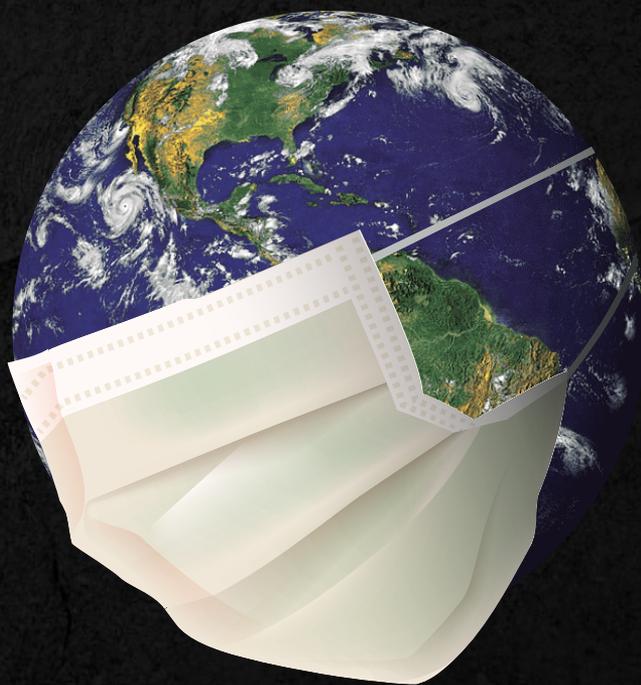


Derecho de los Desastres: Covid-19



Tomo I: Perú

Derecho de los Desastres: Covid-19

Tomo I: Perú



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

Derecho de los Desastres: Covid-19

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020

Facultad de Derecho

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.

Teléfono: (51 1) 626-2000 / 5660

www.facultad.pucp.edu.pe/derecho

Diseño de cubierta: Gaby Gamarra

Corrección de estilo y cuidado de la edición: José Luis Carrillo M.

Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Primera Edición Digital: Septiembre 2020

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2020-06224

ISBN: 978-612-4440-13-7

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio-, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Diagramado en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

Contenido

Presentación

Decano de la Facultad de Derecho

Alfredo Villavicencio Ríos

15

TOMO I PERÚ

DERECHO CIVIL

Cambio de circunstancias

El derecho en los tiempos del COVID-19: la fuerza mayor se ha hecho «viral» y la excesiva onerosidad, también

Luciano Barchi Velaochaga

23

El COVID-19 y el cambio de circunstancias a nivel contractual. Un estudio preliminar

Jairo Cieza Mora

41

El impacto del COVID-19 en la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en el Perú

Olga Fiorella Julia Vásquez Rebaza

93

Frustración del cumplimiento contractual por evento extraordinario: una construcción desde el Civil Law

Guillermo Andrés Chang Hernández

103

Frustración en los tiempos del coronavirus: una apología a la frustración del fin del contrato

Hugo Forno Odría

117

Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias

Sergio García Long

151

Incumplimiento

Apuntes sobre el incumplimiento contractual generado por el aislamiento social obligatorio
Alfredo F. Soria Aguilar 191

La excepción de incumplimiento como derecho contractual en el Código Civil peruano y su incidencia en el COVID-19
Roger Vidal Ramos 203

Contratos

Contratos de servicio educativo y pandemia
Max Salazar Gallegos 231

El impacto del COVID-19 en los arrendamientos de establecimientos comerciales. Evaluación de la posición del arrendatario y alternativas legales de solución
Walter Vásquez Rebaza 289

Impacto del aislamiento social obligatorio en los contratos de arrendamiento de viviendas
Lorena Guardia Muguruza 357

Personas y familia

El amor en los tiempos del coronavirus. Los retos del derecho de familia
Yuri Vega Mere 377

La problemática jurídica del derecho a la identidad personal frente al COVID-19
*Carlos Antonio Agurto Gonzáles y
María-Pía Guadalupe Díaz Díaz* 389

Reales y registral

COVID-19 y la resiliencia del sistema registral peruano
Gilberto Mendoza del Maestro 409

El bien común y el ejercicio de los derechos reales en épocas de pandemia
Mario Solís Córdova 425

La propiedad y el común. Reflexiones sobre el valor de la comunidad en el presente de crisis
José Carlos Fernández Salas 451

DERECHO CONSTITUCIONAL

- El constitucionalismo de emergencia ante la pandemia del coronavirus
César Landa 471

DERECHO LABORAL

- Retorno seguro al trabajo. Algunas consideraciones a propósito del síndrome del edificio enfermo
Laura Torres Soto y Orlando De las Casas de la Torre Ugarte 487
- El teletrabajo llegó para quedarse. Comentarios en torno a esta herramienta laboral en auge en la nueva normalidad
César Puntriano Rosas 507
- La (in)seguridad jurídica laboral en el Perú en tiempos de pandemia
André Jorge Cossio Peralta 531

DERECHO PENAL

- Privados de libertad, derecho penal y pandemia
Iván Meini 551
- Riesgos penales en tiempos de COVID-19
Juan Diego Ugaz Heudebert 567
- El virus de la desobediencia a la Policía Nacional del Perú en estado de emergencia: fortaleciendo el debilitado principio de autoridad
Víctor García Sandoval 589
- Prescripción penal y estados de emergencia
Pamela Morales Nakandakari 603

DERECHO AMBIENTAL

- Sistema jurídico ambiental, derecho de los desastres y COVID-19
Pierre Foy Valencia 617

DERECHO DE LITIGIOS

- El impacto del COVID-19 en la conducción de los arbitrajes
Mario Reggiardo Saavedra y Álvaro Cuba Horna 639

Hacia una práctica de <i>Arbitration Tech</i> . Aproximación a la ciberseguridad en el arbitraje internacional y nacional <i>Héctor Campos García</i>	687
Tecnología y oralidad en el proceso civil <i>Renzo Cavani</i>	703
Debido proceso en tiempos de pandemia <i>Rafael Prado Bringas y Francisco Zegarra Valencia</i>	723
Innovaciones necesarias para los arbitrajes institucionales en el Perú <i>Marianella Ventura</i>	743
Leyes salvajes, suspensión de peajes y coronarbitrajes <i>Fabio Núñez del Prado</i>	753
Suspensión de acuerdos internacionales de inversión <i>Eugenia Simó García</i>	853
La tutela jurisdiccional efectiva en tiempos de COVID-19: apuntes sobre la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en materia cautelar <i>Kevin Villanueva Sotomayor</i>	863
DERECHO DE SEGUROS	
Derecho de seguros y COVID-19 <i>Alonso Núñez del Prado Simons</i>	891
La actual problemática del seguro de interrupción del negocio frente al COVID-19 <i>Carlos Augusto Acosta Olivo y Pedro Richter Valdivia</i>	921
DERECHO COMERCIAL	
Continuidad de las sociedades durante los desastres mediante la celebración de juntas de accionistas y sesiones de directorio <i>Mariano Però Mayandía</i>	953
Juntas generales de accionistas no presenciales en la sociedad anónima ordinaria: ¿se requiere un cambio de la Ley General de Sociedades? <i>Gabriella Valenzuela</i>	967

Mecanismos concursales adoptados para enfrentar la crisis del COVID-19 <i>Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero</i>	985
Cobrar o condonar, esa es la cuestión: comentarios al cobro de intereses en reprogramaciones durante el COVID-19 <i>Dario Bregante Tassara y Adolfo Morán Cavero</i>	1003
DERECHO ADMINISTRATIVO	
Las potestades de la administración sanitaria peruana y COVID-19 <i>Juan Carlos Morón Urbina</i>	1023
TEORÍA GENERAL	
El derecho en tiempo de emergencia sanitaria <i>Carlos Ramos Núñez</i>	1047
Estado de emergencia mundial y el nuevo Nomos de la tierra <i>Eduardo Hernando Nieto</i>	1053
Abrir las fronteras del derecho a los principios de la naturaleza <i>Fernando del Mastro Puccio</i>	1067
Hacer elecciones y tomar decisiones en tiempos de pandemia: un análisis desde la teoría de la justicia <i>José Enrique Sotomayor Trelles</i>	1081
Dinámicas alrededor de la educación en una facultad de derecho en pandemia: hallazgos preliminares <i>Hans Enrique Cuadros Sánchez</i>	1105

