensación de seguridad que les ofrecía la capital”¹⁴⁴.

El Instituto Nacional de Estadística e Informática, cuando expone los datos del censo de 1993, afirma:

“La población de las ciudades evidencia un rápido crecimiento. Se advierte la presencia de 32 ciudades que en 1940 representaban más del 18% de la población nacional y en 1993, superan el 50%. Es decir, más de la mitad de la población del país se distribuye en apenas 32 localidades urbanas”¹⁴⁵.

La ciudad de Lima, comprendía ese universo de localidades urbanas que recibían incesantes números de compatriotas que buscaban un futuro mejor para los suyos. Lima estaba creciendo, según la información proporcionada por el INEI los habitantes de la capital en 1940 era de 645,172, mientras que con el censo de 1993 se arrojó que la población limeña estaba compuesta por 6,321,173 habitantes.

¹⁴³ Al respecto leer el libro MATOS MAR, José. DESBORDE POPULAR Y CRISIS DEL ESTADO (20 años después). Fondo editorial del Congreso del Perú. Lima, 2004.

¹⁴⁴ DESARROLLO DE LOS CONOS DE LIMA. Disponible en: <https://grupo4cultura.wordpress.com/>. Extraído el 2 de noviembre de 2017.

¹⁴⁵ Instituto Nacional de Estadística e Informática. EL CRECIMIENTO DE LAS CIUDADES, Disponible en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0018/cap31002.htm. Extraído el 2 de noviembre 2017.

El empresario peruano vio ese aumento poblacional como una gran oportunidad para invertir en el sector educativo, y brindar el servicio. Desde un óptica prestacional podemos afirmar que de esta manera el empresario de la educación privada apoyaba al Estado Peruano a brindar cobertura de servicio educativo en nuestra capital.

Nuestra ciudad de Lima tenía, según el Censo de 1993, seis millones y medio de habitantes aproximadamente, de los cuales dos millones, aproximadamente, asistían a un centro de enseñanza.

3.2.2. El marco constitucional de 1993

Como ya se ha señalado, en el primer capítulo de esta tesis, el Estado peruano adoptó el modelo de la economía social de mercado. Aunado a ellos los servicios sociales pudieron ser prestados por particulares, el ordenamiento jurídico permitió el inicio y desarrollo del negocio educativo privado.

Por otra parte, los padres veían el ingreso de sus hijos a las instituciones educativas como un mecanismo de progreso familiar. Aunado a ello, el sueño de la ansiada movilidad social se concretaba con un hijo que tenía una mejor educación, y según se pensaba en esa época, solo se lograría estudiando a un colegio privado. Sobre el mismo, comenta el historiador económico peruano Luis Ponce Vega dice:

“La educación en la escuela privada podría ser vista como una inversión rentable. Aquellas personas que se encuentran actualmente trabajando y que asistieron a escuelas privadas tendrían, durante toda su vida, ingresos mayores que los individuos que recibieron su educación en el

sistema público”¹⁴⁶.

En ese apogeo de aparición de instituciones educativas privadas, se formaron todo tipo de colegios privados: grandes, medianos, pequeños; de alta calidad, de baja calidad; en excelentes instalaciones, en pésimas instalaciones, etc.

Es cierto que se implementaron casas, cocheras, corralones, entre otros, para brindar el servicio educativo privado, esto se debía a la demanda del servicio y además era el Estado el que lo permitía.

El Estado peruano no podía garantizar el servicio educativo a la gran cantidad de población, debía apoyarse en el sector privado y permitir algunas licencias, principalmente, al pequeño empresario educativo.

El ingreso de los alumnos al sistema escolar privado sigue desarrollándose de manera significativa. Al respecto Milagros Berríos escribe:

*“En el 2000, el Perú reportaba un 14% de alumnos de escuelas privadas en todos los niveles y 11 años después, en el 2011, registró casi el doble (25%), según revela el estudio "América Latina después de PISA", del investigador Axel Rivas, del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC). En el caso peruano, este aumento porcentual representó una gran transformación, pues el país pasó a ubicarse por encima del promedio de la región”*¹⁴⁷.

¹⁴⁶ PONCE VEGA, Luis. LA ECONOMÍA DEL PERÚ CONTEMPORANEO: GOBIERNO DE FUJIMORI. En: Compendio Histórico del Perú, Tomo VII, pág. 538. Editorial Milla Batres, Lima, 1998.

¹⁴⁷ BERRÍOS, Milagros. EN 11 AÑOS CASI SE DUPLICÓ EL NÚMERO DE ALUMNOS DE COLEGIOS PRIVADOS. En: Diario La República, 31 de agosto de 2015.

En los últimos años se sigue incrementando la cantidad de alumnos que ingresan en el sistema educativo escolar privado, motivo por el cual también se desarrolla el aumento de instituciones educativas privadas. Como señala Axel Rivas, estamos por encima del promedio de la región.

En la actualidad, no todo es perfecto en la actividad empresarial que desarrollan los empresarios educativos. Principalmente, el pequeño empresario educativo es pasible de sanciones económicas de parte de INDECOPI y además, corre el riesgo de quebrar debido a la irresponsabilidad de muchos padres de familia que no pagan sus cuotas de enseñanza por el servicio recibido.

En el desarrollo de esta tesis, analizaremos si la Ley N° 27665 contribuye al buen desenvolvimiento económico de las instituciones educativas privadas o las perjudican, vulnerando de esa manera el derecho fundamental de la Libertad de Empresa.

3.2.3. La mala calidad del servicio educativo del Estado.

En la década de los noventa, del siglo pasado, el servicio educativo que brindaba el Estado es considerado de mala calidad. Al respecto, señalaremos las evaluaciones, nacionales e internacionales, que se aplicaron a los estudiantes en esta década. En ese sentido, Elliana Ramírez Arce de Sanchez Moreno en trabajo *Estudio sobre la educación para la población rural en Perú* nos dice:

“En noviembre de 1996 se aplicó la Primera Prueba Nacional de Rendimiento Estudiantil de lenguaje y matemática [llamada evaluación CRECER] a una muestra del cuarto grado de primaria, en algo más de 1 500 centros educativos polidocentes de todo el país, y a 45 mil 771

alumnos. Los promedios nacionales de Lenguaje y Matemática alcanzaron respectivamente 49,7% y 45,4% de logro. La escuela rural tuvo el menor puntaje.”¹⁴⁸.

De lo anterior, podemos señalar que el nivel educativo de los alumnos no llegaba ni a la mitad del nivel de medición. Si cambiamos la medición estadística de esta prueba en la escala del 0 a 20, donde 0 es 0% y 20 es 100%, podemos afirmar que el promedio de la muestra es menor de 10. La prueba nos arroja que el promedio de los alumnos evaluados jaló en la evaluación.

La evaluación CRECER se tomó por segunda vez en 1998, se evaluó a alumnos de los niveles de primaria y secundaria; los de gestión pública y privada. La población de total fue de 68 mil alumnos evaluados.

“Al emplearse un modelo de normas que brinda información de logros relativos y no absolutos, los resultados se interpretan en términos de qué grupos están mejor o peor relativamente, y no, cuáles son “aprobados” o “desaprobados” 28. Entre los principales resultados de CRECER 1998 se encontró que: i) los puntajes en lenguaje y matemática están altamente correlacionados; ii) no aparecen diferencias sistemáticas entre hombres y mujeres en de estas áreas; iii) los puntajes de estudiantes de centros educativos no estatales fueron superiores a los de centros estatales; iv) algunos departamentos consistentemente aparecen en el grupo de menores puntajes en todos los grados y áreas evaluadas”¹⁴⁹.

En esta segunda evaluación nótese que, se afirma que los alumnos evaluados que pertenecen a los colegios no estatales (léase privados) fueron superiores a los de centros estatales.

¹⁴⁸ RAMÍREZ ARCE DE SANCHEZ MORENO, Elliana. ESTUDIO SOBRE LA EDUCACIÓN PARA LA POBLACIÓN RURAL EN PERÚ. Disponible en: <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/351.pdf>. Extraído el 5 de noviembre de 2017.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

A nivel internacional, en 1997 la Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe (OREALC) de la UNESCO evaluó a trece países americanos, incluidos el Perú, se evaluó a alumnos de los colegios públicos y privados.

“En los resultados del Perú se observó como tendencia promedio que los estudiantes de la megaciudad obtuvieron puntajes por encima de los urbanos y rurales, y que los urbanos superaron a los rurales en ambas áreas y grados. Además se encontraron mejores resultados entre los estudiantes de centros educativos privados, por encima de sus pares que asisten a centros públicos. Esta evaluación ubicó a Perú en antepenúltimo lugar en lenguaje y último lugar en matemática”¹⁵⁰.

De lo anterior, se señala que, a pesar de no lograr puntajes favorables a nivel internacional, hay diferencia entre las notas que logran los alumnos de colegios privados y los de colegios públicos.

Efectivamente, el padre de familia comparaba entre el nivel de un colegio privado y uno público y apostaba por el primero. Lo anterior, contribuyó a la creación de gran número de colegios privados, no solo en Lima, sino también a nivel nacional.

3.3. Antecedentes de la Ley N° 27665

3.3.1. La Ley de los Centros Educativos Privados Ley N° 26549

El antecedente más remoto, de la Ley N° 27665, lo tenemos en la Ley de los

¹⁵⁰ *Ibídem.*

Centros Educativos Privados Ley N° 26549 (Publicado el 1 de diciembre de 1995). En esta Ley, se norman los temas referentes al pago de pensiones y su forma de cobrar; en su artículo N°16 dice:

Los centros educativos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los usuarios al pago de las pensiones. Los usuarios no podrán ser obligados al pago de sumas o recargos por conceptos diferentes de los establecidos en esta Ley. Sólo por resolución de la autoridad competente del Ministerio de Educación se autorizarán cuotas extraordinarias, previa verificación de los motivos que diesen lugar a éstas.

Precisamente, el artículo N°16 de la Ley N° 26549 fue modificada por la Ley N° 27665, Ley de protección a la economía familiar respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados, el 8 de febrero del 2002.

3.3.2. Los Decretos Supremos ED N° 004 y N° 011 de 1998

Asimismo, el 8 de febrero de 1998 el gobierno emitió el Decreto Supremo N° 004-98-ED, llamado *Reglamento de Infracciones y Sanciones para Instituciones Educativas Particulares*. En el artículo N° 4 de este Decreto, se establecían los tipos de infracciones y las sanciones económicas que recaían en las instituciones privadas infractoras:

“Las instituciones educativas particulares que incurren en infracciones de carácter pedagógico, institucional y/o administrativo son objeto de las siguientes sanciones administrativas, según corresponda: a) INFRACCIONES LEVES: Amonestación o multa no menor de una UIT ni

mayor de 10 UIT. b) INFRACCIONES GRAVES: Multa no menor de 10 UIT ni mayor de 50 UIT. c) INFRACCIONES MUY GRAVES: Multa no menor de 50 UIT hasta 100 UIT, suspensión o clausura definitiva”.

En el artículo N° 6, del Decreto en comentario, se trataba específicamente el tema del pago de las pensiones de enseñanza y la prohibición de práctica intimidatorias al momento de tratar de cobrarlo. Este tipo de actos fue catalogado como infracción grave, pasible de una sanción económica de hasta un monto de 50 UIT (unidad imposición tributaria).

Artículo N°6: Constituye infracción grave, toda acción u omisión que contravenga las obligaciones, prohibiciones y demás normas específicas aplicables a las instituciones educativas particulares y que por su naturaleza atente contra la formación o afecte los intereses del alumno, tales como:

e) Condicionar la evaluación del alumno al pago de pensiones, lo que no afecta el derecho de la institución educativa a retener los certificados correspondientes a períodos no pagados o a aplicar las demás medidas previstas en su reglamento, respecto al incumplimiento de los pagos siempre que hayan sido informadas a los usuarios al momento de la matrícula”.

El 8 de mayo de 1998 se emite el Decreto Supremo N° 011-98 que modificó el Decreto Supremo N° 004-98. El contenido del acápite “e”, del artículo N° 6, se va a mantener perenne, a pesar que el Decreto Supremo N° 004-98 modificó el Decreto Supremo N° 011-98 emitido el 8 de mayo de 1998. Este nuevo instrumento legal implementa algunas modificaciones con respecto a las infracciones, pero no modifica lo normado sobre el tema de cobro de pensiones.

3.4. Debate y Aprobación del Proyecto de Ley en el Pleno del Congreso de la República del Perú¹⁵¹

El martes 15 de enero de 2002, en el pleno del Congreso de la República¹⁵², se debatió y aprobó el Proyecto de Ley referente a la Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados.

3.4.1. El Debate parlamentario

Esta sesión se desarrolló bajo la presidencia del señor Carlos Ferrero e integrando la Mesa Directiva el señor Jorge del Castillo Gálvez.

Se solicitó a la congresista Helfer Palacios que informe las coordinaciones que hizo para precisar los términos de la votación sobre los Proyectos de Ley Núms. 27 y 228/2001-CR, referido al pago de pensiones en los centros educativos privados, y se procedió al respectivo debate.

¹⁵¹ Información extraída del Diario de debates del Congreso de la República del Perú, martes 15 de enero de 2002.

¹⁵² Para esa sesión marcaron asistencia los siguientes congresistas: Barrón Cebberos, Aita Campodónico, Alejos Calderón, Almerí Veramendi, Alva Castro, Alvarado Doderó, Alvarado Hidalgo, Amprimo Plá, Aranda Dextre, Arpasi Velásquez, Bustamante Coronado, Cabanillas Bustamante de Llanos, Carrasco Távara, Chamorro Balvín, Chávez Trujillo, Chuquival Saavedra, Cruz Loyola, De la Mata de Puente, De la Puente Haya de Besaccia, Delgado Núñez del Arco, Devescovi Dzierson, Díaz Peralta, Estrada Pérez, Figueroa Quintana, Flores-Aráoz Esparza, Flores Vásquez, Florián Cedrón, Franceza Marabotto, Gasco Bravo, Gonzales Posada Eyzaguirre, González Salazar, Guerrero Figueroa, Helfer Palacios, Herrera Becerra, Heysen Zegarra, Higuchi Miyagawa, Hildebrandt Pérez Treviño, Jaimes Serkovic, Latorre López, Lescano Ancieta, Llique Ventura, Maldonado Reátegui, Molina Almanza, Morales Castillo, Mulder Bedoya, Pastor Valdivieso, Peralta Cruz, Ramos Loayza, Raza Urbina, Rengifo Ruiz (Marciano), Rengifo Ruiz (Wilmer), Requena Oliva, Risco Montalván, Robles López, Sánchez Mejía, Santa María Calderón, Tait Villacorta, Townsend Diez-Canseco, Valdez Meléndez, Valdivia Romero, Vargas Gálvez de Benavides, Velarde Arrunátegui, Velásquez Quesquén, Velásquez Rodríguez y Yanarico Huanca. Los señores congresistas mencionados, además de contestar a la lista, registraron su asistencia mediante el sistema electrónico.

Entre las intervenciones más resaltantes tenemos a la congresista y presidenta de la comisión de Educación Gloria Helfer Palacios, quien inició mencionando:

“Muchas gracias, señor Presidente. Efectivamente, se ha realizado un esfuerzo para recoger al máximo las sugerencias pertinentes hechas por los colegas en el Pleno, las que paso a señalar. Hemos aceptado la propuesta del congresista Acuña Peralta para que se incluya la denominación "programas educativos", tanto en el título como a lo largo del texto del articulado del proyecto. En consecuencia, el título sería como sigue: “Ley de protección a la economía familiar respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados”.