TOMO II
ESTUDIOS INTERNACIONALES

LATINOAMÉRICA

- El «hecho del príncipe» como circunstancia sobreviniente durante la ejecución de los contratos
Carlos Pizarro Wilson 1121
- ¿Cómo enfrentar los efectos del COVID-19 en una legislación que no reconoce explícitamente la «teoría de la imprevisión»?
Enrique Alcalde Rodríguez 1137
- Gobernanza del riesgo de desastres frente al COVID-19 en Ecuador
Hugo Cabueñas 1149
- O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade
Flávio Tartuce 1175

REINO UNIDO

- Covid-19 and frustration in English law
Hugh Beale y
Christian Twigg-Flesner 1185
- Coronavirus contract law in Scotland
Hector L. MacQueen 1201

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- Force majeure in the time of coronavirus
Kenneth A. Adams 1223

EUROPA

- Financing the corona crisis in the European Union, meandering between national selfishness and community thinking
Hans-Bernd Schäfer 1237
- La Unión Europea en tiempos de coronavirus
Alessandro Somma 1245

Teaching and researching in law during the beginning of the corona pandemic <i>Viola Heutger</i>	1269
Coronavirus: force majeure? Hardship? Deferral of obligations? Some practical elements. Advice for the analysis and redaction of clauses <i>Denis Philippe</i>	1277
Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts <i>Guido Alpa</i>	1295
Legislatore e giudice nel governo delle sopravvenienze contrattuali originate dalla pandemia COVID-19 <i>Claudio Scognamiglio</i>	1309
L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19 <i>Pietro Sirena</i>	1325
La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti in Italia <i>Fabrizio Piraino</i>	1339
The COVID-19 crisis beyond civil liability <i>Francesca Benatti</i>	1387
El coronavirus en el derecho de daños. Responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19 <i>Albert Ruda</i>	1407
Un primer análisis sobre los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19 <i>Fernando Gómez Pomar</i>	1431
Al fin la madre de todas las batallas del COVID-19: «Rebus sic stantibus». Con ocasión de una reciente propuesta institucional <i>Ángel Carrasco Perera</i>	1459
COVID-19, fuerza mayor y contrato, en el amplio panorama del Derecho de los Desastres <i>Carmen Jerez, María Kubica y Albert Ruda</i>	1475

Estonian contract law. How well prepared to response to pandemic <i>Irene Kull y Georg Kuusik</i>	1499
Greece. Corona virus and its impact on contracts <i>Eugenia Dacoronia</i>	1521
Sobre los autores	1527

Contratos de servicio educativo y pandemia

Max Salazar Gallegos
Pontificia Universidad Católica del Perú

La educación como derecho fundamental y bien público esencial, frente a un espectro normativo complejo, omisivo, cambiante y pluritemático

Referirse a la educación implica repasar conceptos e ideas que son transversales a distintas ramas del derecho, entre lo público y lo privado, y que es necesario tener presente para emitir juicios de valor y concluir al respecto. El derecho constitucional, regulatorio, corporativo, económico, de consumidores, administrativo, civil contractual y de responsabilidad,¹ entre otros, forman parte o inciden en este complejo estructural que se vislumbra primero y, ante todo, como un derecho fundamental y un bien público que atañe a todos en atención y preocupación,² y que es necesario estudiar para evitar determinaciones estocásticas.

En el Perú, el entramado normativo educativo ha sufrido importantes intervenciones (lo mismo que graves omisiones) que han cambiado el panorama de manera muy dinámica y a la vez drástica en los últimos 27 años, lo que ha determinado su demonización por parte de algunos, y el aplauso por parte de otros, además de la multiplicación de instituciones de variadas configuraciones.

Tómese en cuenta como ejemplos de la situación a la que nos referimos, a los siguientes:

- 1) Desde el año 1980 y hasta el año 1993 (un período económico particularmente difícil), si bien los particulares podían prestar el servicio de educación, por

1 Estoy consciente del debate al respecto de la asignación de la categoría de rama del derecho a ciertas bifurcaciones jurídicas que, en efecto, no aparentan serlo de manera necesaria o concreta conforme al método científico. Por todos, Dworkin (1986).

2 Tribunal Constitucional, Expediente N° 4232-2004-AA/TC. «F. 11. De lo expuesto se puede afirmar, *prima facie*, que la educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público [...] De otro lado, la educación se configura también como un *servicio público*, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana».

mandato constitucional expreso la educación privada no podía tener fines de lucro.³ Antes de ello no existía una mención a tal nivel.⁴

- 2) La normativa educativa, de manera consistente y omisiva, obvió pronunciarse sobre la categoría jurídica que debía asignarse a las escuelas, es decir, la naturaleza jurídica de los establecimientos educativos (salvo para las universidades, que eran las menos), y no se les reconoció esencia corporativa sino hasta el año 2003, lo que hacía particularmente difícil establecer relaciones jurídicas contractuales, entre ellas, financiamientos.

Conjugadas ambas situaciones descritas en 1) y 2), los privados, actores elementales en el segmento educativo,⁵ para actuar en él, lo hacían de manera individual como personas naturales, o en forma colectiva, como asociaciones, al amparo del Código Civil, cobijando bajo su seno a una institución educativa (a la que, reiteramos, no se le imputaba categoría específica; de ahí la necesaria intromisión de interpósita persona). En tales circunstancias, los primeros eran reconocidos como promotores (en esencia un fundador, pero con un nexo particular con la institución), y así se les atribuía el control de las instituciones, sobre la que ostentaba derechos transferibles. Esto, como es obvio, generó una dualidad de entes a los cuales referirse (promotor e institución educativa) para cimentar relaciones jurídicas contractuales, lo que a su vez elevó los costos de transacción implícitos en cualquier operación con los mismos. Lo sorprendente es que hasta el día hoy ello no ha cambiado sino muy poco.⁶

- 3) Apenas el año 2003, luego de las denuncias sobre el particular,⁷ se protegen los intereses públicos y particulares, reconociendo por ley a colegios e institutos como corporaciones independientes, reconociéndoles subjetividad jurídica, y otorgándoles la categoría de personas jurídicas mediante el sistema de concesión simple;⁸ ello sin perjuicio de que, hasta hoy, inexplicablemente, se emitan resoluciones administrativas de distintas entidades públicas, que niegan esa

3 Conforme el artículo 30 de la Constitución Política peruana de 1979.

4 Sobre la discusión normativa de los fines lucrativos o no, ya no desde el punto de vista técnico jurídico corporativo, sino por consideraciones al régimen que ha de aplicarse al servicio *per se*, bastante se ha escrito, y nosotros hemos compartido el debate. Conviene revisar Derek & Dahlman (2004); Wolff & De Moura Castro (s. f.); Carnoy & De Moura (1997); revista Educación Superior y Sociedad (1997 y 1998); varios autores (1995); Revista Iberoamericana de Educación (1997); House (1998); Slaughter & Leslie (1999); Ruch (2001); Sperling & Tucker (2002); Meister (1998); Readings (1996); Mönckeberg (2013); Brunner & Peña editores (2011); APICE (1999); varios autores (2003); Aguilar (1999); Carlsson (2003); y, en aporte propio, Salazar Gallegos (2003).

5 En el Perú, el servicio de educación privada es largamente mejor que el público.

6 Una explicación concreta y más que evidente en Salazar Gallegos (2002).

7 *Idem*.

8 Ley General de Educación – LGE. «Artículo 72.- 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». Esta constituye una atribución directa de orden público que no requiere ninguna actuación por parte del administrado.

categoría jurídica a tales instituciones, con las consecuencias inoficiosas (y costosas) respectivas.⁹

A ello ha de sumarse que la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana, inexplicablemente, no reconoce capacidad (jurídica) a entes no personificados (los colegios, ni los institutos superiores, como hemos señalado, antes del año 2003 no eran reconocidos como entes personificados, y aun ante el mandato legal actual —que sí los reconoce como tales—, plenamente vigente, siguen padeciendo de tal discriminación, por desconocimiento general¹⁰) obviando el desarrollo y superación de estas concepciones en el campo normativo, jurisprudencial y doctrinario peruano al respecto.

- 4) Si bien el año 1996 se promulgó una ley para que las instituciones educativas a partir de entonces obligatoriamente se constituyan bajo uno de los regímenes comunes corporativos permitidos por la legislación común, y así obtener personalidad jurídica mediante el sistema normativo,¹¹ la norma fue consistentemente ignorada por el propio Ministerio de Educación, órgano encargado de tramitar las solicitudes de formalización y licenciamiento para dichas instituciones educativas (con excepción de las universidades), y la omite hasta hoy, lo que nos retrotrae a la problemática transaccional ya citada en líneas previas.
- 5) El año 2001 se publicó una ley que permitió establecer filiales de universidades (cuestión antes prohibida, ya que la ley circunscribe las licencias a un solo departamento¹²), la que se derogó abruptamente el año 2005,¹³ pero que de

9 Es lamentable encontrarse con resoluciones que señalan, por ejemplo: «F. 11. Sobre el particular, cabe precisar que si bien la Ley General de Educación define a las instituciones educativas como personas jurídicas de derecho privado, ello no implica *per se* su reconocimiento jurídico como tal, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 77° del Código Civil 4, la personería jurídica se adquiere únicamente con la inscripción efectuada ante la Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP en el respectivo Registro de Personas Jurídicas y se mantiene hasta que se inscribe su extinción» (Resolución N° 4028-2014/SPC-INDECOPI); lo que constituye un evidente despropósito jurídico. En el mismo sentido, y por todas, la Resolución N° 2854-2013/SPC-INDECOPI.

10 *Ut supra* 8.

11 D. Leg. 882.

12 La actual organización política de la república comprende veinticuatro departamentos. Lima es uno de ellos.

13 Esta última decisión fue apurada por razones de imposibilidad de fiscalización, que hoy, mirado en retrospectiva, se acercan más a un análisis distinto. Cuando la autoridad llamada a regular una actividad se manifiesta débil o incompetente para hacerlo, esta tiene hasta tres acciones: a) Dejar hacer, dejar pasar; b) Identificar sus debilidades y fortalezas, y conforme a ello reorganizarse, de tal forma que sirva a su función de manera efectiva; y, c) Declararse incapaz. En este último caso, la incapacidad se traduce en prohibición. Para ello se tilda entonces a dicha actividad de «dañina», y esta es justamente la perfecta excusa para prohibir. Así, prohibir resulta más cómodo, pues no deja espacio para regular, ya que no hay medida, esta no existe, la actividad se resuelve y debe desaparecer, haciendo del control una tarea relativamente más sencilla, limitada a perseguir y penalizar. No obstante, tal circunstancia no está exenta de repercusiones. El daño siempre tiene una naturaleza recíproca. Prohibir o inhibir una actividad «dañina» siempre involucra una pérdida económica para el causante, quien también es parte de la sociedad, así como para otros agentes económicos que se beneficiaban directa o indirectamente con esta actividad, principalmente, los consumidores y

- manera absurda dejó el mercado compuesto por instituciones competidoras cada una con distintos radios de acción geográfico y distintas filiales, generando inequidad de trato y grandes distorsiones en la competencia.¹⁴
- 6) El despropósito normativo citado en el numeral precedente generó un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC) el año 2010 que declaró el *Estado de cosas Inconstitucional en el sector educativo universitario*, donde se indicó que había una implícita renuncia por parte del Estado a su deber constitucional de supervisar activamente la calidad de la educación, y en consecuencia prohibió el funcionamiento de la entidad administradora de las licencias universitarias,¹⁵ es decir, desautorizó al regulador. Esto, dada la clara rendición del mandato constitucional que ordena al Estado supervisar la calidad en la educación.
 - 7) En consonancia con lo anterior, el TC, seis años más tarde (2016), y ante la pasividad burocrática en la prestación y evaluación del servicio de educación, *volvió a declarar un Estado de Cosas Inconstitucional, esta vez en el sector de educación básica regular*,¹⁶ donde señaló, entre otros, que existía una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afectaba a un número significativo de personas, con una prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos (constitucionalmente amparados), verificando la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración los mismos. El Estado peruano, es incuestionable, de manera consistente incumple sus obligaciones constitucionales en el marco del respeto al derecho fundamental a la educación. Veremos más adelante cómo esto incide de manera directa en la problemática ante una pandemia.
 - 8) A pesar de la labor fundamental que cumplen los colegios en satisfacer la demanda privada de servicios educativos,¹⁷ ya sea que lo hagan mediante una forma corporativa mercantil o asociativa no lucrativa, ambas, estas últimas, donde existe autonomía patrimonial perfecta (los socios y gestores gozan de responsabilidad limitada), la actual ley de colegios y su reglamento son entendidas por autoridades administrativas como una que destruye esta disposición (y solo para dicho nivel formativo), y atribuye responsabilidad civil directa autónoma e ilimitada a los propietarios o controladores de los mismos por las actividades de la institución educativa, y no a esta última, sin explicación coherente alguna;¹⁸

los proveedores. Conviene revisar Fernández Baca (s. f.).

14 Un análisis sobre el particular en Salazar Gallegos (2013).

15 Expediente N° 0017-2008-PI/TC.

16 Expediente N° 00853-2015-PA/TC.

17 Son muy escasos los colegios públicos que ofrecen educación de «calidad» o que sean percibidos de esa forma por la población, y quienes pueden hacerlo optan por pagar una escuela privada, ya que las públicas son gratuitas.

18 L. 26549. «Artículo 3º: [...] Las responsabilidades de ley por la actividad de los centros y programas educativos las asume la persona natural o jurídica propietaria o titular de los mismos». Igual su reglamento, el Decreto Supremo N° 009- 2006-ED. Lo curioso, y a la vez alarmante, es que la figura del promotor no solo es innecesaria, costosa y anacrónica, sino que estos no son responsables civilmente por lo que ocurre en los colegios (ello no se dice en ninguna parte de la normativa), sino que se trata

- además que, de manera negativa, no incentiva su organización o incentiva el uso de figuras como la simulación, según se vea.
- 9) La actual Ley Universitaria, promulgada en el año 2014, sigue arrastrando en su texto la institución del promotor educativo, como si mantuviera su vigencia la Constitución de 1979, y no reconoce la existencia de las leyes que se promulgaron de manera subsecuente y que eliminan esa costosa y absurda figura.¹⁹ Si ello no fuera poco, hace lamentables e inconsistentes referencias a entes corporativos confundiendo los con derechos *per se*, como si los entes organizados fueran al mismo tiempo los derechos de los que emanan.²⁰ Desde un punto de vista organizacional, su predecesora, de 1983, era más eficiente.
 - 10) La misma Ley Universitaria antes citada, en el *summum* del absurdo, obliga a constituir una sociedad (para concentrar a los fundadores), para que esta a su vez asuma la titularidad de otra sociedad (la institución educativa), como requisito para autorizar una de estas corporaciones, lo que, además de ser ineficiente y trasuntar un desconocimiento absoluto de la regulación de estos entes, así como también de derecho corporativo, violenta derechos fundamentales y genera costos adicionales sin justificación alguna.²¹
 - 11) No menos importante es señalar que, de manera reciente (2019), las autoridades han emitido resoluciones que han confirmado de manera expresa que la licencia o autorización de funcionamiento constituye título habilitante *sine qua non* en materia de servicios educativos²² (que se deduce fácilmente de la Ley General de Educación – LGE por las condiciones impuestas y por la *publificatio* de la actividad como servicio público, nada más evidente), ya que, como hemos podido observar, la poca atención que estos temas han merecido propicia a su vez las más despistadas tesis al respecto, generando un espectro de competencia desleal, y erróneo.
 - 12) Finalmente, y también relevante, en el Perú las instituciones educativas, desde hace más de 18 años, una vez iniciado el ciclo, semestre y/o año académico, luego de producida la matrícula, están prohibidas de cobrar por el servicio educativo sino hasta la finalización del ciclo, semestre y/o año académico respec-

de una interpretación administrativa lamentable y absolutamente equivocada basada en una ignorancia supina, que pretende reconocer en parte del texto de una ley previa de 1996, una supuesta conexión que no es tal, sino la atingencia al control, que en nada se conecta con las formas de autonomía patrimonial que reconoce la doctrina, y la ley también.