Por su parte, congresista aprista Judith de la Mata de Puente menciona:

“Gracias, señor Presidente. Yo había sugerido que se prohíban las cuotas de ingreso, pero, lamentablemente, parece que la presidenta de la Comisión de Educación no lo ha aceptado, no lo cree conveniente o se ha olvidado incluirla. En el texto final del proyecto simplemente se indica que no se condicione la matrícula al pago de las cuotas, pero no se prohíbe. Ello quiere decir que aquello que no se prohíbe está permitido, es decir, que los colegios particulares van a seguir pidiendo las cuotas de 5 mil, 10 mil dólares, etcétera”.

La congresista fujimorista Marta Moyano Delgado comentó sobre los útiles escolares lo siguiente:

“Gracias, señor Presidente. Con su venia, deseo hacer una consulta a la presidenta de la comisión, la doctora Gloria Helfer. Escuché que había recibido las sugerencias del congresista Rafael Rey y todos los que intervinieron en función a recoger en la propuesta la posibilidad de que se prohíba la compra de útiles escolares en exceso también en los centros educativos estatales. Se dijo que los miembros de la comisión se iban a reunir para ver la posibilidad de incluir este aspecto, pero no lo encuentro en el texto transcrito nuevamente, Presidente. En todo caso, de repente he entendido mal, por eso pregunto si lo han recogido o no”¹⁵³.

Por su parte el congresista José Luis Risco Montalván de Unidad Nacional dice:

“Gracias, señor Presidente. Creo que, antes de pasar a la votación, es conveniente que se recoja efectivamente el espíritu de los proyectos que cada quien pueda presentar, de tal manera que el dictamen pueda ser uniforme. Por ello, me parece necesario que se vuelva a estudiar el tema. He escuchado decir a la colega Helfer Palacios que “hemos recogido lo que ha propuesto el congresista Risco a través de su proyecto de ley que ha presentado el 4 de diciembre”. Sin embargo, en el fondo no se ha recogido absolutamente nada, porque en la práctica lo que estoy proponiendo es que también se vea el tema en las instituciones públicas y en las instituciones privadas fundamentalmente. Hay que entender que en muchos colegios, lamentablemente, se antepone el criterio del pago para poder dar educación a los alumnos.

¹⁵³ Se aprecia que los congresistas, antes iniciar una alocución agradecen al Presidente del Parlamento, esto debido a que el debate se desarrolla por medio de este. Es el presidente del Congreso quien cede la palabra al congresista interviniente.

Esta actitud origina que muchas veces los alumnos son sacados del aula porque simple y llanamente sus padres, por una u otra razón, no pudieron pagar las pensiones correspondientes. Precisamente, sobre dicho aspecto trata el proyecto de ley que he presentado”.

Después de esta intervención, el Presidente del congreso manifestó que *no podemos obligar a las comisiones a incluir todas las sugerencias dadas durante el debate. Entonces, cuando ocurre ello, los representantes, una vez que termina el debate, pueden votar a favor o en contra.* Dicho esto, procedió a los preparativos para el acto de votación de la norma que se había puesto en debate.

3.4.2. Votación y aprobación de la Ley Nº 27665

El presidente del Congreso contabilizó la asistencia de 77 señores congresistas. Acto seguido se procedió a votar. El diario de debates del Congreso señala lo siguiente:

“Efectuada la votación, se aprueba con modificaciones, por 68 votos a favor, ninguno en contra y cuatro abstenciones, el texto sustitutorio del proyecto de Ley de protección a la economía familiar respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados. El señor PRESIDENTE: Se deja constancia del voto a favor de los señores Pease García y Guerrero Figueroa”.

De lo expuesto, podemos notar que había un desconocimiento significativo sobre el contenido de la norma que los congresistas aprobaron en esta sesión del Congreso, esto puede considerarse una irresponsabilidad.

Una Ley que va a tener tanta repercusión económica y social no puede ser debatida, ni aprobada de forma tan poco profesional.

No se contextualizó el modelo de la economía de mercado, no se debatió sobre el carácter de servicio público o social que contiene la educación. Podemos afirmar, que el parlamento del 2002, en este caso específico, promulgó esta norma con un trasfondo populista y con ánimos de “quedar bien” con la población. Después del debate y aprobación, esta Ley fue derivada al Poder Ejecutivo para su respectiva refrenda y posterior promulgación en el diario oficial, pero eso no ocurrió.

El Poder Ejecutivo no observó, ni promulgó la Ley¹⁵⁴; frente a eso, el Congreso de la República, en ejercicio de sus atribuciones¹⁵⁵, promulgó la Ley N° 27665 y ordenó su publicación en el diario oficial “El Peruano”, lo que concretó el sábado 9 de febrero de 2002.

3.5. Contenido e interpretación jurídica de la Ley 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados

3.5.1. Contenido de la Ley 27665

El contenido de la Ley N° 27665, se puede dividir en tres partes: la primera parte compuesto por los dos primeros artículos que modifican las Ley N° 26549 (Ley de los Centros Educativos Privados); la segunda parte compuesta por el tercer artículo que modifica el Decreto Legislativo N° 882

¹⁵⁴ Se puede aseverar que en el Ejecutivo fueron más cuidadosos con el análisis del contenido de esta Ley.

¹⁵⁵ Así lo permite los Artículos 108° de la Constitución Política y 80° del Reglamento del Congreso Peruano.

(Ley de Promoción de la Inversión en la Educación) y ordena la adecuación del Reglamento de Infracciones y Sanciones para Instituciones Educativas Particulares aprobado por Decreto Supremo N° 004-98-ED; y por último el artículo cuarto que establece la prohibición de fórmulas intimidatorias al momento de cobrar las pensiones de enseñanza.

La redacción de la Ley N° 27665, *Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados*, es la siguiente:

Artículo 1°.- Modificación del Artículo 14° de la Ley N° 26549

Modifícase el inciso b) del Artículo 14° de la Ley N° 26549, el mismo que queda redactado con el texto siguiente:

"Artículo 14°.- Antes de cada matrícula, los Centros y Programas Educativos están obligados a brindar en forma escrita, veraz, suficiente y apropiada a los interesados, la siguiente información:

b) El monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como los posibles aumentos. Las pensiones serán una por cada mes de estudios del respectivo año lectivo, pudiendo establecerse por concepto de matrícula un monto que no podrá exceder al importe de una pensión mensual de estudios".

Artículo 2°.- Modificación del Artículo 16° de la Ley N° 26549

Modifícase el Artículo 16° de la Ley N° 26549, el mismo que queda redactado con el texto siguiente:

"Artículo 16°.- Los Centros y Programas Educativos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los usuarios, ni la evaluación de los alumnos, al pago de las pensiones. En este último caso, la institución educativa puede retener los certificados correspondientes a períodos no pagados siempre que se haya informado de esto a los usuarios al momento de la matrícula. Los usuarios no podrán ser obligados al pago de sumas o recargos por conceptos diferentes de los establecidos en esta Ley. Tampoco podrán ser obligados a efectuar el pago de una o más pensiones mensuales adelantadas, salvo en el caso en que dichos pagos sustituyan a las cuotas de ingreso. Se prohíbe condicionar la inscripción y/o matrícula al pago de las contribuciones denominadas voluntarias. Tampoco podrán ser obligados a presentar el total de útiles escolares al inicio del año escolar; ni a adquirir uniformes y/o materiales o útiles educativos en establecimientos señalados con exclusividad por los centros educativos. Sólo por resolución de la autoridad competente del Ministerio de Educación se autorizan cuotas extraordinarias, previa verificación de los motivos que dieron lugar a éstas."

Artículo 3°.- Reglamentación

La modificación prevista en el Artículo 1° es aplicable a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 882 en lo que corresponde. Asimismo, adecúese el Reglamento de Infracciones y Sanciones para Instituciones Educativas Particulares aprobado por Decreto Supremo N° 004-98-ED, a las disposiciones contenidas en la presente Ley, las mismas que deben ser expedidas por el Poder Ejecutivo en un plazo no mayor de treinta (30) días contados a partir de su publicación.

Artículo 4º.- Prohibición de fórmulas intimidatorias

Para el cobro de las pensiones, los Centros y Programas Educativos Privados de todos los niveles así como los de Educación Superior no universitaria están impedidos del uso de fórmulas intimidatorias que afecten el normal desenvolvimiento del desarrollo educativo y de la personalidad de los alumnos.

3.5.2. Interpretación jurídica de la Ley 27665

Dentro de la ciencia del derecho se conocen varios tipos de interpretación para el estudio de las normas. En esta parte, de nuestra investigación, interpretaremos la Ley N° 27665.

No es tema de esta tesis, el desarrollo conceptual de todos los tipos de interpretación jurídica, pero para efectos de esta investigación utilizaremos uno de estos tipos; la que a nuestro parecer es la más útil en el estudio de este tipo de leyes, estamos hablando de tipo de interpretación de la *ratio legis*.

Por esa razón, debemos conceptualizar el método de interpretación de la *ratio legis*. Al respecto, el maestro Marcial Rubio Correa nos dice:

“El método ratio legis de interpretación utiliza como variable para extraer el significado de las normas jurídicas la razón de ser la norma, que debe ser encontrada en el propio texto, pero no en la redacción misma sino como una explicación de por qué es que ella fue dictada”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ RUBIO CORREA, Marcial. MANUAL DE RAZONAMIENTO JURÍDICO, pág. 90. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.

El método de la *ratio legis* tiene como objetivo capital, que el intérprete de la ley pueda saber el porqué de la promulgación de la norma, cuál es la razón de ser de la norma. En el caso concreto de la Ley N° 27665, nos corresponde mencionar porque el legislador del 2002 promulgó esa norma.

Precisamente, era práctica común en los primeros años de siglo XXI, que el alumno que debía pensión de enseñanza, se le ordene no ingresar a su aula por la deuda económica que mantenía con su institución educativa particular. En otros casos, se le suspendía la toma de evaluaciones y se le agendaba en fecha posterior.

El legislador vio estas prácticas como abusivas dentro de la óptica del derecho del consumidor. El legislador decidió intervenir en la relación de consumo entre consumidor y proveedor de servicios educativos privados, para proteger al padre de familia de las prácticas restrictivas que ejecutaba el proveedor. El parlamento buscaba de esta manera garantizar el derecho de la educación de los alumnos que debían pensiones.

Dicho lo anterior, queremos comentar, desde nuestra perspectiva, que consideramos que el legislador del 2002 aprobó esta norma guiado por sus intereses electorales y populistas, ya que a ellos les beneficiaba una Ley que sea de agrado de la población: una Ley que pospone pagos siempre será aclamada por la población. Al legislador no le importó si la aprobación de la Ley N° 27665 iba en detrimento del empresario educativo peruano.

3.6. Implementación de La Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados

Después de aprobado la Ley N° 27665, el congreso promovió la difusión de este dispositivo legal.

3.6.1. Grupo de trabajo del Congreso de la República¹⁵⁷

En septiembre del 2004, el Congreso de la República por medio de la Comisión de Fiscalización y Contraloría creó un grupo de trabajo denominado *Grupo de Trabajo de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en centros y Programas Educativos Privados*. Los integrantes de este grupo fueron los congresistas Cecilia Tait Villacorta y José Barba Caballero.

En el informe final, presentado en junio de 2005, se señaló los objetivos del grupo de trabajo:

- 1. Investigar y fiscalizar la aplicación y cumplimiento de la Ley N° 27665, Ley de protección a la economía familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas educativos privados.*

¹⁵⁷ La información adaptada de este acápite forma parte del informe que presentaron los congresistas responsables de la comisión. TAIT, Cecilia y BARBA, José. INFORME FINAL DEL GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCION A LA ECONOMIA FAMILIAR RESPECTO AL PAGO DE PENSIONES EN CENTROS Y PROGRAMAS EDUCATIVOS PRIVADOS, Lima, 2005. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/ctait/documentos/INFORME-FINAL-ECONOMIA-FAMILIAR.pdf>. Extraído el 5 de junio de 2017.

2. Coadyuvar a la difusión de la ley para evitar maltratos psicológicos usando procedimientos y mecanismos de intimidación que afectan la dignidad, la integridad física y/o moral de los educandos para el cobro de pensiones, y a la vez crear conciencia en los padres de familia para que cumplan con sus obligaciones contraídas con los centros educativos en la educación de sus hijos.

Este grupo de trabajo, en ejercicio de sus funciones, desarrolló las siguientes actividades:

a) Reuniones de trabajo: el grupo convocó y participó en reuniones, tanto en el Congreso de la República, en la Dirección Regional de Educación de Lima Metropolitana, en INDECOPI y en los locales de las Unidades de Gestión Educativa Local del Rímac, Comas y San Juan de Miraflores. Estas reuniones se iniciaron el 20 de setiembre de 2004 y finalizaron el 13 de abril de 2005. En total se desarrollaron 11 reuniones.

b) Campaña de difusión directa y en medios de comunicación sobre los alcances de la Ley N° 27665: el equipo de trabajo congresal promovió la difusión de la Ley N° 27665 con los siguientes materiales y eventos:

1. Afiches de difusión de la Ley N° 27665 y demás normativa: Se confeccionó un millar de afiches y dos millares de trípticos para la difusión de la Ley N° 27665, de Protección a la Economía Familiar y la cuota de APAFA para el año escolar 2005, cuyos costos lo asumió la Coordinadora del Grupo de Trabajo.

Dichos ejemplares fueron distribuidos a los colegios, UGELs, Direcciones Regionales de Educación del país, medios de comunicación e instituciones privadas dentro de una estrategia comunicacional para que los padres de familia conozcan los alcances de la norma respecto de sus derechos y obligaciones. Las UGELs también produjeron afiches de difusión sobre la Ley en cuestión.

2. Difusión masiva de la Ley N° 27665:

- A la cruzada de difusión y fiscalización del cumplimiento de la ley se sumaron INDECOPI, Defensoría del Pueblo y el Ministerio de Educación, así como algunos medios de comunicación escrita, radial, televisiva y virtual.

- La difusión de la Campaña “Mate a los Cobros Indebidos” se llevó a cabo a través de la Radio 11.60 en el Programa Economía y Cifras que conduce el periodista Miguel Ángel Risco desde el 14 de febrero al 08 de marzo del presente año, así como en el Programa “Tema Pendiente” de Radio 1160, conducido por el Congresista Jackes Rodrich.

- También tuvo acogida por el Diario “Ojo” y sus periodistas Iván Slocovich y Cecilia Espinoza, Diario La República, Perú 21, Radio Libertad de Trujillo a través de su programa “La voz de la calle” conducido por el periodista Carlos Burmester y otros medios de prensa. En dicha campaña, los padres de familia participaron activamente presentando sus denuncias y sugerencias en los espacios radiales abiertos durante la cruzada informativa “Mate a los cobros indebidos”.

c) Denuncias presentadas: se presentaron denuncias por padres de familia al Despacho de la Congresista Cecilia Tait. La congresista trasladó ocho denuncias a las UGELs: 01 de San Juan de Miraflores, 02 de Rímac y 04 de Comas para su verificación y procesamiento.

3.6.2. Conclusiones del grupo de trabajo congresal

Finalizada la labor del equipo de trabajo, se emitió un informe final; siendo las conclusiones más resaltantes de este documento las siguientes¹⁵⁸:

- El universo de aplicación de la Ley N° 27665, a nivel del Departamento de Lima es de 8,933 Centros Educativos Privados, de los cuales el 93.85% están ubicados en Lima Metropolitana y el 6.15% en Lima Provincias. En cuanto al número de alumnos es del orden de 800,000 aproximadamente, de los cuales el 94% corresponden a Lima Metropolitana y el 6% a Lima Provincias.