19 Para una mayor comprensión del tema, conviene revisar Salazar Gallegos (2002, p. 5).

20 Ley Universitaria. «Artículo 115. Toda persona natural o jurídica tiene derecho a la libre iniciativa privada para constituir una persona jurídica, con la finalidad de realizar actividades en la educación universitaria, ejerciendo su derecho de fundar, promover, conducir y gestionar la constitución de universidades privadas. En caso de que la promotora tenga fines lucrativos se constituye bajo la forma societaria y en caso no tenga fines de lucro, bajo la forma asociativa».

21 115.1: «La persona jurídica promotora de la institución universitaria se constituye con la finalidad exclusiva de promover solo una institución universitaria».

22 Resolución N° 0098-2019/SPC-INDECOPI. Si bien la Sala del Tribunal de Protección al Consumidor de INDECOPI realizó un aporte enorme sobre la materia, es de apuntar la resolución de primera instancia en el mismo expediente, para el olvido, y la lamentable inacción de la autoridad supervisora en educación sobre el particular.

tivo; y los intereses consecuentes (moratorios) se encuentran regulados dentro de las tasas más bajas concebibles. Los contratos educativos se hacen por ciclo, semestre, y/o año, lo que equivale en muchos casos a no pagar.

Estas no son sino algunas de las «particularidades» del sector educativo, que tienen incidencia en una coyuntura de pandemia; y si algo más podemos agregar sobre ello, es que la ley no establece de manera expresa qué es lo que debe entenderse por el servicio, ni que este se haga a través de un contrato, aunque esto ha sido modificado recientemente y con motivo de la pandemia del COVID-19, lo que verificaremos líneas adelante.

Es en este escenario que se produce la pandemia del COVID-19, que ha implicado la promulgación de profusa normativa de carácter general y sectorial educativa, mucha de la cual repasaremos aquí, ya que clarifica la forma autorizada de prestación de estos servicios y los dimensiona. Si bien veremos de manera transversal criterios aplicables a todo el sector económico educativo, me centraré posteriormente en el pago de las pensiones escolares, donde el nivel de protección legal se ha potenciado, por razones evidentes, aunque el análisis en su mayoría es aplicable a los demás subsegmentos del mismo sector.

En el Perú, por Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado el 11 de marzo de 2020, se declaró emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario por la existencia del COVID-19, la cual venció el 9 de junio de 2020, pero fue prorrogada por Decreto Supremo N° 020-2020-SA a partir del 10 de junio de 2020 y hasta por un plazo de noventa (90) días calendario adicionales, que van hasta los primeros días de septiembre del año 2020. En concordancia con ello, se declaró adicionalmente una cuarentena general que afectó gran parte de la comercialización de bienes y servicios a nivel nacional, y que se inició el día 16 de marzo y se extendería en principio hasta el día 30 de junio de 2020. Solo se ha permitido la realización de actividades mal denominadas «esenciales», entre las cuales no se encuentra la educación.

En estas circunstancias, ante la prohibición de la prestación del servicio de manera presencial, muchas instituciones modificaron la modalidad y optaron por la educación a distancia,²³ que, es importante mencionar, se encuentra explícita en el texto de la LGE, y la válida para lograr los resultados académicos deseados. Del mismo modo, por las mismas causas, muchas personas naturales y jurídicas perdieron su trabajo o vieron disminuidos sus ingresos en distinta medida. Esta situación se ha reflejado en moras en el pago de cuotas por los servicios de educación, y la exigencia de reducción del monto de las cuotas por el servicio.

1. El concepto de educación

Resulta indispensable verificar qué entiende la legislación nacional por educación, y qué menciones hace respecto a estos servicios, aunque no es menor recalcar en

23 Una modalidad expresamente reconocida como tal por la LGE.

la normativa de consumidores, a la que más adelante nos referimos, que también hace remisión a «productos» educativos,²⁴ pero que no define el servicio en términos técnicos (no puede hacerlo), sino que acertadamente se basa en la normativa sectorial.

Sobre el particular, la Ley N° 28044, Ley General de Educación (LGE), señala:

Artículo 2.- Concepto de la educación: La educación es un proceso de aprendizaje y enseñanza que *se desarrolla a lo largo de toda la vida y que contribuye a la formación integral de las personas, al pleno desarrollo de sus potencialidades, a la creación de cultura, y al desarrollo de la familia y de la comunidad nacional, latinoamericana y mundial. Se desarrolla en instituciones educativas y en diferentes ámbitos de la sociedad. (Cursivas nuestras)*

El texto destacado en cursivas grafica la importancia que tiene la educación en la vida de las personas, tanto de manera individual como para la sociedad en su conjunto, y es pues este el ámbito especialísimo al que habremos de referirnos en primer lugar, esto es, la proyección que tiene sobre la vida de las personas y su desenvolvimiento.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

La educación también se configura como un servicio público, en la medida de que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de estos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana. (Expediente N° 04232-2004-PA/TC, fundamento 11)²⁵

2. El derecho a la educación

Ha de recordarse que la Constitución Política del Perú de 1993 (CPP 93) se explyaya en no menos de 7 artículos sobre la educación, esto es, en los artículos 13 al 19.

Al respecto, el mismo Tribunal Constitucional ha dicho:

En cuanto a los bienes constitucionales directamente vinculados con el derecho a la educación, la Constitución ha previsto los siguientes: acceso a una educación adecuada (artículo 16), libertad de enseñanza (artículo 13), libre elección del centro docente (artículo 13), respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato

²⁴ Artículo 74° del Código de Defensa y Protección del Consumidor.

²⁵ Expediente N.º 00853-2015-PA/TC. F.8.

psicológico y físico (artículo 15), libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18).²⁶

El artículo 13 del texto constitucional señala: «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».

Es justo recordar, sobre este importante tema, que nos encontramos con muchas normas constitucionales que no necesariamente se aplican de manera imperativa, sino que establecen principios que serán concretados en la medida de las posibilidades y coyuntura de cada administración. Nos referimos a las normas de carácter programático, cuya interpretación debe ser aunada a las demás reglas de derecho dispuestas, de tal forma que formen un todo lógico inescindible.

El texto reconoce una verdad primigenia y diáfana, y es que la educación constituye la base fundamental para el desarrollo de la persona natural²⁷ y, por ende, de la sociedad en su conjunto. Educación y desarrollo deben ser comprendidos aunados. La educación se constituye como un pilar para que la persona comprenda y se integre y desarrolle conforme al entorno en el que se desenvuelve (de ahí que sin educación, o con una mala calidad educativa, una colectividad se dirija hacia su desintegración). Sin educación es imposible reconocer, elegir y entender, o por lo menos avizorar de manera razonable los efectos de las decisiones que tomamos y los actos y hechos que nos circunscriben.

El desarrollo ha de ser integral, comprendiendo las diversas dimensiones del ser humano, física y emocional, todas las áreas y aspectos que la integran.

La información hoy en día nos llega en grandes cantidades, por diferentes medios y prácticamente de todas partes del mundo, y respecto de todos los aspectos de la vida humana. Esta necesita ser identificada, entendida y clasificada, de tal forma que podamos apreciar aquello que nos pueda resultar de utilidad.

La educación adopta diferentes formas y dimensiones, como modalidades, y debe entenderse que la Constitución reconoce el acceso a todas ellas. Por supuesto que se tratará siempre de un proceso de aprendizaje escalonado, pues para aprender también se necesitan métodos. Adquirir educación no es simple: requiere explicación, sustento y dosificación, de tal forma que se pueda avanzar poco a poco en el cumplimiento de los fines establecidos. Así, la persona irá adquiriendo de manera sostenida una serie de elementos que le permitan diferenciar las opciones que se le presentan y, finalmente, decidir apropiadamente cuál parte de la información que tiene a su alcance desea consumir o utilizar. Existe, desde luego, aquel sector directriz que se inclina por imponer ciertos criterios y determinada accesibilidad; tal tema responde a su vez a una decisión política.

Una metodología mal aplicada o un sesgo irracional al sistema educativo podrán de hecho limitar la garantía constitucional, y por derecho se constituirá en una

²⁶ *Idem*, F. 5.

²⁷ Persona humana, como señala el texto legal, es una denominación equívoca que reúne dos realidades, el ser humano, y la ley.

barrera importante para el sostenimiento de un sistema estructurado que pretenda avanzar en sus metas.

El derecho a la educación es inherente y consustancial a la persona, y forma parte del grupo de los derechos sociales, como suelen denominarse, y cuya función radica en amenguar las desigualdades entre los ciudadanos. El hecho de que el texto constitucional no mencione expresamente esto, en contraposición a su antecesora (CPP 79), no debe significar ningún tipo de recorte al mismo. Se trata de un supuesto que en este caso resultaría de carácter declarativo y no constitutivo, y en todo caso debemos interpretar que la frase que sigue en el artículo lo engloba de manera directa.

Debemos recalcar en un error técnico-legislativo incurrido al momento de redactar el artículo. Persona es un término que, en el contexto utilizado, adquiere su significación con base en el orden jurídico imperante. En este sentido, persona es un recurso técnico-legal que nos refiere a una categoría jurídica que no es otra que la condición humana, sea considerada de manera individual (persona natural) o formalmente organizada (persona jurídica). Referirse a la persona humana es alejarse del contexto doctrinario y normativo de manera innecesaria; la referencia justa debió haber sido la de persona natural.

Finalmente, y no menos importante, esgrimir la finalidad de la educación es coordinar en una misma dirección la actividad de las distintas instituciones que se avocan a la tarea específica de educar: una política nacional definida.

La libertad de enseñanza debe ser entendida como el derecho del cual goza la sociedad, y por ende las instituciones que la conforman, privadas o públicas, para organizarse con el objeto indicado y decidir aquello que dentro de los límites legales resulte apropiado difundir y trasladar al educando para el cumplimiento de tal fin. Considérense a estos efectos todos los niveles y modalidades conocidos o por conocerse (que sean autorizados a su vez). Así mismo, se comprende el derecho fundamental de acceder, elegir y recibir enseñanza.

No se trata de un derecho irrestricto, pues, como indicamos, deben existir líneas directrices emanadas del Estado para que este último reconozca en su total dimensión el goce de este derecho.

La política educativa, mediante un plan de desarrollo, debe ser respetada. En algunos casos se establecerán, como hemos anotado, ciertas líneas directrices de carácter obligatorio, y otros supuestos serán trasladados con carácter de sugerencia por la administración pública. Aquí el Estado cumple un rol fundamental, y es que, de una parte, asume la gran responsabilidad de moldear y hacer cumplir cabalmente la política asignada a determinada coyuntura, y, por otra parte, tiene la obligación de respetar y hacer valer los derechos de la ciudadanía en la aplicación del principio.

Este derecho es inmanente a la persona, y por tanto el precepto constitucional cumple un rol subsidiario, pues se limita en este aspecto a declarar un derecho adquirido *ex ante*. Recibir y otorgar enseñanza en su total dimensión son amparados.

En correlación con el derecho que tenemos de acceder al conocimiento, parece existir el deber de trasladar todo o parte de ese bagaje a los descendientes. La familia es la unidad básica y fundamental de la sociedad, y es allí donde se inicia el proceso

educativo. Los padres entonces primero deben recibir para luego dar. Son y forman parte del proceso.

El Estado debe encontrarse en posición de exigir la aplicación del precepto y, por ende, de supervisar que se haga realidad. Esto no quiere decir que la administración pública se entrometa en cada uno de los hogares y los fiscalice, ni, mucho menos, que fije o intente dirigir lo que cada padre de familia considera justo y necesario para la educación de sus hijos en primera instancia. Sin embargo, el derecho se encuentra limitado por las leyes, las costumbres, la moral y las prácticas imperantes en el momento y lugar social. Los padres son los llamados a velar por que el derecho de sus hijos a la educación se cumpla a cabalidad. Se fomenta la paternidad responsable.

Se pueden imponer sanciones para aquellos padres que no cumplan objetivamente con dicho deber, ya sea por acción u omisión (de hecho, esto lo deben evaluar los jueces en los casos que compete al derecho de familia).

Lo mismo ocurre con las instituciones. En este sentido, la política del Estado es integral. No se puede tampoco imponer deberes que no se puedan cumplir. El precepto debe ser considerado ampliamente y traducido dentro del contexto social, económico y político imperante. Carece de sentido entonces demandar su cumplimiento si no se ha procedido a crear las condiciones necesarias para su atención.

En este caso el deber impuesto a la persona natural es secundario en cuanto a su goce y exigencia coercitiva, en relación con la garantía autoimpuesta por el Estado. Existe una relación proporcional entre el deber estatal y el deber particular.

El derecho de la persona a escoger el centro de educación donde ha de recibir enseñanza es también una garantía implícita a la libertad de enseñanza y el deber de educar. En este caso, ello debe concordarse con la pluralidad de oferta garantizada en el artículo 17 del mismo cuerpo constitucional.

El Estado debe garantizar la pluralidad de ofertas y su acceso por parte de las personas. No se puede elegir donde no existe concurso en la oferta, en todos sus niveles, y es el Estado quien actúa como garante de las condiciones necesarias para que ella exista. Sin embargo, como ya hemos comprobado en anteriores líneas, esta es hoy una falla fundamental.

Tampoco se puede elegir en la medida en que las condiciones socioeconómicas y culturales de la persona natural no sean las apropiadas para decidir; de ahí que el precepto esté aunado a otros. La demanda debe ser satisfecha a plenitud. La oferta debe ser adecuada y respetar las condiciones mínimas de organización, sustentable y de calidad necesarias a imponerse. Esto, lamentablemente, tampoco se cumple.

El Estado no puede ni debe crear un sistema cerrado de educación que impida o limite la libre competencia; por el contrario, ha de fomentarla, siempre que concurren las garantías de su fiscalización (cuestión que hemos visto, líneas atrás, gravemente mellada). La apertura y la competencia deben fomentar la pluralidad de la calidad de la oferta y sus diferencias, siempre dentro de los estándares mínimos concebidos para ello (ningún centro educativo puede abstraerse del contexto legal institucional que verifique las condiciones básicas de calidad).

La libertad de elección no significa que se pueda acceder irrestrictamente a los centros de educación. El precepto justamente respeta esa libertad dentro de las posibilidades y condicionamientos de cada persona, de acuerdo a ley. Debe recordarse que el ser humano es ontológicamente libre. En este sentido, no puede tratarse igual a los desiguales. No obstante, la idea de libertad para elegir debería tender en el tiempo a favorecer la igualdad en las oportunidades de acceso.

El Estado no puede imponerse tampoco metas que rebasen su capacidad de cumplimiento. La forma en que se pretenda hacer realidad estas garantías no puede ni debe significar un esfuerzo más allá de los límites individuales o colectivos. En esto también se vislumbra una falta lamentable de compromiso y observancia por parte del Estado.

Es deber del Estado buscar y encontrar la manera más adecuada de cumplir dentro de dichos límites. La administración, oferta, implementación, supervisión, fiscalización, entre otros, pueden ser materia de tercerización parcial o total, en forma asociada, concesionada, transferida o delegada (siempre que sea fiscalizada). El análisis y regulación previos a la adopción de políticas estatales en este sentido es necesario. Es en este sentido que las instituciones privadas han cumplido un rol esencial, donde los padres de familia que pueden, salvo mínimas excepciones, eligen lo privado sobre lo público, basados en la calidad.