- La campaña de difusión de la Ley N° 27665, a través de la cruzada informativa “mate a los cobros indebidos”, ha tenido un impacto positivo al disminuir las infracciones a la Ley de Protección a la Economía Familiar, con relación al año 2004. según afirmación de INDECOPI, referente a la exigencia de compra de uniformes en los colegios o lugares exclusivos, seguros escolares, útiles escolares y pagos de pensiones adelantadas.

¹⁵⁸ TAIT, Cecilia y BARBA, José. Op.cit.

- Existen quejas por cobros excesivos de documentos técnico pedagógicos (certificados, fichas de matrícula, libreta de notas, cuaderno de control, traslados, etc.), por exigencia de compra de uniformes en el plantel (mandiles, textos, polos), así como por realización de actividades obligatorias como parrilladas, bingos, rifas, etc., contraviniendo la norma.

- Maltrato psicológico por parte de los docentes y directores al separar a los alumnos que no pagan oportunamente sus mensualidades, según las denuncias formuladas a INDECOPI, así como la información de los representantes de las UGELs.

- Las mayores dificultades se presentan en caso de falta de pago de pensiones de alumnos que terminan el quinto año de secundaria, según información de los promotores del CEP San Silvestre y de los Especialistas de las UGELs que asistieron a las reuniones técnicas.

- Los especialistas de las UGELs, señalan que el Decreto Supremo 005-02-ED no desarrolla los alcances y espíritu de la Ley N° 27665, a pesar que la invoca.

- Hay quejas por la retención de documentos y suspensión del servicio educativo de ciertos colegios, según información proporcionada por especialistas de UGELs 02, 03, 04 y 05.

No señalamos todas las conclusiones, porque el equipo de trabajo congresal concluyó sobre diversos temas del servicio educativo particular.

Por ejemplo: *El personal que trabaja en colegios particulares como profesores presentan un porcentaje significativo sin título de docente, aproximadamente 30%, el mismo que está en proceso de profesionalización.*

La conclusión anterior, y otras más, no guardan mucha relación con el tema que estamos analizando: suspensión del servicio educativo y las pensiones impagas. Encontramos más de 5 conclusiones ajenas a la Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados, motivo por el cual los hemos obviado.

3.7. La Ley N° 27665 y las sanciones a las Instituciones Privadas de Educación Básica Regular en el Perú

En este acápite señalaremos como la Administración sanciona a los colegios privados que incumplen con lo normado en la Ley N° 27665.

3.7.1. El papel del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Los conflictos de las relaciones de consumo de servicios educativos en el Perú son resueltos por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Cuando se da el conflicto entre el proveedor, que vendría a ser el promotor de un colegio privado, y el cliente, que vendría a ser el padre de familia o el alumno (ya que este último considerado cliente indirecto) es INDECOPI el que dirime.

El INDECOPI puede actuar a instancia de parte o de oficio. En el caso que su actuación sea de oficio puede recabar información, medios probatorios, desarrollar un procedimiento administrativo y emitir una resolución.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), cuando resuelve conflictos entre consumidor y proveedor de servicios educativos, invoca al Código de Protección y Defensa del Consumidor y el contenido de la Ley N° 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados.

En el caso de los conflictos de las relaciones de consumos de servicios educativos particulares que se desarrollan en Lima Metropolitana, la competencia recae en la Comisión de Protección al Consumidor, que es un órgano de INDECOPI. Esta comisión es la que emite su decisión frente a un conflicto, estas decisiones son denominadas resoluciones finales.

3.7.2. Resoluciones de INDECOPI referente a las relaciones de consumo de servicio educativo

De la base de datos electrónicos¹⁵⁹ que proporciona el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) señalaremos las resoluciones que establecen sanciones.

Resolución Final N° 0168-2016/CC3 contra *Asociación Educativa Jesús Nazareno S.A.C.* la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI resolvió, en su segundo artículo, de la siguiente manera:

¹⁵⁹ Disponible en: [http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/proteccion consumidor.seam](http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/proteccion%20consumidor.seam)

SEGUNDO: Sancionar a la ASOCIACIÓN EDUCATIVA JESÚS NAZARENO S.A.C. con 0.5 UIT por haber incurrido en infracción a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que tomó medidas de cobro de la pensión de enseñanza que resultan prohibidas por la normativa, tales como condicionar el registro e inclusión de las calificaciones de los alumnos, lo que constituye una formula intimidatoria que afecta el normal desarrollo del servicio educativo correspondiente al periodo lectivo 2015, al vulnerar lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 27665. Dicha multa será rebajada en 25% si el administrado consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contado a partir de la notificación de la presente resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

En la Resolución Final N° 0189-2016/CC3 contra Centro Educativo Particular Alas Peruano Argentino, INDECOPI resuelve en su artículo tercero de la siguiente manera:

TERCERO: Sancionar a la señora PATRICIA LAURA MOLNAR, promotora del Centro Educativo Particular Alas Peruano Argentino, con 1.4 UIT, por haber incurrido en infracción a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que, tomó medidas de cobro de la pensión de enseñanza que resultan prohibidas por la normativa legal vigente, tales como no incluir: a) documentos evaluatorios; b) informes de notas; c) informes de progreso; y, d) las calificaciones contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 27665.

Dicha multa será rebajada en 25% si el administrado consiente la presente resolución y procede a cancelar la misma en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contado a partir de la notificación de la presente resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Adicionalmente, cuando el INDECOPI resuelve controversias derivadas de relaciones de consumo en general, invoca al Código de Protección y Defensa del Consumidor. Este Código es la norma general de INDECOPI, con este instrumento resuelve todo tipo de conflictos de relaciones de consumo, ya sean: servicios financieros, servicios de salud privados, entre otros.

Asimismo, cuando INDECOPI resuelve los conflictos de las relaciones de consumos de servicios educativos, utiliza el Código de Protección y Defensa del Consumidor y cita, principalmente, los artículos números 18 y 19 que refieren a la idoneidad; y también la Ley N° 27665,

Es por ello, que podemos afirmar que los conflictos que se desarrollan a consecuencia de las relaciones de consumo de servicios educativos son complejos, ya que para resolverlos el INDECOPI utiliza dos instrumentos jurídicos: el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Ley N° 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados.

Así las cosas, señalaremos algunas resoluciones de INDECOPI que resuelven conflictos de relaciones de consumo en general.

Al respecto, en la Resolución Final N° 0033-2017/CC1 contra el Banco Falabella, INDECOPI resuelve en su segundo artículo lo siguiente:

SEGUNDO: declarar fundada la denuncia presentada por la señora María XXXXXXXX XXXXXXXX contra Banco Falabella Perú S.A. por la infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que ha quedado acreditado que la entidad bancaria no demostró la validez de las siete (7) operaciones de retiro por el importe de S/ 12 600,00 realizadas con cargo a la tarjeta de crédito de la denunciante.

Asimismo, en la Resolución Final N° 0362-2017/CC1 contra Clínica San Gabriel S.A.C., INDECOPI resuelve en su primer y sexto artículo lo siguiente:

PRIMERO: declarar fundada la denuncia interpuesta por el señor Herald Rolando Loayza Vargas contra Clínica San Gabriel S.A.C., por la infracción a los artículos 18 y 19 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que ha quedado acreditado que el establecimiento de salud cobró S/ 21 000,00 al denunciante por concepto de gastos médicos en la atención de salud de su cónyuge, sin informarle ni entregarle las facturaciones correspondientes por tales servicios.

SEXTO: sancionar a la Clínica San Gabriel S.A.C., con una multa ascendente a una (1) Unidad Impositiva Tributaria por la infracción a los artículos 18 y 19 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, la cual será rebajada en 25% si consiente la presente resolución y procede a cancelarla en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

De los anteriores, podemos afirmar que INDECOPI solo invoca el Código de Protección y Defensa del Consumidor para resolver conflictos de consumo. Esto no sucede en las resoluciones finales que tratan conflictos de relaciones de consumo de servicios educativos.

Para los conflictos de relaciones de consumo de servicios educativos, INDECOPI utiliza los artículos números 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor que refieren a la idoneidad y también invoca La Ley 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar.

3.7.3. Análisis de las resoluciones referentes a la Ley N° 27665 que resuelve el INDECOPI.

Del análisis de la base de datos que proporciona el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en relación a los procedimientos que tratan la Ley N° 27665, podemos afirmar lo siguiente:

- *Que, desde 2006 hasta el 2017 la sala especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de INDECOPI ha emitido 1404 resoluciones que invocan a la Ley N° 27665.*
- *Que, el 2016 se emitieron 157 resoluciones que invocan a la Ley N° 27665.*
- *Que, hasta a inicios de setiembre de 2017 se emitieron 45 resoluciones que invocan a la Ley N° 27665.*
- *Que, del análisis de 50 últimas resoluciones (2016 y 2017), el 72% establecen sanciones económicas a las instituciones educativas privadas.*
- *Que, las sanciones económicas establecidas por INDECOPI a la instituciones educativas privadas oscilan entre 0.50 UIT y 49.1 UIT.*

Del análisis de la data anterior, podemos notar que la situación es alarmante, ya que las instituciones afectadas por la Ley N° 27665 comprenden un número considerable. Estamos hablando de instituciones educativas privadas, que tienen cargas sociales, deudas bancarias, necesidad de invertir en insumos, etc. Además, de los gastos señalados, el INDECOPI los sanciona si incurren el alguna prohibición que menciona la Ley N° 27665.

Muchos colegios privados buscan no llegar a un procedimiento administrativo en INDECOPI. En ese sentido, las instituciones prefieren el cumplimiento de la Ley N° 27665 a pesar de que en muchos casos esta norma perjudique su balanza económica empresarial¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Entendemos por balanza económica empresarial a los ingresos y egresos que tiene una empresa educativa. Los ingresos son, principalmente, los pagos que hacen los padres por las cuotas de enseñanza mensual; y los egresos son los sueldos de profesores, personal administrativo, personal de limpieza, mantenimiento de equipos, entre otros.

3.8. Oposición a la Ley N° 27665

La Ley N° 27665, protege al consumidor (padre de familia y alumno) del abuso que puede cometer el proveedor de servicios educativos. Si el proveedor ejecuta las prohibiciones que establece la norma tendrá sanción de la autoridad administrativa, en este caso el INDECOPI.

Actualmente, esta norma es bien recibida por los padres-consumidores, porque una de las prohibiciones señaladas al proveedor es que no se le puede suspender el servicio educativo a los clientes¹⁶¹ que deben la pensión económica de enseñanza cuota.

Lo anterior quiere decir que, así el padre deba la pensión de enseñanza el proveedor está obligado a seguir brindando el servicio educativo. El padre moroso puede seguir enviando a su hijo a la institución educativa particular, y este está obligado a seguir impartándole clases (servicio educativo). El padre de familia puede deber más de 8 meses y aun así la institución educativa privada debe seguir brindando el servicio educativo, bajo pena de sanción económica de parte del órgano administrativo correspondiente. El padre consumidor amparado en la Ley que es materia de la presente tesis está desarrollando y fomentando una *cultura de la irresponsabilidad*¹⁶².

¹⁶¹ Según el derecho del consumidor se considera cliente al alumno y al padre; el alumno es el cliente o consumidor directo, y el padre es el consumidor indirecto.

¹⁶² Consideramos cultura de la irresponsabilidad al fenómeno por el cual los individuos actúan de forma irresponsable, pero a pesar de saber que están en falta no hacen nada por modificar su situación.

3.8.1. El Consorcio de Centros Educativos Católicos del Perú

Una de las primeras instituciones que manifestaron su oposición a la Ley estudiada fue el *Consortio de Centros Educativos Católicos del Perú*. Este consorcio es una asociación sin fines de lucro, con personería propia de derecho privado; su creación data del año 1939.

El *Consortio de Centros Educativos Católicos* está constituido por centros y programas educativos que son católicos, que reconocen la autoridad y la orientación de la jerarquía eclesiástica, y está estrechamente vinculada con los organismos eclesiales, particularmente los educativos, mediante relaciones de consulta, coordinación y apoyo. En la actualidad, el Consorcio de Centros Educativos Católicos cuenta con alrededor de 900 colegios a nivel nacional¹⁶³.

Este *Consortio* intervino en las reuniones que desarrolló el equipo de trabajo del Congreso de la República (2004-2005) respecto a la implementación de la Ley N° 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados.

El Consorcio de Centros Educativos Católicos del Perú mencionó lo siguiente:

“Debe existir una norma clara y precisa de las obligaciones que debe tener todo padre de familia antes de matricular a sus hijos en un colegio privado para evitar que algunos padres de familia los matriculen sin tener los recursos necesarios y trasladan a sus hijos de año en año hasta culminar su educación sin haber pagado las cuotas de enseñanza.

¹⁶³ CONSORCIO DE CENTROS EDUCATIVOS CATÓLICOS. ¿QUIÉNES SOMOS? Disponible en: <http://ccec.edu.pe/mensaje-del-presidente-y-resena-historica/> Extraído el 27 de mayo de 2017.

Manifiesta que esto a determinado la alta morosidad que se viene registrando en los colegios privados a razón de 20% a 28% mensual, cuyas acciones de cobranza, eleva los costos de los servicios educativos”¹⁶⁴.

El Consorcio señaló, en este informe, que los padres de familia no pagan las pensiones porque priorizan otros gastos y no la educación de sus hijos. Comentan que los padres que no cumplen con sus pagos deberían ser pasibles a que se le suspenda el servicio educativo.

En ese sentido, el Consorcio de Centros Educativos Católicos del Perú propone:

“Que se expida una ley modificatoria de la “Ley de Protección a la Economía Familiar, respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados” N° 27665, en la que se establezca el derecho que tienen los padres de familia o apoderados de elegir la institución educativa privada para sus hijos y la obligación de pagar el costo del servicio educativo; y que el incumplimiento de éste dará lugar a la terminación del servicio educativo”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Comisión de Fiscalización y Contraloría. INFORME FINAL GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCION A LA ECONOMIA FAMILIAR RESPECTO AL PAGO DE PENSIONES EN CENTROS Y PROGRAMAS EDUCATIVOS PRIVADOS, pág. 11.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

3.8.2. Representantes del sector educativo privado y del derecho peruano

En el sector educativo privado tenemos al recocado educador León Trahtemberg quien publicó el 21 de febrero de 2002, en el diario El Comercio, un artículo contra la Ley N° 27665, manifestando lo siguiente:

“Si el Congreso y el Ejecutivo se propusieron desanimar a los promotores y propietarios de los centros educativos e institutos privados, lo consiguieron. Si se propusieron atemorizar y desalentar a los inversionistas de otros sectores enviándoles el mensaje de que se vienen más leyes anti-empresariales, lo consiguieron. No recuerdo desde la época del gobierno del general Velasco tanta preocupación, desaliento y malestar en los promotores de la educación privada, no solo por la orientación tan asimétrica contraria a las instituciones educativas privadas que contiene la Ley de Protección a la Economía Familiar Respecto al Pago de Pensiones de Centros y Programas Educativos, sino porque sus mentores han tipificado a los educadores de la educación privada como si fueran mercaderes desalmados de la educación”¹⁶⁶.

León Trahtemberg acusa al Legislativo, por la creación esta norma, y al Ejecutivo por no observar esta Ley en el plazo que disponía. El poder Ejecutivo, liderado por Alejandro Toledo, no observó ni promulgó la Ley, ante esto el Congreso de la Republica promulga la Ley N° 27665 y ordena su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

¹⁶⁶ TRAHTEMBERG, León. GRAN DESALIENTO EN LA EDUCACIÓN PRIVADA. En: Diario El Comercio. Jueves, 21 de febrero de 2002.