La participación de los padres en el proceso educativo se da tanto en el hogar como en la institución a la cual se delegue tal función y su complementación, con las limitaciones establecidas en la ley.

Nótese que se trata de un derecho que no discrimina ninguna etapa educativa. Es menester considerarlo conforme a sus límites propios. Cada centro de enseñanza debe respetar las leyes, pero tiene autonomía, y goza también del derecho a la libertad. Los padres de familia no pueden interferir o imponer criterios, sino participar. La participación implica en primer lugar colaboración, luego opinión y después dirección. Los padres de familia eligen conforme a su criterio, y es propio asegurar que esa elección también sea 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. El precepto carecería de legitimidad donde el Estado no cumpla su rol integrador y promotor.

La elección libre implica a su vez educación e información suficiente de quien debe elegir.

Las razones y condiciones por las cuales una persona puede no encontrarse de acuerdo con la institución y el proceso de educación al cual ha accedido pueden ser variadas, como lo son sus posibilidades de acción. Existe la posibilidad de que se estén violando o extralimitando lineamientos de carácter obligatorio en lo que a política de educación se refiere. Cabe la posibilidad, también, de que el servicio no se adecúe a lo ofrecido. En ambos casos debe facultarse la posibilidad y establecer las condiciones para interponer los planteamientos correspondientes ante los organismos respectivos, civiles, administrativos y judiciales, respetando el principio de la vía previa y de pluralidad de instancias.

Si a la persona no le satisface, puede optar por cambiar de institución educativa.

Este último derecho también hace relación con la facultad que tiene un padre de familia o apoderado para escoger entre lo público y privado como servicio, y la pluralidad de posibilidades que deben ser puestas a su disposición.

Estos derechos se encuentran reconocidos internacionalmente en distintos acuerdos, entre los que se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (artículo 13; CESCR Observación General 13 párrafos 28-30); Convención sobre los Derechos del Niño, 1989 (artículo 29); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), 1998 (artículo 13); Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, 1990 (artículo 11); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000 (artículo 14); Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1948, Protocolo Adicional 1, 1952 (artículo 2); Carta Social Europea (revisada), 1996 (artículo 17); Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, 1995 (artículo 13); ILO Convention 169: Indigenous & Tribal Peoples Convention, 1989 (artículo 27).

Reproducimos los que corresponden al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966:

Artículo 13

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

3. Educación y servicio público

La educación, como lo ha señalado el TC en jurisprudencia consolidada, constituye un servicio público esencial.²⁸ En el caso de la educación básica, esto se ha dispuesto por ley.²⁹ Esta se encuentra garantizada por el Estado, y la presta de manera directa o la concesiona para que se ofrezca a través de una institución privada a efectos de cumplir con sus fines. En la etapa escolar la educación es obligatoria, y los padres tienen el deber de educar a sus hijos.

28 Por todas, Expediente N° 0008-2008-PI/TC.

29 L. 28988.

Los colegios privados, al igual que todas las demás instituciones educativas (en adelante, indistintamente, IE) se encuentran habilitados por el Estado para brindar el servicio educativo (previa autorización), y coadyuvan a garantizar la pluralidad de la oferta educativa. Estas instituciones cumplen un fin público, y el servicio de educación se brinda de manera indefectible conforme las disposiciones emanadas y autorizaciones emitidas por la autoridad regulatoria respectiva (Ministerio de Educación – MINEDU).

La educación entendida como servicio público³⁰ tiene sustento normativo conforme la Ley N° 28044, Ley General de Educación peruana, promulgada el mes de julio del año 2003, donde leemos:

Artículo 4°.- Gratuidad de la educación.

La educación es un servicio público; cuando la provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley. En la educación inicial y primaria se complementa obligatoriamente con programas de alimentación, salud y entrega de materiales educativos.

De esta manera nos alejamos de cualquier discusión al respecto de la forma cómo debe ser instituida y formalizada legalmente esta actividad como tal (servicio público), sea que creamos en la necesidad de la previa *publicatio* o no, pues la «reserva» normativa está efectuada.³¹

El Tribunal Constitucional (TC) peruano ha señalado al respecto:

[...] De lo expuesto se puede afirmar, *prima facie*, que la educación posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público [...] la educación se configura también como un *servicio público*, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actua-

30 Es la opinión relevante más difundida su calidad de servicio público. Conviene revisar PNUD (1998).

31 La *publicatio*, también conocida como «publicación», implica la titularidad pública de una actividad que es considerada «esencial», aunque hay quienes también se refieren a ella como «reserva». Esta se enfrenta a consideraciones no menores como el derecho a la libertad (como garantía) para desarrollar actividades económicas. De un lado entonces se halla la regla general, libertad para actuar, y de otro extremo la restricción (normativa), que tendría que ser especialmente fundamentada. Entonces, ello implica que ciertas actividades económicas se encuentran fuera de la actuación y potestades civiles-comerciales garantizadas para ejercicio libre, sino que requieren de una «autorización» pública para su desarrollo, al estar reguladas de esa manera. Extraña que en las sentencias reseñadas del TC (ver cita 8) no se haga ninguna alusión a estas importantes consideraciones. Conviene revisar, al respecto, Ochoa Cardich (2013) y Vergara (2004).

ción de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana.³² (SIC)

Observamos pues que a la educación se le reconoce la dualidad de constituirse como un derecho fundamental y como servicio público.

Del mismo modo, el TC ha dicho:

Del reconocimiento constitucional de la educación, ya sea en su condición de derecho fundamental o como servicio público, se infieren obligaciones estatales de protección especial. Éstas pueden ser de regulación, fiscalización, promoción o resguardo del servicio que se brinda, y forman parte de un conjunto de obligaciones (Cf. 00034-2004-PI/TC, fundamento 37) que el Estado está llamado a ejecutar, porque la educación es el basamento de la formación del proyecto de vida de las personas y de la conformación de una sociedad democrática, solidaria y justa, que impulse el desarrollo sostenible del país, como enuncia el artículo 9º de la Ley N° 28044.³³

De ahí que la declaración de esta actividad como «servicio público» asume su reserva por parte del Estado, aun cuando pueda concesionarse a un privado. Ello implica, en teoría, un mejor y mayor interés del primero por su regulación, que a su vez diseña cómo ha de verificarse, lo que constriñe el marco de su concesión y la actuación del concesionario, y, por supuesto, su protección. Del mismo modo, se garantiza su prestación permanente y continua.

Este no es, evidentemente, un servicio que se preste a través de redes, ni implica facilidades esenciales, como tampoco se trata de una actividad monopólica u oligopólica, menos aún sujeta a un precio regulado, aunque sí con barreras de entrada.

De ahí que este se acerca particularmente más a las nuevas ideas de servicio público, bajo determinadas reglas de economía de mercado, competencia, libertad de empresa, entre otras. Esto último es fácilmente verificado por los preceptos constitucionales que señalan que toda persona tiene derecho a conducir instituciones educativas, y que el Estado garantiza la pluralidad de oferta en tipos de IE, facilidades ofrecidas, precios consecuentes, y la libre elección por parte de los padres.

En la misma línea de importancia, no es menor mencionar que la ley ha declarado el profesorado público como servicio público esencial; así, en la L. N° 29062 (publicada el 12 de julio de 2007), que modificó la Ley del Profesorado, se indica que:

Artículo 3º.- El profesor. El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas que, en su calidad de agente fundamental del proceso educativo, presta un servicio público esencial dirigido a concretar el derecho de los estudiantes y de la comunidad a una enseñanza de calidad, equidad y pertinencia. Requiere de desarrollo integral y de una formación continua e intercultural.

32 Fundamento 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 4232-2004-AA/TC, *op. cit.*

33 Expediente N° 0011-2013-PI/TC. F.74.

4. Estado de cosas inconstitucional en la educación peruana

En el Perú, el Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza, es decir, este no solo debe crear y garantizar las condiciones necesarias para ello, sino que promete mantenerlas. Lo mismo, declara que los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación (donde nuevamente se ha de entender la pluralidad de oferta) y de participar en el proceso educativo, esto es, que garantiza de manera implícita la pluralidad de oferta.³⁴

Del mismo modo, el Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos; así como supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación. En virtud de ello, el servicio es uno regulado.