En el mencionado artículo periodístico, Trahtemberg prevé que esta ley perjudicaría el desenvolvimiento económico de los colegios privados y generaría consecuencias a los trabajadores de estas instituciones, así como a la calidad del servicio brindado:

“A partir del legítimo y correcto objetivo de proteger a los niños, se interfirió con las políticas privadas de precios, cobranzas y contratación, sin incluir ninguna garantía que permita a los colegios exigir el pago oportuno de las pensiones escolares pactadas, así se adeuden muchos meses. Con esto, se desalentará el pago oportuno de las pensiones, debilitando o quebrando la economía de muchas de estas instituciones...Esta ley perjudicaría a los profesores, que no podrán cobrar oportunamente sus sueldos y mucho menos aspirar a aumentos, y a los alumnos de padres pagantes, que se retrasarán en sus avances y se afectarán por la falta de caja y garantías para que los colegios inviertan en el mejoramiento de la calidad de los servicios”¹⁶⁷.

Las semanas siguientes después de la promulgación de la Ley N° 27665, ya se notaba que esta nueva norma sería conflictiva. Frente a ello, se generaron dos posiciones: las que defienden a los padres consumidores y los que defienden al empresario educativo. Al respecto, el abogado Francisco Javier Mock Ferreyros, en abril de 2002, escribe lo siguiente:

“Las posiciones que defienden la economía de los padres por sobre todo, frente a los comentarios de la otra orilla, merecen un estudio sobrio tanto en lo referido al derecho económico de los padres, como por la parte del derecho de empresa y todo lo que ello conlleva como el tema de la inversión eficiente”¹⁶⁸.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ MOCK FERREYROS, Francisco Javier. LEY DE PENSIONES DE COLEGIOS PRIVADOS, pág. 88. En Revista Actualidad Jurídica. Vol.101, Lima, 2002.

En marzo del presente año. Jorge Camacho, quien es presidente de la Asociación de Colegios Particulares Amigos (ADECOPA) manifestó en el diario económico *Gestión* lo siguiente:

“El retraso en los pagos en colegios privados puede alcanzar hasta el 10% de sus ingresos anuales. Sin embargo, como este pago se realiza mensualmente, las demoras pueden generar más aprietos financieros a los colegios. Este déficit, sumado a los gastos corrientes de las instituciones educativas y la inflación, se compensa con alzas en las pensiones. El colegio no puede hacer nada para exigir ese pago. Eso redundaría en un alza de pensiones, a pesar que uno no quiera admitirlo. Porque el colegio tiene que financiar ese déficit, que puede llegar en el año a un 10%. Pero en el mes contable, puede ser hasta un 40% o 50%, porque uno no lo puede exigir a la fecha. Se vence al mes, y el papá si quiere te paga el próximo año”¹⁶⁹.

Si bien es conocido, que el consumidor es la parte más débil dentro de una relación de consumo, y el derecho del consumidor es garantista para este, no podemos aceptar que su derecho vulnere el derecho del proveedor de recibir su pago como contraprestación por el servicio brindado. En nuestro caso en particular, no se puede abusar de esa figura porque el consumidor al favorecerse con la Ley N° 27665 estaría haciendo uso de un derecho abusivo frente al proveedor o empresario educativo.

¹⁶⁹ DÍAZ, Reiner. COLEGIOS PRIVADOS: MORA ASCIENDE AL 10% ANUAL, PERO PUEDE LLEGAR A 50% MENSUAL. Disponible en <http://gestion.pe/economia/colegios-privados-mora-asciende-al-10-anual-puede-llegar-50-mensual-2184452>. Extraído el 25 de julio de 2017.

El abogado Oscar Sumar, en su artículo del diario Gestión titulado *Perro muerto en educación: la versión de los colegios*, cita un testimonio sobre la problemática que estamos detallando:

“Somos un colegio en la ciudad de Trujillo con 18 años prestando servicio educativo y en la actualidad tenemos 600 alumnos. Nuestra principal misión es brindar un buen servicio a un costo razonable. Nuestra pensión mensual es de 160 soles. Pese a ello año a año con esta mal entendida “Protección al consumidor” los padres de familia se han empezado a “pasar la voz” de que INDECOPI “protege” la cultura de no pago.

Cada vez es más visible padres que pagan la matrícula y nunca más efectúan pago alguno de pensión. ¿Qué hacemos con esos alumnos? ¡Pues nada!, simplemente seguir presentándoles el servicio educativo hasta diciembre sin poder tomar ninguna acción al respecto, porque si no INDECOPI te sanciona. He ido reiteradamente a pedir “auxilio” en INDECOPI para que me den ideas de cómo luchar contra este mal que nos está matando y la última vez una de las personas que me atendió me dijo que les hiciera firmar pagarés en blanco. Yo le dije: ¿usted firmaría un pagaré en blanco sabiendo que algún “vivo” le puede colocar el importe que desee? La señorita me respondió: eh, pues no.

Realmente esta situación se ha vuelto incontrolable, hace unos años atrás cuando la Ley permitía la suspensión del servicio luego de 3 meses no pagos era un poco más manejable. En esos tiempos, finalizábamos el año con deudas que no superaban los 4 mil soles. Este 15 de diciembre del 2014, tengo una deuda acumulada de 90 mil soles!. Sí, noventa mil soles!. ¿Cómo piensa INDECOPI que cubriré todas mis cargas laborales?

Nosotros, respetamos a nuestros docentes y vivos o muertos les pagamos todo lo que les corresponde, prestando dinero por aquí y por allá, pero ya no se puede más; la impotencia es tan grande porque no

existe nadie que haga nada por nosotros.

Yo creo sinceramente que está bien que INDECOPI “proteja a los consumidores” pero también creo que debe tener políticas razonables para que “controlen” el accionar de estos mismos consumidores y los obliguen a cubrir las deudas contraídas.

Los que somos padres, sabemos que si uno de nuestros hijos agrede a una persona y esta persona viene a quejarse del hecho con nosotros, lo más lógico es que tomemos cartas en el asunto y sancionemos a nuestro pupilo. Si INDECOPI asume la actitud paternalista de proteger al consumidor, lo más coherente es que a la vez asuma la actitud de corregir y sancionar a este “hijo” que “agrede económicamente” al colegio. Lamentablemente esa idea la veo como un sueño muy muy lejano del cual ojalá mis hijos puedan gozar si es que para entonces aún existe nuestro querido colegio”¹⁷⁰.

De la lectura del comentario anterior, podemos afirmar que el INDECOPI está cumpliendo su función de defender a los padres de familia irresponsables, pero en el caso de la Instituciones Educativas Privadas: ¿Quién asume su defensa? La respuesta es: nadie. El Estado, la normativa vigente e INDECOPI actúan en beneficio del consumidor educativo, mas no del proveedor de servicios.

La posición que mantenemos al defender esta tesis es que, esta Ley beneficia en demasía al padre consumidor y va en detrimento del promotor educativo que brinda servicios educativos privados.

¹⁷⁰ SUMAR, Oscar. PERRO MUERTO EN LA EDUCACION: LA VERSION DE LOS COLEGIOS. Disponible en <http://blogs.gestion.pe/menulegal/2015/01/perro-muerto-en-educacion-la-version-de-los-colegios.html>. Extraído el 15 de julio de 2017.

De esta manera, el Estado al intervenir en esta relación de consumo, está vulnerando el derecho fundamental de Libertad de Empresa protegida por nuestra Constitución Política vigente.

3.9. La Ley N° 29947, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados

La Ley N° 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados, fue tan elogiado por los padres de familia, que nuestros congresistas decidieron replicarla en una nueva Ley que comprenda el servicio educativo que brindan las instituciones del nivel superior.

3.9.1. La Ley de Protección de Economía Familiar en el Nivel educativo Superior

El 27 de noviembre de 2012 se promulgó la Ley N° 29947, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados. Esta norma tiene el mismo objetivo que la Ley N° 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados. Ambas coinciden, en varias prohibiciones al proveedor, como muestra tenemos que ambas prohíben la suspensión de servicio educativo en el caso de incumplimiento de pago del cliente. Además, coinciden en la prohibición de ejecutar acciones intimidatorias al momento de cobrar dichos pagos.

Al respecto, señalemos los artículos de la Ley 29947, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados, que guardan relación con la Ley N° 27665:

Artículo 2. Prohibición de condicionar

Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso. En este último caso, las instituciones educativas pueden retener los certificados correspondientes al período no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente de esto a los usuarios al momento de la matrícula y procedan a la matrícula del ciclo siguiente previa cancelación de su deuda. La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú. De igual manera no se podrá condicionar la rendición de evaluaciones del ciclo lectivo en curso a los alumnos que estén desempeñándose como deportistas calificados de alto nivel a la asistencia presencial a clases que colisionen con las horas de entrenamiento y/o con los eventos deportivos en los que participan, debiendo para ello encontrarse acreditados por el Instituto Peruano del Deporte. De ser el caso, se debe reprogramar las fechas de evaluación de los mismos.

Artículo 3. Prohibición de prácticas intimidatorias

Para el cobro de las pensiones, los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados están impedidos del uso de prácticas intimidatorias que afecten el derecho fundamental protegido en el artículo 1 de la presente Ley.

Artículo 4. De las sanciones

Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados que incumplan con las disposiciones contenidas en la presente Ley son sancionados administrativamente por la autoridad competente del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

En esencia, las leyes N° 29947 y N° 27665 son similares, la diferencia radica que la primera comprende a la Educación Superior Privada y la segunda a la Educación Básica Regular Privada (inicial, primaria y secundaria).

3.9.2. La Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 29947 Ley de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados

La Ley, N° 29947, también trajo problemas económicos a los centros de enseñanza de nivel superior. Por tal motivo, a pocos meses de ser promulgada se le inició el proceso para ser declarado inconstitucional.

En tal sentido, el Colegio de Abogados de Lima Norte, en abril de 2013, alegó la violación de los artículos 58 y 59 de Nuestra Constitución Política e interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar.

Entre los principales sustentos de la demanda tenemos los siguientes¹⁷¹:

- *La norma en cuestión viola la libre iniciativa privada, garantizada por el modelo económico que la Constitución reconoce en su artículo 58, convirtiéndose en un caso de "intervencionismo" estatal contrario a la prioridad de la libertad individual en el ámbito de la economía.*
- *La norma desarrolla una interpretación errada del derecho a la educación, pues no tiene en cuenta que la educación es un servicio como cualquier otro, en el que el usuario debe ser consciente de que su ingreso a una institución superior privada implica una obligación de pago por la prestación del servicio.*
- *La disposición impugnada vulnera el artículo 59 de la Constitución, puesto que, bajo el argumento de "proteger la economía familiar", se restringe la libertad de empresa, al disponer que los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no condicionen la asistencia a clases, evaluación y atención de alumnos al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en Curso.*

¹⁷¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Ley de Protección a la Economía Familiar. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.pdf>. Extraído lel 15 de agosto de 2017.

- La norma impugnada trastoca la economía de los centros superiores de enseñanza, ya que estos están obligados a pagar todos los meses los gastos fijos propios de su actividad económica, mientras que a los himnos se les incentivará una 'cultura de la irresponsabilidad'.

La demanda, formulada por el Colegio de Abogados de Lima Norte, fue contestada por el Congreso de la República el 24 de febrero de 2014, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Las razones más importantes señaladas por el Congreso Peruano son¹⁷²:

- La condición de servicio público de la educación superior le reconoce un nivel preponderante frente al derecho de los planteles educativos a obtener el pago por el servicio prestado.

- La disposición impugnada no vulnera el artículo 58 de la Constitución, toda vez que la iniciativa privada debe ejercerse en armonía con la "Economía social de mercado", por lo que el Estado tiene el deber constitucional de fomentar el desarrollo social y asegurar el bienestar de los usuarios, criterio aplicable a la educación universitaria.

- El artículo cuestionado no contraviene la libertad de empresa -en su faceta de libertad de organización-, pues la limitación prevista es razonable y temporal, ya que no implica la omisión del pago, sino que éste queda pendiente para el siguiente periodo académico; así las cosas, la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo (derecho a permanecer en la universidad libre de limitaciones arbitrarias) y cumple con las características de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

¹⁷² *Ibídem.*

- Finalmente la norma impugnada tiene algunos antecedentes normativos y jurisprudenciales que comparten una misma línea de pensamiento, como la Ley 27665, de Protección a la economía familiar respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados.

El 29 de agosto de 2014, el Tribunal Constitucional resuelve el Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima Norte contra el artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar que establece que:

“Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso”.

El Tribunal Constitucional fundamenta y resuelve en contrario a lo señalado por el demandante. Entre sus considerandos, más importantes, tenemos¹⁷³:

- La libertad económica no puede entenderse desvinculada del marco o modelo de Constitución económica que contiene la Ley Fundamental, sino como conformante de ella y, en particular, de la directriz que contiene el artículo 58 de la Constitución, según la cual la iniciativa privada "se ejerce en una Economía Social de Mercado" y que "Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".*

¹⁷³ *Ibídem.*

- *La economía social de mercado se caracteriza por poner énfasis en las libertades económicas fundamentales y por asegurar que el Estado tenga un rol subsidiario en la economía, de manera que garantice el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana; es decir, la responsabilidad de cada persona sobre la planificación y realización de su proyecto vital en el marco de instituciones políticas, jurídicas y económicas orientadas por el valor de la equidad.*

- *Así las cosas, el Tribunal no considera que el artículo 2 de la Ley 29947, Ley de protección a la economía familiar, constituya una intervención en el ámbito constitucionalmente garantizado de la libre iniciativa privada. La prohibición que establece (de no condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos ni la atención de los reclamos formulados al previo pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso), no impide ni dificulta que las personas naturales o jurídicas puedan libremente dedicarse a la promoción y conducción de instituciones educativas superiores de naturaleza privada.*

- *Se trata, en buena cuenta, de una medida que, al regular la actuación de estas entidades educativas con sus discentes-usuarios, solo tiene la capacidad de incidir en la libertad de fijar la auto-organización del centro de educación superior libremente creado.*

Pero esta última es una potestad que no se encuentra dentro del programa normativo de la libre iniciativa privada y, por tanto, está fuera del ámbito de intervención de la disposición cuestionada. Este Tribunal concluye entonces que carece de relevancia constitucional este primer motivo impugnatorio del artículo 2 de la Ley 29947¹⁷⁴.

El Tribunal Constitucional declaró infundado la demanda de *Inconstitucionalidad* interpuesto contra el artículo N°2 de la Ley de Protección de Economía Familiar (2012) por el Colegio de Abogados de Lima Norte. Sin embargo, este pronunciamiento tuvo un voto discordante, la del magistrado Sardón de Taboada, quien señala que:

“El artículo 2 de la Ley en cuestión viola la libertad de empresa protegida por el artículo 59° de la Constitución, ya que puede afectar el derecho de dichas instituciones a percibir oportunamente el pago que les corresponde como contraprestación por sus servicios”¹⁷⁵.

Lo anterior, nos sirve para señalar que el Colegiado no aceptó por unanimidad que la Ley, en cuestión, no vulnera el derecho de Libertad de Empresa señalada en el artículo 59 de nuestra Carta Política.

Por el contrario, Sardón de Taboada al emitir un voto discordante está desarrollando opinión que va de acorde al sentido de nuestra tesis, en la que afirmamos que la Ley de Protección de Economía Familiar vulnera el derecho fundamental de la Libertad de Empresa y con esto se está contraviniendo o socavando un pilar fundamental del Régimen Económico que el Estado debe proteger.

¹⁷⁴ Expediente 0011-2013-PI/TC.

¹⁷⁵ VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA. En: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Ley de Protección a la Economía Familiar.

**CAPÍTULO CUARTO:
LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA
LEY 27665**

En esta parte de nuestro trabajo de investigación sustentaremos porque la Ley N° 27665 vulnera el derecho fundamental a la Libertad de Empresa, la misma que se encuentra estipulada en el artículo N° 59 de nuestra Constitución Política. Exactamente, es el contenido esencial o núcleo duro del Derecho a la Libertad de empresa (derecho de organización o gestión) el que es vulnerado por la Ley señalada.

4.1. El Estado vulnera la libertad del empresario con la vigencia de la Ley N° 27665

4.1.1. El contenido esencial vulnerado de la Libertad de Empresa en la Ley N° 27665

Los derechos constitucionales tienen un contenido esencial que debe ser respetado por los poderes públicos y por los demás ciudadanos. Dentro del perímetro de este contenido esencial no debería penetrar nadie, si ese fuese el caso estaríamos frente a la vulneración de un derecho constitucional.

El derecho fundamental de la Libertad de Empresa tiene un determinado contenido esencial. A efectos del desarrollo de esta tesis, señalaremos que el derecho de organización (que es un componente de la libertad de empresa) es el que consideramos vulnerado por la Ley N° 27665.

En ese sentido, es bueno recalcar lo que nuestro Tribunal Constitucional Peruano señaló su sentencia N° 3330-2004: *La libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.*

Al respecto, señalamos lo siguiente: en el ejercicio del derecho constitucional de Libertad de Empresa, el empresario peruano tiene la libertad para decidir sobre la organización de su empresa y sobre el modo de realización de su actividad económica, respetando los límites que le establece la constitución.

El empresario educativo, dentro de su derecho de organización o gestión, tiene la facultad de contratar libremente, y al hacer esto puede acordar entre las partes los montos, modalidades de pago, penalidades y otros, propios de una relación contractual de consumo entre un proveedor educativo (promotor) y un cliente de servicios educativo particular (padre/alumno).

La doctrina española, en el estudio del derecho de la libertad de empresa, denomina al derecho de organización: libertad de ejercicio.

“Esta libertad implica que el empresario, público o privado, tiene libertad para proceder a la organización interna y externa de su empresa, así como al modo de realización de su actividad económica”¹⁷⁶.

¹⁷⁶ GIMENI FELIÚ, José María. SISTEMA ECONÓMICO Y DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA VERSUS RESERVAS AL SECTOR PÚBLICO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS, pág. 169. En Revista de Administración Pública, N° 134, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional española ha afirmado que la libertad de empresa debe ser entendida como libertad de actuación¹⁷⁷. En ese sentido, consideramos que el empresario educativo peruano está privado de ejercer su actividad económica en libertad, el Estado le prohíbe activar mecanismos para poder cobrar al padre moroso e irresponsable que la pensión de enseñanza atrasada de su menor hijo. El Estado no permite la libre actuación empresarial del proveedor de servicios educativos.

Dicho lo anterior, se puede dejar por sentado que el derecho de organización o de libertad de ejercicio empresarial es vulnerado por la Ley N° 27665, Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al Pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados. En esa lógica, el derecho fundamental de Libertad de Empresa es conculcado por el mismo dispositivo legal.

Por otra parte, el derecho fundamental de la Libertad de Empresa merece protección del ejercicio abusivo o negligente que pueden ejecutar los poderes públicos (en el caso de nuestra investigación el Congreso de la República al promulgar la Ley N° 27665). El derecho fundamental de la Libertad de Empresa no es respetado por el Estado Peruano, ya que con su accionar jurídico y administrativo deja en una situación difícil al empresario educativo.

4.1.2. El dirigismo contractual frente al servicio educativo privado

Un contrato de servicios educativos se perfecciona cuando el consumidor recibe la prestación del servicio a cambio de un pago, y de la otra parte, el proveedor brinda un servicio y por este recibe un pago.

¹⁷⁷ STC 64/1990.

Lo anterior encaja en la definición de contrato que hace el maestro Max Arias-Schreiber Pezet:

“El contrato es el acuerdo entre dos o más partes relacionados con un objeto de interés jurídico. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones con contenido patrimonial y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia”¹⁷⁸.

Pero qué pasa, si es que el consumidor quiere recibir el servicio sin pagar oportunamente. La relación correcta sería que, el proveedor suspenda el servicio brindado porque ya no media un pago.

Lo anterior no ocurre en los servicios educativos privados. El negocio educativo tiene una lógica injusta. Si el consumidor no paga, incumple la relación contractual, contraviene el principio de *pacta sunt servanda*; puede exigir que se le siga brindando el servicio. Así es, el consumidor de servicios educativos puede recibir el servicio hasta por un año sin mediar pago alguno. Lo anterior, daña vulgarmente la relación contractual, vulnera el principio fundamental del derecho de los contratos: el principio de *pacta sunt servanda*¹⁷⁹.

Con la Ley N° 27665, el Estado permite al consumidor recibir servicios sin mediar una contraprestación oportuna, de esa manera el Estado interviene en el contrato de servicios educativos obligando al proveedor frente al consumidor.

¹⁷⁸ ARIAS SCHREIBER, Max. CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. EXEGESIS, pág. 13. Tomo Uno, Editorial Studium, Lima, 1986.

¹⁷⁹ Significa que el contrato obliga a los contratantes y debe ser puntualmente cumplido, sin excusa ni pretexto. Los pactos deben ser cumplidos.

Esta figura, ha sido desarrollado por la doctrina civilista, precisamente el derecho contractual lo llama dirigismo contractual.

Al respecto, Jorge Enrique Céspedes Ramírez cuando estudia las principales corrientes doctrinarias de la contratación civil, aborda el dirigismo contractual mencionando lo siguiente:

“Tiene como ponente de esta doctrina al decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Lyon, JOSSERAND, quien sostiene que cuando el orden civil no obedece a la realidad social, el Estado debe de intervenir con la finalidad de proteger a las partes más débiles del mismo”¹⁸⁰.

Por su parte, el decano de la facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo de Chile, Pablo Rodríguez Grez nos menciona:

“El llamado contrato dirigido, en el cual es la ley o la autoridad, en su caso, la que fija el contenido y las cláusulas de la convención, correspondiendo a las partes suscribirlo sin posibilidad de alterar sus términos. Este tipo de relación va unido al "contrato forzoso", que se impone a quienes participan en el mercado, especialmente cuando se trata de concesiones públicas o servicios de alta sensibilidad social”¹⁸¹.

¹⁸⁰ CÉSPEDES RAMÍREZ. Jorge Enrique. PRINCIPALES CORRIENTES DOCTRINARIAS DE LA CONTRATACIÓN CIVIL, pág. 104. En: Revista de Investigación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Vol. 2, Lima, 2000.

¹⁸¹ RODRIGUEZ GREZ, Pablo. DE LA ADHESIÓN AL DIRIGISMO CONTRACTUAL. Disponible en: <http://derecho-scl.udd.cl/files/2013/05/De-la-adhesi%C3%B3n-al-dirigismo-contractual.pdf>. Extraído el 30 de octubre de 2017.

El dirigismo contractual o contrato dirigido aparece frente a la debilidad de una de las partes en una relación contractual, pero esa figura, en la actualidad, se ha alterado.

El legislador, como lo hemos señalado anteriormente, utiliza este tipo de instrumentos jurídicos para ganar réditos políticos enarbolando la bandera de la defensa del consumidor. Desde una posición crítica, el jurista Carlos Torres y Torres Lara manifiesta:

“El legislador un día piensa que los alquileres están muy altos, y entonces promueve una ley normando que los alquileres queden congelados, y por supuesto, muchos aplauden, pero no piensan en aquella anciana que vive de los alquileres de su casa, o en aquel que trabajó durante 50 años y tiene una indemnización que la invirtió en un pequeño departamento que le sirve para sobrevivir, no se piensa en el enfermo que con ese arrendamiento está pagando su medicina. Esa justicia general no es justicia”¹⁸².

Pablo Rodríguez Grez no se equivoca cuando afirma que:

"Existirá siempre la tentación insuperable de las corrientes políticas de asumir la defensa del consumidor pregonando la necesidad de salvaguardar la justicia conmutativa y, por cierto, su provecho electoral"¹⁸³.

¹⁸² TORRES Y TORRES LARA, Carlos. Op. cit, pág. 18.

¹⁸³ *Ibíd.*

El papel del legislador no puede ser irresponsable frente al tratamiento de la economía y de los actores que interactúan en este:

“El legislador debe garantizar normas claras para la actividad económica del comerciante honrado, para el principio de la buena fe, para la seguridad del derecho”¹⁸⁴.

La Ley N° 27665, no puede seguir vigente en nuestro ordenamiento, no solo vulnera la libertad de empresa, sino que también vulnera el principio de *pacta sunt servanda*. Afecta el libre derecho de gestión u organización que tiene el empresario educativo y desnaturaliza las relaciones contractuales del negocio educativo.

4.1.3. La Ley N° 27665, contraviene lo señalado en la Constitución Económica Peruana

En el capítulo primero de esta tesis, hemos señalado el régimen económico del Estado peruano consagrado en la Constitución de 1993. Al revisar conceptos básicos del derecho constitucional económico, hemos notado que la Ley N° 27665 contraviene con varios puntos de los desarrollados.

La Ley N° 27665, contraviene el modelo de la economía social del mercado, debido a que al desarrollarse este injusto económico y jurídico, de recibir prestación y no pagar oportunamente por el mismo, se está perturbando el mercado.

¹⁸⁴ THESING, Josef. POLÍTICA, ÉTICA Y ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, pág.80. Instituto de Estudios Sociales Cristianos, Lima, 2015.

Al respecto, José Carlos Vera La Torre señala:

“Uno de los principios básicos de la economía social de mercado es el funcionamiento eficiente del mercado; cuando esto no ocurre, los agentes económicos resultan perjudicados”¹⁸⁵.

En la relación comercial entre consumidor de servicios educativos y el proveedor o empresario educativo el mercado no se desarrolla de forma eficiente, porque el empresario se perjudica al no recibir la contraprestación de manera oportuna.

En el modelo de la economía social de mercado el papel del Estado es la de un árbitro, que no debe inclinar la balanza para ninguno de los actores del mercado.

Sobre esto, el jurista Luis Gallegos Molina señala que la función del Estado en la economía social de mercado:

“Es impulsar y promover la iniciativa privada de las personas, de los empresarios en todas sus dimensiones, para que sean estos quienes impulsen la actividad económica y que -el Estado- debe cumplir un rol de árbitro y proveedor de las condiciones que propicien el crecimiento económico, favorezcan la igualdad de oportunidades”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ VERA LA TORRE, José Carlos. Op. cit, pág. 25.

¹⁸⁶ GALLEGOS MOLINA, Luis. Op. cit, pág. 13.

En la relación de consumo, que venimos estudiando, el Estado no cumple el papel de árbitro, por el contrario apoya la cultura de la irresponsabilidad del padre de familia que no paga por el servicio recibido, y pero aún sanciona al empresario educativo si es que suspende la prestación.

El sujeto que vive en el marco de la economía social de mercado debe poder practicar la libertad del comercio, la libertad de ejecutar contratos, entre otras facultades que le permite el modelo, con responsabilidad frente a otros.

Por su parte, José Carlos Mallma Soto nos dice que:

“La regulación de la defensa del consumidor no puede ir contra los principios constitucionales configuradores del modelo económico”.

Lo dicho por Mallma Soto, comulga con nuestra visión de que la defensa del consumidor no puede ser motivo para perjudicar al proveedor de servicios educativos privados.

4.2. El Estado beneficia en demasía a los consumidores del servicio educativo particular en desmedro del empresario educativo

La Ley N° 27665, materia de análisis de la presente tesis, ampara y protege a los padres de familia y alumnos (consumidores de servicio educativo particular) que no pagan su deudas contraídas con las instituciones donde matricularon a sus hijo. De esa manera, el Estado ampara los comportamiento irresponsables de estos padres que contraen deudas y no los pagan.

El padre-consumidor, al escudarse en esta Ley, la norma estaría incentivando, desarrollando y promoviendo una cultura del incumplimiento del contrato, de la inejecución de las obligaciones. Fenómeno negativo y pernicioso no solo para las relaciones jurídicas obligacionales en general, sino para las instituciones educativas privadas y para la misma economía social de mercado en la que los ciudadanos peruanos nos encontramos insertados.

4.2.1. La Ley N 27665 perjudica el presupuesto de las instituciones educativas privadas

Si esta Ley sigue vigente, en nuestro ordenamiento, seguirá afectando gravemente las economías de las instituciones educativas privadas, especialmente las más pequeñas. Son estas instituciones, principalmente, las que no tienen contingencias para poder afrontar la problemática económica del no pago de pensiones de parte de los padres irresponsables. Las instituciones educativas particulares grandes si pueden enfrentar estos embates. De esta manera, esta Ley afecta a las instituciones privadas pequeñas o de poco capital, porque estas pueden quebrar o dar un servicio educativo pésimo por la carencia de ingresos. Todo esto por la cultura de la irresponsabilidad que desarrollan los padres que no pagan sus deudas educativas.

La ejecución y vigencia de la Ley N° 27665 no solo vulnera el derecho de la libre empresa, en la acepción que ya hemos señalado, sino que también perjudica el desarrollo económico de las empresas educativas privadas, llevándolos a un estado de iliquidez¹⁸⁷. Tal condición se da, principalmente en las pequeñas empresas que no carecen de muchos activos.

¹⁸⁷ Falta transitoria de capital necesario para hacer frente a compromisos comerciales.

Frente a esta cultura de la irresponsabilidad, nos queda preguntar ¿Qué comportamiento debe adoptar el empresario de servicios educativos privados? El empresario educativo o promotor, frente a esta realidad, se siente frustrado e impotente porque el padre de familia deudor se zorra en la deuda y reclama que se le siga brindando el servicio porque la Ley lo ampara. El promotor educativo no puede ejercer su derecho de organización o gestión, por ende el de Libertad de Empresa, porque hay un miedo a que el INDECOPÍ accione contra él y le imponga sanciones económicas, tal como ya lo hemos señalado en esta investigación.

La cultura de la irresponsabilidad, a decir de Gonzalo Olmos, genera esa temible y contagiosa sensación de frustración e impunidad que proyecta un mensaje bien amargo, en el que la irresponsabilidad se abre paso como conducta provechosa y tolerable¹⁸⁸.

En una sociedad, como la nuestra, donde el índice de morosidad es considerable, el Estado no puede respaldar esta postura irresponsable del padre de familia. El mismo Estado está promoviendo el accionar irresponsable del consumidor de servicios educativos al mantener vigente la Ley N° 27665, y con esto perjudica al empresario educativo.

4.2.2. El Estado actúa de una forma paternalista

Así las cosas, el Estado actúa de una manera paternalista, favoreciendo al consumidor frente al empresario educativo, sin importarle que se vulnere el derecho fundamental de este último.

¹⁸⁸ OLMOS, Gonzalo. LA CULTURA DE LA IRRESPONSABILIDAD. Disponible en <https://www.lavozdeasturias.es/noticia/asturias24/2016/06/06/cultura-irresponsabilidad/00031465238850642452214.htm>. Extraído el 1 de setiembre de 2017.