El Estado se impone como deber asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas. Se ha impuesto la prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República.³⁵

En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.³⁶

Estas no son expresiones aleatorias ni emanadas de un texto de literatura o normativo cualquiera, sino que constituyen garantías constitucionales expresamente reconocidas.

34 Artículo 13 de la CPP, ya citado en el texto.

35 CPP, «Artículo 16º.- Sistema y Régimen Educativo.

Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados.

El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República».

36 CPP. «Artículo 17º.- Gratuidad y Obligatoriedad de la Educación.

La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.

El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera.

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional».

Lo cierto es que la educación pública, que es pagada con impuestos, no es percibida en general como satisfactoria, donde muchos de los que la utilizan no necesariamente pagan impuestos, y gran cantidad de los ciudadanos que no la usan, y eligen la privada, los pagan. Entonces, cuando un ciudadano paga por educación privada, paga dos veces, pues paga esta y también sufraga la pública. El no uso del servicio no genera ningún crédito para quien lo omite, a pesar de sufragar una alternativa (privada) que le ofrece mejores condiciones.³⁷

Conforme al TC, el Estado peruano ha resultado incapaz de asegurar la calidad que predica y garantiza en el texto constitucional vigente. Después de lo resuelto (dos veces) por el máximo intérprete de la Constitución, primero cuando declara el estado de cosas inconstitucional educativo en el año 2010 para educación superior, y luego en el año 2016 respecto a la educación básica regular, no hay aún evidencia de que tal situación se haya superado. Por el contrario, en los últimos tres años, la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU) ha cerrado más de 40 instituciones universitarias que supuestamente no pudieron demostrar condiciones elementales de funcionamiento, y actualmente no ha terminado el procedimiento de licenciamiento del resto al 100 %.³⁸

Sin perjuicio de ello, y como hemos comprobado de manera evidente, si hoy analizamos desde el prisma constitucional problemas educativos relacionados con la pandemia, sufragar los pagos del servicio en las IE privadas, por ejemplo, constituye una obligación del Estado (artículo 17 de la CPP de 1993).³⁹ En este sentido, me resulta claro que el texto constitucional, en este caso concreto, anticipó el problema.

De acuerdo con el texto constitucional, el Estado se ha obligado expresamente a subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades para quienes no puedan pagarla. Y es importante destacar que este es un precepto nuevo, que no lo encontrábamos en el texto de la CPP de 1979. Tal norma constituye una garantía constitucional, y es perfectamente exigible por parte de un ciudadano.

No es cuestión extraña en este, y otros importantes temas, que nos encontramos con muchas normas constitucionales que no necesariamente se aplican de manera imperativa o cumplen funcionalmente, sino que establecen principios que serán concretados en la medida de las posibilidades y coyuntura de cada administración. Nos referimos a las normas de carácter programático, cuya interpretación debe ser aunada a las demás reglas de derecho dispuestas, de tal forma que formen un todo lógico inescindible. La ya citada norma no forma parte de aquellas, sino que es de imperativo cumplimiento.

37 <https://educacionalfuturo.com/articulos/situacion-de-los-colegios-publicos/>; <https://educacionalfuturo.com/articulos/situacion-de-colegios-privados/>; <https://revistaidee.com/idee/content/la-agon%C3%AD-de-la-escuela-p%C3%BAblica>; <https://inversionenlainfancia.net/?blog/entrada/noticia/2544>; <https://elcomercio.pe/peru/ano-escolar-2019-37-colegios-publicos-optimos-inicio-clases-noticia-614352-noticia/>; https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1529/libro.pdf; <http://umc.minedu.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/EB03.pdf>

38 <https://www.sunedu.gob.pe/avances-licenciamiento/>

39 Esto ha de concordarse también con el artículo 70 de la misma norma que explicita la intervención del Estado por el bien común.

Hoy, el contexto prevé para el año 2020 —inicio de la pandemia del COVID 19— la mayor caída económica del país en 100 años, del orden del 12,5 % del PBI, debido a la alta paralización de actividades, dada la cuarentena impuesta por el estado de emergencia entre el 15 de marzo y el 30 de junio, cuando el producto bruto interno cayó en -40,5 % hasta abril, con una disminución del empleo formal en 47 %, y 2,4 millones de puestos de trabajo perdidos, aproximadamente. Esto ha hecho complejo —si no imposible— para algunos el pago de las cuotas por servicios de educación.⁴⁰

No avizoro otra circunstancia más apremiante e idónea para hacer cumplir el mandato constitucional señalado (subvención) que una pandemia, y de estas características, donde el Perú ha llegado a ocupar hasta la fecha de redacción de estas líneas, el quinto puesto a nivel mundial de infectados, y con proyección al alza.

Puestas las cosas de ese modo, la solución concreta al problema de pagos, ante la carestía de los privados, la tiene el texto constitucional, conforme a lo reglado estrictamente en su artículo 17, y su inobservancia lleva consigo los mismos sinsabores elementales inconstitucionales que obligaron al TC a poner de manifiesto más de una vez y que ya hemos repasado, como es que el Estado sencillamente no cumple con sus obligaciones en esta materia.

Esto ha de compaginarse en importancia con todas las ayudas económicas que el mismo Estado ya ha aprobado y desembolsado como paliativo para diversos sectores de la economía, dirigidas a personas y empresas de distinta envergadura y segmentos económicos. Nótese que la única vez que la Constitución Política utiliza la figura de la subvención en todo su texto y obliga a subvencionar es en la educación.

5. Corporaciones educativas, tipología de las entidades prestadoras del servicio

Conforme lo anotado líneas atrás, de acuerdo a ley, las instituciones educativas se venían organizando como entes desprovistos de personalidad jurídica, y sin atención a su subjetividad jurídica (dato que no es menor), hasta finales de la década de 1990.

De esta manera, una persona natural aisladamente considerada, o una asociación (sin fines de lucro), interesada en fundar una organización educativa, presentaba la solicitud respectiva a la autoridad correspondiente para que esta le otorgara una autorización que la reconociera como «promotor» y, al mismo tiempo, permitiera el funcionamiento de la institución educativa (a la que, como hemos establecido, no se le otorgaba ninguna categoría jurídica y, en lo que concierne, sin atribución de personalidad jurídica, que resulta evidente, no se ha de presumir).

40 <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-53051157>, <https://www.nytimes.com/es/2020/06/12/espanol/america-latina/peru-coronavirus-corrupcion-muertes.html>, <https://es.investing.com/news/economic-indicators/peru-preve-sufrir-la-mayor-caida-economica-de-ultimos-cien-anos-por-covid19-2012062>, https://www.eldiario.es/economia/Peru-sufrir-economica-ultimos-COVID-19_0_1039747128.html, <https://rpp.pe/economia/economia/bcp-economia-podria-tener-su-peor-caida-en-100-anos-y-ser-la-mas-golpeada-de-la-region-reactivacion-economica-coronavirus-en-peru-desempleo-noticia-1270200>

Un colegio autorizado bajo estos parámetros normativos no era sino una corporación no inscrita, pero no una persona jurídica. Aun así, el reconocimiento de su subjetividad era también difícil. Particularmente, durante la década de los 90 me vi en la penosa tarea de explicar esta dicotomía a diversos funcionarios privados y públicos, en el transcurso de distintas negociaciones que debían imputarse directamente a una de aquellas entidades educativas.

El reconocimiento de la tipología legal de Colegios, Institutos, Universidades, entre otros, se había difuminado aquí tras el manto omnipresente de la Asociación, creo yo, basado en la idea de la actividad no lucrativa, el escaso desarrollo del Código Civil sobre estos aspectos, y el poco interés y difusión de estos temas por parte de la jurisprudencia y la dogmática corporativa.