Al respecto, el jurista peruano y estudioso del derecho constitucional económico, Alfredo Quispe Correa nos dice:

“El Estado no debe darlo todo y, menos, gratuitamente, pero debe crear las condiciones que permitan que cada hombre compita en igualdad de condiciones y que las diferencias personales hagan el resto”¹⁸⁹.

Por su parte, el constituyente de 1993, Carlos Torres y Torres Lara sustenta que la Carta Política de 1993 es más pro-consumidor:

“Al analizar el régimen económico señalamos que la nueva Constitución de 1993 traslada el control económico más bien hacia la defensa del consumidor. El centro del Derecho Empresarial deja de ser la empresa misma, para trasladarse a la relación empresa consumidor, que es donde el Estado ahora puede jugar un papel más objetivo”¹⁹⁰.

La visión del maestro Torres y Torres Lara fue acertada en su momento. El constituyente no vislumbraría que esa visión pro-consumidor sería malinterpretada por el consumidor del siglo XXI, quien amparándose en esa visión pro-consumidor de nuestra Constitución desarrollaría una cultura de la irresponsabilidad, tal como lo hemos descrito en esta tesis.

En una economía social de mercado, el Estado no debe inmiscuirse de forma tan abrupta, en una relación de consumo, como lo hace al mantener vigente la Ley N° 27665.

¹⁸⁹ QUISPE CORREA, Alfredo. Op.cit, pág. 33.

¹⁹⁰ TORRES Y TORRES LARA, Carlos. TESTIMONIO PERSONAL, pág. 269, Asesorandina Publicaciones, Lima, 2002.

El Estado como buen árbitro de nuestra economía, debería ser el justo salomónico y velar por que los derechos de uno u otro no se conculquen, cosa que no ocurre en la relación de consumo promotor-padre de familia. El estado no puede apañar actitudes irresponsables de los actores del mercado.

Las empresas educativas privadas deben actuar en un contexto de libertad, y no de restricciones de parte del Estado. No olvidemos que estas empresas apoyan al Estado en su labor de brindar servicios educativos a la sociedad, el Estado no podría cumplir con brindar el servicio educativo a todo el país, colapsaría.

El Estado: no tiene infraestructura, ni personal suficiente para atender a tantos estudiantes (8 millones 600 mil estudiantes de colegios públicos y privados a nivel nacional según el MINEDU).

La empresa educativa privada apoya al Estado, por tal motivo el Estado debe apoyar a estas instituciones y no restringir con normas, como la Ley N° 27665, su accionar empresarial.

Esperamos que esta Ley, N° 27665, sea derogada o modificada y se implemente una norma que no vulneré el Derecho de Libertad de Empresa que tiene el promotor educativo de los colegios privados a nivel nacional.

4.2.3. El papel del Tribunal Constitucional frente a Libertad de Empresa

El lector acucioso podrá inferir que la Ley N° 27665, protege el Derecho Constitucional a la Educación y frente al Derecho de Libertad de Empresa puede oponerse. Además, profundizando más su crítica sobre nuestra tesis, se puede apoyar en lo dictaminado nuestro Tribunal Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por Colegio de Abogados de Lima Norte contra la La Ley N° 29947, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados (Ley similar a la N° 27665); que fue declarado infundado.

Al respecto, podemos contravenir afirmando que en el caso de conflicto entre dos derechos constitucionales o fundamentales, se pueden tomar dos acciones. La primera, imponer un derecho fundamental sobre otro y la segunda, procurar la convivencia de ambos.

Si recurrimos a lo primero, imponer un derecho fundamental sobre otro, podemos mencionar que en el ordenamiento europeo ya se está desarrollando jurisprudencia, en la cual prevalece el derecho fundamental de Libertad de Empresa sobre otros derechos sociales (la educación es un derecho social)¹⁹¹.

El jurista español Pedro Mercado Pacheco comenta, sobre la primacía del Derecho de Libertad de Empresa en el ordenamiento europeo, lo siguiente:

¹⁹¹ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: asunto Viking C-438/05 (2007); asunto Laval C-341/05 (2007); asunto Ruffer C-346/06 (2008) y Asunto Luxemburgo C-319/06 (2008).

“Su posición en el ordenamiento comunitario le ha otorgado una situación de centralidad y de primacía sobre otros derechos, específicamente, los derechos sociales”¹⁹².

Asimismo, Respecto a la STC 0011-2013, que declaró infundado el Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley N° 29947 (Ley similar a la N° 27665) por el Colegio de Abogados de Lima Norte, podemos contradecirlo de la siguiente manera.

Que, dentro del mismo Tribunal Constitucional hay una voz discordante. La resolución que declara infundada el proceso de inconstitucionalidad no fue votada por unanimidad, el magistrado Sardón de Taboada ejerció su derecho de voto singular. De esa manera, disiente con el razonamiento de los demás magistrados.

El magistrado Sardón de Taboada opinó, en contra de lo acordado por los otros seis miembros del Tribunal Constitucional, lo siguiente:

“Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito este voto singular, al no concordar con los fundamentos ni con lo resuelto en la sentencia en mayoría, que declara INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte contra el artículo 2° de la Ley N.° 29947.

¹⁹² MERCADO PACHECO, Pedro. LIBERTADES ECONÓMICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL ORDENAMIENTO MULTINIVEL EUROPEO.

Disponibile en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/1990/3046>. Extraído el 6 de agosto de 2017.

A mi juicio, ello implica una violación de la libertad de empresa¹⁹³ protegida por el artículo 59° de la Constitución, ya que puede afectar el derecho de dichas instituciones a percibir oportunamente el pago que les corresponde como contraprestación por sus servicios”.

Aunado a lo anterior, el magistrado afirma que como el servicio educativo privado se desarrolla en marco de libre competencia, el Estado no debe regular los cobros, sino el que se encarga es la misma competencia.

“Siendo éste un sector en el que hay competencia, no hay razón para hacerlo. En un régimen constitucional económico como el nuestro, las conductas empresariales, incluyendo la forma en que se cobra por los servicios prestados y se trae a valor presente los bienes futuros, están regulados por la competencia, no por el Estado”¹⁹⁴.

Sardón de Taboada no solo menciona que con esta resolución se está vulnerando el derecho constitucional de la Libertad de Empresa, si no que se vulnera otros derechos más como son: la libre iniciativa privada, libertad contractual, la seguridad jurídica, entre otros. El magistrado finaliza afirmando:

“La sentencia en mayoría justifica la violación de todas estas libertades con el argumento de que la educación es un "derecho". Empero, pasa por alto que, en el largo plazo, se perjudicará a los estudiantes, ya que se desincentivará la consolidación de las instituciones existentes, y la formación de nuevas y aún mejores en el futuro”¹⁹⁵.

¹⁹³ La cursiva es nuestra.

¹⁹⁴ EXP. N° 00011-2013-PI/TC-VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

¹⁹⁵ *Ibídem*.

De esta manera, podemos concluir que la Resolución que declara infundado al Proceso de Inconstitucionalidad (Exp. N° 0011-2013) no es muy sólida en su razonamiento y objetivo de superponer el derecho a la educación sobre el derecho a la libertad de empresa.

Creemos, que el Tribunal Constitucional debe velar por el respeto del Régimen Económico de nuestro país, y los derechos fundamentales relacionados con el mismo. Esa línea la venía desarrollando de buena manera y con excelente jurisprudencia.

Por su parte, Richard Martin Tirado también critica el accionar de nuestro Tribunal Constitucional cuando se pronuncia en contra de la política económica que viene rigiendo nuestro país desde la dación de la Constitución de 1993.

“La jurisprudencia del TC no puede desconocer las políticas de Estado ni ejercer su poder sin límite alguno. En tal sentido, es importante tomar en cuenta que las entidades del Estado de derecho. Por ello, el TC no debe generar señales contradictorias o extrañas al proceso de inversión privada”¹⁹⁶.

Ahora bien, no somos de la idea que la empresa se superponga sobre todo el derecho peruano, no defendemos la ortodoxia. Buscamos que los actores del mercado desarrollen sus actividades si perjudicar económicamente a otro. Consideramos que la libertad de empresa es vital para que nuestro sistema económico funcione, y si esto ocurre eficientemente, no solo beneficia al empresario, sino también al consumidor y hasta al propio Estado.

¹⁹⁶ MARTÍN TIRADO, Richard. Op. cit. pág. 42.

Es bueno señalar, que nuestra Carta Política, menciona que este derecho se puede limitar cuando en su ejecución se desarrollan actos lesivos a la moral, a la salud y a la seguridad pública. Consideramos que en el tema de prestación del servicio educativo privado, que venimos estudiando, no se concretan esos actos prohibidos por el constituyente.

4.3. El Estado debe regular razonablemente las relaciones de consumo entre el empresario y el consumidor de servicios educativos

No es intención de nuestro trabajo de tesis, defender radicalmente la libertad de empresa, no creemos en la ortodoxia. Lo que buscamos es que el Estado regule razonablemente la relación de consumo del empresario y del consumidor de servicios educativos. Queremos que el empresario educativo pueda tener la libertad de desarrollar sus actividades sin una Ley que lo limite de forma tan poco razonable.

4.3.1. El Estado debe promover la empresa educativa creando normas que incentiven el buen funcionamiento del mercado.

Consideramos que el Estado debe permitir el desarrollo empresarial del sector educativo privado, teniendo en cuenta que la empresa privada es la clave del desarrollo de nuestro país. El Estado debe actuar razonablemente y no bajo la lógica del populismo.

En ese sentido, el maestro Alfredo Quispe Correa, cuando estudia el tratamiento de la empresa en la Constitución de 1993, menciona:

“La empresa como clave de desarrollo. Lo que implica modernización, empleo y desenvolverse en un clima de libertad, no de restricciones. O bajo la incertidumbre de una intervención estatal. Como fue el signo de gobiernos demagógicos influenciados en ilusas banderas de justicia social”¹⁹⁷.

Nótese, que Quispe Correa señala que el empresario peruano debe desenvolverse en un clima de libertad y no atemorizarse por la intervención estatal, que eso es demagogia. Lamentablemente, los miembros del Legislativo al emitir la Ley N° 27665 estaban haciendo populismo, y de esa manera, buscaban congraciarse con sus electores, contraviniendo la idea de empresa que el constituyente de 1993 quería para el Perú.

Por su parte, Gastón Remy Llerena y Nelly Villar Barnuevo, cuando estudian los factores que influyen en el desarrollo de una empresa, señalan sobre los factores políticos lo siguiente:

“Los entendemos como resultado de políticas de gobierno nacional, regionales o locales, que tienen su expresión en la legislación imperante en un país dado en determinado tiempo. Efectivamente existen actos de gobierno, consecuencia de determinada ideología o doctrina política, que se expresan en legislación a cumplirse por los empresarios”¹⁹⁸.

¹⁹⁷ QUISPE CORREA, Alfredo. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA, pág. 84. En: Revista Vox Juris Año:17, N° 13. Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2009.

¹⁹⁸ REMY LLLERENA, Gastón y VILLAR BARNUEVO, Nelly. DERECHO EMPRESARIAL, pág. 40. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008.

El empresariado debe cumplir las normas emanadas por el Estado, eso es real y concreto, pero si estas normas vulneran un derecho fundamental es deber de los estudiosos del derecho hacer esa precisión, y en medios como este, buscar dejar sin efecto esa norma que vulnera un derecho fundamental.

Richard Martín Tirado, en concordancia con lo que venimos mencionando, afirma que:

“Existe en nuestro país una excesiva intromisión política en los asuntos de promoción de la inversión privada que pueden desincentivar las presentaciones de iniciativas. Urge por ello delimitar el rol de las entidades fiscalizadoras y del propio Congreso de la República”¹⁹⁹.

El Estado debe ser muy cuidadoso cuando limita el derecho de organización del empresario y con ello los competentes del mismo: dirección o gestión. El Estado puede desincentivar la actividad del empresario educativo y este puede quebrar o retirarse del mercado. Si ese fue el caso, todo el servicio educativo no podría ser cubierto por el propio Estado, por las razones que ya hemos señalado líneas arriba.

Christian Guzmán Napurí, cuando estudia la restricción a la libertad de dirección, menciona:

“En cuanto a la libertad de dirección, las limitaciones tienen un evidente origen en la regulación económica y, en especial en el hecho que las actividades en cuestión sean considerados servicios públicos.

¹⁹⁹ MARTÍN TIRADO, Richard. BALANCE Y PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN DE LAS INICIATIVAS PRIVADAS EN EL PERÚ. En: CONSTITUCIÓN, ECONOMÍA Y EMPRESA EN EL PERÚ. pág. 42. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2010.

*Sin embargo, la doctrina moderna tiene mucho cuidado en dicha regulación, puesto que podría resultar muy pernicioso. Una regulación indebida de esta naturaleza lo único que va a originar es la falta de incentivo para la realización de la actividad en cuestión*²⁰⁰.

En tal sentido, el Estado cuando norma relaciones comerciales debe hacerlo bajo la lógica de no vulnerar derechos fundamentales. En nuestro caso, no debe vulnerar la libertad de empresa, piedra angular de nuestra economía de mercado, porque si lo hace puede afectar la misma realización del servicio educativo.

4.3.2. La búsqueda de una postura no conflictivista

Ahora bien, se puede afirmar que la propuesta que presentamos vulnera el derecho constitucional a la Educación, que la Ley N° 27665 protege este derecho frente al accionar el proveedor del servicio educativo.

Bueno, de nuestra parte afirmamos, en el desarrollo de esta tesis, que la Ley N° 27665 vulnera el derecho fundamental de la Libertad Empresa. Esto no quiere decir, que estamos en contra del derecho fundamental de la Educación, no podríamos estarlo. Sino que, tomamos una postura no conflictivista de estos derechos (libertad de empresa y educación), ya que ambos derechos tratan la dignidad humana y, en nuestra posición, no queremos que sobreponga una sobre otra.

Cuando se estudia la colisión o antagonismo de dos derechos fundamentales o constitucionales se aborda el tema de dos formas.

²⁰⁰ Ídem.

La primera, es procurar la convivencia de ambos derechos, lo que la doctrina llama teoría no conflictivista; la segunda, es que el ejercicio de un derecho debe limitar a otro, esta última es llamada teoría conflictivista.

Sobre la teoría no conflictivista, el profesor Juan Carlos Díaz Colchado menciona:

*“Para los no conflictivistas el contenido normativo de un derecho fundamental puede determinarse apriorísticamente en un caso, a partir de lo establecido en el texto constitucional, en la medida en que se entiende que todos los atributos subjetivos iusfundamentales del ser humano son partes de una unidad inescindible: la esencia del ser humano que radica en su dignidad”*²⁰¹.

Para los no conflictivistas el método para establecer el contenido de un derecho fundamental son los criterios de interpretación: literal, sistemático y de unidad de la Constitución. El Derecho fundamental interpretado debe comprenderse como parte de un sistema y no separado del resto de derechos fundamentales, formando de esta una unidad.

En ese sentido, podemos afirmar que la postura de Hugo Carrasco Mendoza se enmarca en el desarrollo de la teoría no conflictivista:

*“De esta manera, cuando se presenta un supuesto de concurrencia conflictiva de dos derechos fundamentales, siguiendo el principio de interdependencia de los derechos fundamentales, el ordenamiento deberá procurar la convivencia simultánea de ambos (en una relación de coordinación)”*²⁰².

²⁰¹ DÍAZ COLCHADO, Juan Carlos. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE EMPRESA, pág. 355. En Revista Gaceta Constitucional N° 39, Lima, 2011.

²⁰² CARRASCO MENDOZA, Hugo. EL CONTENIDO Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SU ARTICULACIÓN CON EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL. Extraído el 1 de agosto de 2017. Disponible en http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_55/doc_boletin_55_1.pdf

Asimismo, sobre la teoría conflictivista, el mismo Juan Carlos Díaz Colchado menciona:

“Los conflictivistas parten del supuesto de que los derechos tienen un contenido normativo que no puede determinarse de manera previa al caso, sino que este contenido es resultado de la ponderación entre los derechos en conflicto que se hace a partir de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto”²⁰³.

En ese sentido, lo escrito por Alex Zambrano Torres se entiende dentro la posición conflictivista.

“Así el derecho a la libertad de empresa solo puede ser limitado por otro derecho constitucional, y no por un derecho de menor jerarquía. El Estado, la sociedad y la persona jurídica o natural está obligado a esto, como un imperativo categórico, e ineludible”²⁰⁴.

En el estudio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se encuentra un razonamiento de acorde a la teoría conflictivista, ya que nuestro intérprete de la Constitución emplea mayoritariamente el principio de proporcionalidad.

²⁰³ DÍAZ COLCHADO, Juan Carlos. Op. cit, pág. 356.

²⁰⁴ ZAMBRANO TORRES, Alex. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL. Disponible en <http://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/> Extraído el 01 de agosto de 2017.

A pesar de la presencia de la posición conflictivista en nuestra jurisprudencia constitucional, en nuestra doctrina, tal como lo señala Juan Díaz Colchado, encontramos a un firme defensor de la posición no conflictivista: el profesor Luis Castillo Córdova.

El profesor Castillo Córdova critica lo nefasto que es superponer un derecho fundamental sobre otro. Critica la posición conflictivista, porque considera que eso perjudica a uno de los derechos en conflicto. Castillo Córdova comenta que los derechos deben ser interpretados de forma armónica.

“Las posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales traen consecuencias bastante nefastas para la vigencia efectiva de los mencionados derechos. Es imperioso formular una nueva interpretación que permita la plena normatividad de todas las normas constitucionales y, en particular, de las que reconocen derechos. Es decir, se trata de llegar a unos presupuestos y modos de entender los derechos de las personas que permitan una interpretación armonizadora de los mismos²⁰⁵.”

Precisamente, la posición no conflictivista señala que a ningún derecho fundamental se le puede exigir sacrificarse otro. A decir de Castillo Córdova, los verdaderos conflictos sólo pueden verificarse en el ámbito de las pretensiones o de los intereses que en un litigio concreto presenten las partes. En ese sentido, lo que existe son los conflictos entre pretensiones basadas en derechos y no los conflictos entre derechos.

²⁰⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. ¿EXISTEN LOS LLAMADOS CONFLICTO DE DERECHOS? págs. 109-110. En: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 12, México, 2005.

Nuestra posición, frente a estas dos teorías (conflictivista y no conflictivista), es la adhesión a esta última. Comulgamos con esta posición, porque creemos que un derecho fundamental no se puede proteger conculcando a otro, por el contrario bajo el principio de unidad. El Estado debe garantizar, a la hora de intervenir legislativamente en las relaciones comerciales, que en nuestro ordenamiento no haya leyes dicotómicas, que en el ejercicio de las mismas no vulneren derechos fundamentales. De esa manera estamos apostando y comulgando con la teoría no conflictivista de los derechos fundamentales

Dicho lo anterior, buscamos que tanto el derecho a la Educación como el derecho a la Libertad de Empresa no sean dañadas. El Estado debe promulgar normas que velen por desarrollo armónico de los derechos fundamentales que estamos señalando.

En ese sentido, cuando Nubia Mongui Marchán estudia las características de la intervención legislativa del Estado en la economía menciona que debe estar destinado a la:

"Armonización de intereses contrapuestos: las empresas buscan primordialmente maximizar sus utilidades y el consumidor, mayor calidad y menor precio"²⁰⁶.

Además, Mongui señala que es necesaria la intervención estatal para poder subsanar las falencias que se desarrollan en el mercado:

²⁰⁶ MONGUI MARCHÁN, Nubia. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA LIBERTAD ECONÓMICA, LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, pág.177. En: Revista Ite ad Veritatem N° 10, Universidad Santo Tomas, Tunja, Colombia, 2012.

“La intervención tiene razón de ser para lograr el equilibrio general del mercado, ya que éste en su movimiento y funcionamiento construye falencias que no se superan rápidamente”²⁰⁷.

En el desarrollo de esta tesis exponemos una falencia en la relación mercantil entre el consumidor y proveedor de servicios educativos, buscamos que el Estado logre un equilibrio de los derechos de estos actores, y eso solo se logrará si es que se deroga o modifica la Ley N° 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados.

Al respecto, la abogada y Máster en Análisis Económico del Derecho en el Instituto Ortega y Gasset de España, Evelyn Chumacero Asención menciona:

“Si nos detenemos a ver lo que ocurre con los proveedores del servicio, los resultados no serían alentadores. Frente a este marco legal, los colegios deben asumir el pasivo que representa un consumidor que no cumple con las obligaciones económicas a las cuales se comprometió e incluso, asumir que dichos montos probablemente no puedan ser nunca recuperados, ya que el mecanismo de retención de certificados no es efectivo. Frente a este panorama, estamos convencidos que, si bien el servicio educativo que ofrece el sector privado no puede desconocer el derecho fundamental a la educación de los menores, las implicancias económicas para este tipo de mercado no pueden ser dejadas de lado al adoptar posiciones normativas. Sería de vital importancia dotar a los centros educativos de mecanismos efectivos para lograr el cobro de las acreencias e incentivar la actuación responsable de los padres de familia al momento de decidir por la contratación de un servicio privado de educación”²⁰⁸.

²⁰⁷ *Ibíd*em, pág. 192.

²⁰⁸ CHUMACERO ASENCION, Evelyn. ¿SUSPENDER O NO SUSPENDER EL SERVICIO EDUCATIVO POR FALTA DE PAGO DE PENSIONES? *Circulo de Derecho Administrativo*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=76. Extraído el 25 de junio de 2017

No estamos en contra de la intervención del Estado en el mercado, pero queremos que el Estado sea un interventor justo y no paternalista. Cuando el Estado produce normas equilibradas y razonables el empresario los cumple y respeta, porque dentro de ese accionar, el empresario asume, que está el futuro de su empresa. Desde esta óptica, María Elena Grueso Rodríguez señala

“La intervención del Estado en la economía de sus naciones, lejos de ser perjudicial para los mercados, es beneficiosa y redundante en el respeto de los derechos de los productores que asumen su posición en cumplimiento de la normatividad existente”²⁰⁹.

El derecho fundamental de la Libertad de Empresa puede mantener una relación horizontal con el derecho a del consumidor de servicios educativos privados. Ambos derechos pueden desarrollarse armónicamente sin necesidad de sobreponer uno sobre el otro. La lógica del mercado y del propio proceso productivo hacen que el empresario y consumidor tengan una relación armónica, no solo en su accionar, sino que también en sus derechos.

En ese sentido, el jurista y profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Julio Alvear Téllez menciona:

“La concurrencia entre empresario y consumidor es exigida por la lógica misma del sistema. Por su parte, la protección del consumidor entra como elemento de regulación del mercado. Pero de valor altamente positivo. Sin la actividad de uso y disfrute de los bienes y servicios, y su consecuente garantía jurídica, la economía contemporánea y la misma libertad económica aneja a ella quedarían sin movimiento suficiente. Del buen

²⁰⁹ GRUESO RODRÍGUEZ, María Elena. LA COMPETENCIA Y LA INTERVENCIÓN ESTATAL, pág. 65. En: Revista Republicana N° 09, Corporación Universitaria Republicana, Bogotá, 2010.

funcionamiento del proceso productivo, se exige que empresario y consumidor concurren como agentes económicos que se necesitan mutuamente como dos eslabones de una misma cadena”²¹⁰.

Nuestra tesis, al buscar la derogación o modificación de la Ley N° 27665, no busca contravenir con el contenido del Derecho del Consumidor. Queremos, que el consumidor sea protegido por el ordenamiento, pero respetando el derecho fundamental a la Libertad de Empresa.

"Por su parte, si bien la legislación debe tender a un alto nivel de protección del consumidor, su sentido desde la lógica del mercado es que sea armónico con las libertades del empresario, de manera de volver más operativo a este”²¹¹.

La intervención del Estado, en nuestra economía, se fundamenta en el tipo de economía que tenemos: la economía social de mercado. La economía social de mercado se opone a la economía de *laissez faire*²¹², en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico. Una máxima de este tipo de economía es: el mercado se regula solo. Nosotros, no estamos a favor del liberalismo económico ortodoxo. Si el Estado regula las relaciones de consumos de servicios educativos, es bienvenido, pero siempre en cuando no limite el derecho fundamental de libertad de empresa que tiene el proveedor de servicios educativos privados.

Si el Estado está facultado para intervenir en las relaciones de mercado: La pregunta que salta a la vista sería: ¿Cuál deber ser la línea que debe seguir el Estado cuando interviene en las relaciones de comerciales de nuestra sociedad?

²¹⁰ ALVEAR TÉLLEZ, Julio. CONSUMIDOR Y EMPRESARIO: ¿RELACIONES JURÍDICAS CONFLICTIVAS? HACIA UNA CONCEPCIÓN RELACIONADA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR, pág. 822. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2016.

²¹¹ ALVEAR TÉLLEZ, Julio. Op. cit, pág. 823.

²¹² Significa “dejad hacer”. En economía se utiliza para referirse a la doctrina del liberalismo económico que plantea que la intervención del Estado en la economía y los negocios debe ser mínima o nula.

Al respecto, Diego Zegarra Valdivia propone:

“La intervención del Estado se debe orientar a corregir las deficiencias del sistema, a promover la competencia, a asegurar el funcionamiento del mercado lo más perfecto posible”²¹³.

El derecho fundamental de la Libertad de Empresa permite que el sistema económico constitucional funcione, y si esto ocurre eficientemente, se beneficia el consumidor, el empresario y Estado.

“La libertad de empresa es una de las expresiones más importantes de la libre iniciativa privada, la cual se ejerce de acuerdo con una economía social de mercado consagrado en la Constitución. Por lo tanto no está diseñada para satisfacer exclusivamente los intereses individuales del empresario, sino para permitir que el sistema de economía de mercado funcione, por lo tanto sirve también para proteger al consumidor, demás empresarios y al propio Estado”²¹⁴.

La intervención económica del Estado deber ser empleada cuidadosamente. No se discute la necesidad de la regulación económica en los supuestos que el mercado tenga problemas dentro de su lógica productiva. Esto hace más eficiente la economía.

²¹³ ZEGARRA, VALDIVIA, Diego. EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA ECONÓMICA RECOGIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993, En APORTES PARA UN ESTADO EFICIENTE. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Editorial Palestra, Lima, 2012.

²¹⁴ CARRANZA, Mercedes y REYNA, Cristina. ¿ES IRRESTRICTA LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL PERÚ? Disponible en <http://upnderechoempresarial.blogspot.pe/2010/07/es-irrestriccta-la-libertad-de-empresa.html>. Extraído el 1 de agosto de 2017.

Sin embargo, Christian Guzmán Napurí nos advierte:

“Dicha actividad reguladora debe estar sometida a límites a fin de que no termine perjudicando derechos fundamentales, en el ámbito jurídico o perjudicando al mercado, en el ámbito económico”²¹⁵.

La Ley N°27665, Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al Pago de Pensiones en Centros Educativos Privados perjudica el derecho fundamental de la Libertad de Empresa. Dentro de la postura no conflictivista de los derechos fundamentales, el Derecho del empresario y el Derecho a la Educación no se oponen, ya que conviven de forma armónica en nuestro ordenamiento. La modificación o derogación de la Ley N° 27665, no contraviene el derecho a la Educación, todo lo contrario, consolida la relación horizontal que deben tener los derechos del empresario y el estudiante.

²¹⁵ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. LA REALIDAD DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO MECANISMO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ECONOMÍA, pág. 255. En Revista de Derecho Administrativo N° 02, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.

CONCLUSIONES

1. La Ley N° 27665, Ley de Protección de la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos Privados vulnera el contenido esencial del Derecho a la Libertad de Empresa consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993.
2. La prohibición de la suspensión del servicio educativo a los consumidores deudores señalada en La Ley N° 27665 vulnera el contenido esencial, de organización o gestión, del Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993.
3. La prohibición de no condicionar la atención de los reclamos de los padres deudores señalada en La Ley N° 27665 vulnera el contenido esencial, de organización o gestión, del Derecho a la Libertad de Empresa en el Perú consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993.
4. La prohibición de la suspensión del servicio educativo a los consumidores deudores, señalada en La Ley N° 27665 vulnera el principio jurídico del derecho civil contractual de *Pacta sunt servanda*.

RECOMENDACIONES

- 1.** Propiciar la derogación o modificación del contenido de la Ley N° 27665 que vulnera el derecho de la libertad de empresa, con los mecanismos que el derecho permite: acción de inconstitucionalidad o ley derogatoria o modificatoria.
- 2.** Promover que el parlamento nacional promulgue normas que garanticen la libertad de empresa del proveedor del servicio educativo privado y el derecho fundamental de la educación del consumidor.
- 3.** Aplicar efectivamente las normas de derecho constitucional y en especial los de régimen económico, donde se establece que el modelo económico peruano es de la economía social de mercado.
- 4.** Procurar la solución efectiva y más favorable en temas relacionados a las relaciones jurídicas de consumos entre el proveedor de servicios educativos privado y consumidor del mismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS SCHREIBER, Max. CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984. EXEGESIS, Tomo Uno, Editorial Studium, Lima, 1986
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Principios del Derecho Público Económico, Ara Editores, Lima, 2004, Pág. 564
- ABAD YUPANQUI, Samuel. CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES, Tercera edición, Palestra Editores, Lima, 2008.
- ACOSTA IPARRAGUIRRE, Vicente. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO. Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2003.
- AMIEL MEZA, Ricardo. ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO. UN SISTEMA DE PAZ, Ricardo Amiel, Lima, 2002.
- ANDIA CHAVEZ, Walter. DICCIONARIO EMPRESARIAL, Imprenta Kurgan, Lima, 2000.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. LA CONSTITUCIÓN DE 1993. ANALISIS COMPARADO, Editora Rao, 5ta edición, Lima, 1999.
- BOLOÑA BHER, Carlos. CAMBIO DE RUMBO, Instituto de Economía de Libre Mercado, 5ta edición, Lima, 1993.
- CAIRO ROLDAN, Omar. LA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO EN PERÚ, Fundación Konrad Adenauer, Lima, 1997.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Comisión de Fiscalización y Contraloría. INFORME FINAL GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCION A LA ECONOMIA FAMILIAR RESPECTO AL PAGO DE PENSIONES EN CENTROS Y PROGRAMAS EDUCATIVOS PRIVADOS.
- CHIRINOS SOTO, Enrique y CHIRINOS SOTO, Francisco. LA CONSTITUCIÓN: LECTURA Y COMENTARIO, Editorial Rodhas, 6ta edición, Lima, 2008.
- DURÁN RIBERA, Willman. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONTENIDO ESENCIAL DEL ESTADO DE DERECHO, En: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Editor Konrad-Adenauer-Stiftung,

Montevideo, 2003.

- ECHAIZ MORENO, Daniel. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. En: CONSTITUCIÓN, ECONOMÍA Y EMPRESA EN EL PERÚ, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2010.
- ERHARD, Ludwig. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO: SU VALOR PERMANENTE, Ediciones RIALP, Madrid, 1994
- FERRAJOLI, Luigi. LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FLORES NANO, Lourdes. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, Pacifico Editores, Lima, 2015.
- GALLEGOS MOLINA, Luis. LA REALIDAD PERUANA Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima, 2014.
- GUTIERREZ CAMACHO, Walter. CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA. En: La Constitución Comentada, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- INDECOPI Y MINISTERIO DE JUSTICIA. MANUAL DE SUPERVISIÓN DE CENTROS EDUCATIVOS PARTICULARES. Tarea Asociación Gráfica Educativa, Lima, 2014.
- KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- LANDA ARROYO, César. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira. INICIACIÓN AL DERECHO, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2006.
- MARTÍN TIRADO, Richard. BALANCE Y PERSPECTIVAS DEL RÉGIMEN DE LAS INICIATIVAS PRIVADAS EN EL PERÚ. En: CONSTITUCIÓN, ECONOMÍA Y EMPRESA EN EL PERÚ, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2010.
- MATOS MAR, José. DESBORDE POPULAR Y CRISIS DEL ESTADO (20 años

después). Fondo editorial del Congreso del Perú. Lima, 2004

- OJEDA MARIN, Alfonso. EL CONTENIDO ECONÓMICO DE LAS CONSTITUCIONES MODERNAS, Instituto de Estudios Fiscales, Documento N.º 14, Madrid, 1990.
- PALOMINO MANCHEGO, José. TEMAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Academia de la Magistratura, Lima, 2000.
- PONCE VEGA, Luis. LA ECONOMÍA DEL PERÚ CONTEMPORANEO: GOBIERNO DE FUJIMORI. En: Compendio Histórico del Perú, Tomo VII, Editorial Milla Batres, Lima, 1998.
- QUISPE CORREA, Alfredo. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA, Maxigraphica Impresores, Segunda Edición, Lima, 2007.
- REMY LLLERENA, Gastón y VILLAR BARNUEVO, Nelly. DERECHO EMPRESARIAL, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2008.
- RIVADENEIRA FRISCH, Juan. ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO, Fundación Konrad Adenauer, Quito, 2009.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, Jorge. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA DEL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ESTUDIO SOBRE SU INTERPRETACIÓN Y LAS DIFICULTADES PARA SU DESARROLLO Y APLICACIÓN, Tesis Doctoral. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España, 2011.
- RUBIO CORREA, Marcial. ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993, Tomo III, Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

MANUAL DE RAZONAMIENTO JURÍDICO, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.
- SALAZAR GALLEGOS, Max. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA. En La Constitución Comentada, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- SÁNCHEZ ALBAREVA, Fernando. APLICACIÓN Y RESULTADOS DEL RÉGIMEN ECONOMICO DE LA CONSTITUCIÓN, En: LA CONSTITUCIÓN DIEZ AÑOS DESPUÉS, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989.

- SCHMITT, Carl. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.
- SHEAHAN, John. LA ECONOMÍA PERUANA DESDE 1950. BUSCANDO UN SOCIEDAD MEJOR, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2001.
- THESING, Josef. Política, ÉTICA Y ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, Instituto de Estudios Sociales Cristianos, Lima, 2015.
- TORRES Y TORRES LARA, Carlos. LA CONSTITUCIÓN ECONOMICA EN EL PERÚ, Desarrollo y Paz Editores, Lima, 1994.
- TESTIMONIO PERSONAL, Asesorandina Publicaciones, Lima, 2002.
- VERA LA TORRE, José Carlos. ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO EN LOS SECTORES SOCIALES, ESAN EDICIONES, Lima, 2003.
- VILLARÁN, Fernando. RIQUEZA POPULAR. PASIÓN Y GLORIA DE LA PEQUEÑA EMPRESA, Ediciones del Congreso de la República, Lima, 1998.
- VILELA CARBAJAL, Jorge. LA JURISPRUDENCIA DEL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, Thomson Reuters, Lima, 2015.
- ZEGARRA, VALDIVIA, Diego. EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA ECONÓMICA RECOGIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993, En APORTES PARA UN ESTADO EFICIENTE. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Editorial Palestra, Lima, 2012.
- EL SERVICIO PÚBLICO. FUNDAMENTOS, Editorial Palestra, Lima, 2005.
- ZEPPERCK, Ralph. EL PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO. En: ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, Instituto Peruano de Estudios Humanistas, Fundación Hans Seidel, Lima, 2001.

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio. CONSUMIDOR Y EMPRESARIO: ¿RELACIONES JURÍDICAS CONFLICTIVAS? HACIA UNA CONCEPCIÓN RELACIONADA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR, En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 43 N° 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2016.
- ÁLVAREZ MIRANDA, ERNESTO. EL MODELO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA. En: Revista Ius et Veritas, N° 48, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.
- BALDEÓN MIRANDA, Carlos. LA LIBERALIZACIÓN INCOMPLETA EN EL PERÚ: VIABILIDAD JURÍDICA DE IMPLEMENTAR UN RÉGIMEN AUTORIZATORIO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, En: Revista de Derecho Administrativo N° 12, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
- BERRÍOS, Milagros. EN 11 AÑOS CASI SE DUPLICÓ EL NÚMERO DE ALUMNOS DE COLEGIOS PRIVADOS. En: Diario La República, 31 de agosto de 2015.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. ¿EXISTEN LOS LLAMADOS CONFLICTO DE DERECHOS? En: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 12, México, 2005.
- EL SIGNIFICADO DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, En: Revista Foro Jurídico N° 13. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.
- CÉSPEDES RAMÍREZ, Jorge Enrique. PRINCIPALES CORRIENTES DOCTRINARIAS DE LA CONTRATACIÓN CIVIL, pág. 104. En: Revista de Investigación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Vol. 2, Lima, 2000.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA, En: Revista Derecho y Sociedad, N° 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.
- DÍAZ COLCHADO, Juan Carlos. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE EMPRESA, En Revista Gaceta Constitucional N° 39,

Lima, 2011.

- GARCIA MANRIQUE, Álvaro. LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL, En: Revista Actualidad Jurídica N°190, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- GIMENI FELIÚ, José María. SISTEMA ECONÓMICO Y DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA VERSUS RESERVAS AL SECTOR PÚBLICO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS, En Revista de Administración Pública, N° 134, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.
- GUZMÁN NAPURÍ, Christian. LA REALIDAD DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO MECANISMO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA ECONOMÍA, En Revista de Derecho Administrativo N° 02, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006.
- GRUESO RODRÍGUEZ, María Elena. LA COMPETENCIA Y LA INTERVENCIÓN ESTATAL, En: Revista Republicana N° 09, Corporación Universitaria Republicana, Bogotá, 2010.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO PÚBLICO PERUANO. En: Revista Ius et Veritas, N° 50, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015.
- LAZARTE MOLINA, Jorge. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO PERUANO, En: Revista Ius et Veritas, N° 26, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- MALLMA SOTO, José Carlos. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS CONSUMIDORES DE SERVICIOS PÚBLICOS REGULADOS EN EL PERÚ, pág. 128. En: Gaceta Constitucional N° 118 (octubre), Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2017.
- MOCK FERREYROS, Francisco Javier. LEY DE PENSIONES DE COLEGIOS PRIVADOS, En Revista Actualidad Jurídica. Vol.101, Lima, 2002.
- MONGUI MARCHÁN, Nubia. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA LIBERTAD ECONÓMICA, LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, En: Revista Ius ad Veritatem N° 10, Universidad Santo Tomas, Tunja, Colombia, 2012.

- NOEJOVICH, Héctor. ORDOLIBERALISMO: ¿ALTERNATIVA AL NEOLIBERALISMO? En: Revista Economía Vol. XXXIV, N° 67, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2011.

- OCHOA CARDICH, César. EL CONTENIDO ESENCIAL Y LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EMPRESA, En Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N° 90, Lima, 2015.

- QUISPE CORREA, Alfredo. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA, En: Revista Vox Juris Año:17, N° 13. Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2009.

- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA, En: Revista Derecho y Opinión N° 9. Universidad de Córdoba, España, 2001.

- SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. NOCIONES GENERALES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN COLOMBIA. En REVISTA@ e-Mercatoria Volumen 4, Número 1, Universidad Externado de Colombia, 2005.

- SORACE, Doménico y TORRICELLI, Simone. LAS TRANSFORMACIONES DE LA POSICIÓN DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA. En: Revista de Derecho Administrativo N° 4, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008.

- TORNOS MAS, Joaquín. SERVICIOS PÚBLICOS Y REMUNICIPALIZACIÓN, Revista de Derecho N° 76, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016.

- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. DEL SERVICIO PÚBLICO A LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL: LA EVOLUCIÓN DEL SERVICE PUBLIC EN EL SISTEMA JURÍDICO, En: Revista de Derecho Administrativo N° 12, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- ALFONZO PARADISI, Juan Domingo. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESTABLECIDA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA ECONÓMICO COMUNAL.

Disponible en: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/La%20Constitucion%20Economica%20y%20la%20LOSE%20Seminario%20INAP%202012.pdf>. Extraído el 27 de octubre de 2017.

- ARROYO JIMENEZ, Luis. SOBRE LA ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.

Disponible en: <http://blog.uclm.es/luisarroyo/files/2013/06/L.-Arroyo-Sobre-la-estructura-normativa-de-la-libertad-de-empresa.pdf>. Extraído el 2 de agosto de 2017.

- CARRANZA, Mercedes y REYNA, Cristina. ¿ES IRRESTRICTA LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL PERÚ?

Disponible en: <http://upnderechoempresarial.blogspot.pe/2010/07/es-irrestriccta-la-libertad-de-empresa.html>. Extraído el 1 de agosto de 2017.

- CARRASCO MENDOZA, Hugo. EL CONTENIDO Y LÍMITES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y SU ARTICULACIÓN CON EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL.

Disponible en: http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_55/doc_boletin_55_1.pdf. Extraído el 1 de agosto de 2017.

- CONSORCIO DE CENTROS EDUCATIVOS CATÓLICOS. ¿QUIÉNES SOMOS?

Disponible en: <http://ccec.edu.pe/mensaje-del-presidente-y-resena-historica/> Extraído el 27 de mayo de 2017.

- CHUMACERO ASENCION, Evelyn. ¿SUSPENDER O NO SUSPENDER EL SERVICIO EDUCATIVO POR FALTA DE PAGO DE PENSIONES? Circulo de Derecho Administrativo, Pontifica Universidad Católica del Perú.

Disponible en: www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=76. Extraído el 25 de junio de 2017.

- DÍAZ, Reiner. COLEGIOS PRIVADOS: MORA ASCIENDE AL 10% ANUAL, PERO PUEDE LLEGAR A 50% MENSUAL.

Disponible en <http://gestion.pe/economia/colegios-privados-mora-asciende-al-10-anual-puede-llegar-50-mensual-2184452>. Extraído el 25 de julio de 2017.

-DESARROLLO DE LOS CONOS DE LIMA.

Disponible en: <https://grupo4cultura.wordpress.com/>. Extraído el 2 de noviembre de 2017.

- EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD EMPRESARIAL.
Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/christianguzmannapuri/2011/03/18/el-principio-de-subsidiaridad-empresarial/>

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. EL CRECIMIENTO DE LAS CIUDADES,
Disponible en [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_ digitales/Est/Lib0018/cap31002.htm](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0018/cap31002.htm). Extraído el 2 de noviembre 2017.

- MERCADO PACHECO, Pedro. LIBERTADES ECONÓMICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL ORDENAMIENTO MULTINIVEL EUROPEO.
Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/1990/3046>. Extraído el 6 de agosto de 2017.

- OLMOS, Gonzalo. LA CULTURA DE LA IRRESPONSABILIDAD.
Disponible en <https://www.lavozdeasturias.es/noticia/asturias24/2016/06/06/cultura-irresponsabilidad/00031465238850642452214.htm>. Extraído el 1 de setiembre de 2017.

- RAMÍREZ ARCE DE SANCHEZ MORENO, Elliana. ESTUDIO SOBRE LA EDUCACIÓN PARA LA POBLACIÓN RURAL EN PERÚ.
Disponible en: <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/351.pdf>. Extraído el 5 de noviembre de 2017.

- RESICO, Marcelo. ¿QUÉ ES LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO?
Disponible en: [http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung _SoMa/parte1_13.pdf](http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte1_13.pdf). Extraído el 29 de octubre de 2017.

- RODRÍGUEZ-CANO, Bercovitz. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL DERECHO MERCANTIL.
Disponible en: <http://juspedia.es/libro/mercantil-1i/2412-constitucion-y-derecho-mercantil>. Extraído el 29 de octubre de 2017.

- RODRIGUEZ GREZ, Pablo. DE LA ADHESIÓN AL DIRIGISMO CONTRACTUAL.
Disponible en: <http://derecho-scl.udd.cl/files/2013/05/De-la-adhesi%C3%B3n-al-dirigismo-contractual.pdf>. Extraído el 30 de octubre de 2017.

- SUMAR, Oscar. PERRO MUERTO EN LA EDUCACION: LA VERSION DE LOS COLEGIOS.
Disponible en <http://blogs.gestion.pe/menulegal/2015/01/perro-muerto-en-educacion-la-version-de-los-colegios.html>. Extraído el 15 de julio de 2017.

- TAIT, Cecilia y BARBA, José. INFORME FINAL DEL GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCION A LA ECONOMIA FAMILIAR RESPECTO AL PAGO DE PENSIONES EN CENTROS Y PROGRAMAS EDUCATIVOS PRIVADOS, Lima, 2005.

Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/ctait/documentos/INFORME-FINAL-ECONOMIA-FAMILIAR.pdf>. Extraído el 5 de junio de 2017.

- VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A. LA NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2654/17.pdf>. Extraído el 30 de octubre de 2017.

- VIERA ÁLVAREZ, Christian. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y ALGUNOS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO SOCIAL.

Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6021/6484>. Extraído el 1 de agosto de 2017.

- ZAMBRANO TORRES, Alex. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL.

Disponible en <http://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/> Extraído el 01 de agosto de 2017.

ANEXO ÚNICO

PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 2 Y 4 DE LA LEY N° 27655 LEY DE PROTECCION A LA ECONOMIA FAMILIAR RESPECTO AL PAGO DE PENSIONES EN CENTROS Y PROGRAMAS EDUCATIVOS PRIVADOS

FORMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 2 Y 4 DE LA LEY N° 27655 LEY DE PROTECCION A LA ECONOMIA FAMILIAR RESPECTO AL PAGO DE PENSIONES EN CENTROS Y PROGRAMAS EDUCATIVOS PRIVADOS

Artículo N° 01.- Modifíquese el primer párrafo del artículo 2º y el artículo N° 4 de la Ley N° 27665, Ley de Protección a la Economía Familiar Respecto al pago de Pensiones en Centros y Programas Educativos Privados, en los siguientes términos:

"Artículo 2º.-Los Centros y Programas Educativos podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los usuarios y la evaluación de los alumnos, al pago de las pensiones. En este último caso, la institución educativa podrá resolver el contrato de servicio educativo, cuando el consumidor deba tres meses consecutivos".

"Artículo 4.- Para el cobro de las pensiones, los Centros y Programas Educativos Privados de todos los niveles, así como los de Educación Superior no universitaria están facultados a tomar medidas siempre en cuando vulnere la dignidad del consumidor educativo. En el caso que el consumidor pruebe su incapacidad de pago corresponde al centro educativo otorgar un periodo de gracia de 4 meses con el objetivo de no interrumpir el normal desenvolvimiento de las clases".

Artículo N° 02.- La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano".

Artículo N° 03.- Deróguese las normas que se opongan la presente Ley.

Dado en Lima, a 2 días del mes de noviembre de 2017.