Ya en 1993 la CCP desentrañó de su texto el confinamiento de dichas actividades a entidades no lucrativas y, en consecuencia, en 1996 se promulgó una ley que permitía (D. Leg. 882), esta ya expresamente, que las IE existentes se adecuaran a cualquier forma corporativa (Sociedad, EIRL, Asociación, Cooperativa, etcétera), y así obtuvieran personalidad jurídica, y obligaba a las que se formaran de manera posterior para que adoptaran alguno de aquellos tipos.

Sin embargo, la adecuación tuvo que esperar a la promulgación de sendos decretos supremos para regular y reglamentar los procedimientos, que vieron la luz entre los años 1997 y 1998.

No obstante, la subjetividad de las IE era evidente, y el análisis correspondiente se explicó y detalló el año 2002 (Salazar Gallegos, 2002).

El año 2003, en consecuencia, se promulgó una nueva Ley General de Educación, que, recogiendo lo antes señalado, estableció de manera general la personalidad jurídica para todas las IE.⁴¹ Ello trajo como consecuencia la muy particular situación de que muchas IE en el Perú ostenten en apariencia doble tipicidad corporativa, por su condición propia de IE (colegio, instituto, escuela, universidad u otra) y su adecuación a una forma corporativa reconocida por las leyes comunes (Sociedad, EIRL, Asociación, Cooperativa, etcétera).

No obstante, y como hemos explicado, el sector siempre ha transitado en orfandad, y hasta el día de hoy se emiten «verdaderos» fallos administrativos que desconocen esta diáfana realidad.

Bajo las normas en comentario, el universo corporativo de las IE se constituye de la siguiente manera:

IE privadas:

- a) Entidades creadas sin personalidad jurídica, típicas y con subjetividad jurídica. No tienen fines lucrativos.

41 LGE, «Artículo 72º.- Las Instituciones Educativas Privadas. 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».

- b) Entidades creadas sin personalidad jurídica, pero adecuadas al D. Leg. 882, con personalidad jurídica, que a su vez pueden ser causalizadas (asociaciones o cooperativas) o no (sociedades y EIRL). Dependiendo del tipo legal adoptado, no tendrán fines de lucro o se comprenderán supuestamente como mercantiles.
- c) Entidades creadas sin personalidad jurídica, a las que a partir del año 2003 se les imputa la categoría de personas jurídicas. No tienen fines de lucro.
- d) Entidades creadas con personalidad jurídica (solo universidades). Y dependiendo del tipo legal adoptado, no tendrán fines de lucro o se comprenderán como mercantiles.

Públicas:⁴²

- a) Públicas de gestión directa por autoridades educativas del sector educación o de otros sectores e instituciones del Estado.
- b) Públicas de gestión privada, por convenio, con entidades sin fines de lucro que prestan servicios educativos gratuitos.⁴³

Y conforme la LGE ya citada, las etapas del sistema educativo son:

- a) Educación básica. Está destinada a favorecer el desarrollo integral del estudiante, el despliegue de sus potencialidades y el desarrollo de capacidades, conocimientos, actitudes y valores fundamentales que la persona debe poseer para actuar adecuada y eficazmente en los diversos ámbitos de la sociedad. Con un carácter inclusivo atiende las demandas de personas con necesidades educativas especiales o con dificultades de aprendizaje.
- b) Educación superior. Destinada a la investigación, creación y difusión de conocimientos; a la proyección a la comunidad; al logro de competencias profesionales de alto nivel, de acuerdo con la demanda y la necesidad del desarrollo sostenible del país.

Los tipos corporativos estrictamente educativos consecuentes y que responden a distintos niveles de prestación de servicios son:

42 En el Perú no existe un criterio uniforme respecto al fin de las entidades corporativas. Los criterios de causalidad y estructurales se encuentran en distintas leyes de manera desordenada. Así, el Código Civil verifica sobre los tipos que regula que «persigue un fin no lucrativo» (Asociación, artículo 80), «es una organización no lucrativa» (Fundación, artículo 99°), y «finalidad altruista» (Comité, artículo 111). La ley de la EIRL, «se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas» (artículo 1°, L. 21621); las sociedades «para el ejercicio en común de actividades económicas» (artículo 1°, LGS), y las cooperativas «sin propósito de lucro» (artículo 3°, Ley General de Cooperativas – LGC). Es curioso, sin embargo, que la Ley de Mercado de Valores – LMV (de eminente corte mercantil) exprese sobre algún tipo regulado que este sea «sin fines de lucro» (artículo 158°, LMV). Esto genera que en el Perú exista un régimen dual, es decir, dissociado en lo que a criterios de construcción basal de personas jurídicas se refiere. Así, el CC y la LGC se acogen al criterio causal corporativo, mientras que la Ley de EIRL y la LGS se atienen al criterio estructural, sin perjuicio de crear dificultad respecto a cuál sería (y si corresponde) el criterio de mercantilidad para esta última. Una reseña al respecto en: <https://ius360.com/privado/civil/personas-juridicas-societarias-y-otras-parte-i-tipologia-sistemas-de-constitucion-y-existencia/>

43 Particularmente, considero dicha limitación como absurda, y así lo he sostenido (Salazar Gallegos, 2005).

- En educación básica regular:
Colegios, regulados y reconocidos como tales por la Ley de Colegios, L. N° 26549 y su Reglamento, el D.S. 009-2006-ED.
- En educación superior:
 1. Universidades, reguladas por la Ley Universitaria del año 2014, L. 30220.
 2. Institutos, regulados por la Ley de Institutos y Escuelas de Educación Superior, L. 30512.
 3. Escuelas, reguladas por la Ley de Institutos y Escuelas de Educación Superior, L. 30512.
 4. Escuelas de posgrado, reguladas por la Ley Universitaria del año 2014, L. 30220.
 5. CETPROS, regulados por el D.S. 022-2004-ED; la educación técnico-productiva es una forma de educación orientada a la adquisición y desarrollo de competencias laborales y empresariales en una perspectiva de desarrollo sostenible, competitivo y humano, así como a la promoción de la cultura innovadora que responda a la demanda del sector productivo y a los avances de la tecnología, del desarrollo local, regional y nacional, así como a las necesidades educativas de los estudiantes en sus respectivos entornos.

Cada uno de estos se rige por una ley específica, y por tanto colegios, institutos, universidades, CETPROS y otros se estructuran de una forma única y distinta, y son regulados y supervisados de manera diferente.

Por su parte, las academias de preparación universitaria, que alguna vez formaron parte del texto normativo general, hoy han desaparecido de su espectro, quizá como otra nota adicional al desinterés que existe sobre el proceso formativo educativo en el país.

Las entidades privadas se autogestionan y autofinancian. Esto, reiteramos, sin perjuicio del mandato constitucional ya citado, que exige la subvención por parte del Estado, y cuya omisión impediría apoyar a las entidades objetivamente más eficientes y a los padres y apoderados que lo necesiten. La CPP no expresaba ello antes (desde el punto de vista histórico). La LGE, L. 23384, de mayo de 1982, sí lo hacía, y lo señalaba en su artículo 12°, que decía que «es responsabilidad del Estado apoyar en el sostenimiento de los centros de gestión no estatal»; lo mismo su artículo 20°, que indicaba que se financiaban con el aporte del Estado. Igualmente, su artículo 26°, que regulaba compensaciones económicas a favor de los entes no estatales, para rebajar las pensiones o pagar becas. Esta norma ya regulaba incluso la educación a distancia, y como podemos verificar contenía normativa más solidaria al respecto.

6. Calidad de la educación, el licenciamiento y la acreditación

La calidad es un elemento clave en el entorno educativo. El problema del estándar de calidad en la educación pública y privada parte por la deficiente regulación al

respecto, donde es el operador público quien infringe sus obligaciones y, a su vez, debe verificar este elemento en los privados.

Una entidad difícilmente puede supervisar estructura, planes de estudio, lineamientos, organización y calidad, si es que no puede ella misma administrarlos y demostrar su validez.

No es un misterio que las instituciones públicas de educación, en gran proporción, son las primeras en incumplir el mandato constitucional de calidad. El Estado se ha propuesto metas que no ha sido capaz de cumplir en casi todos los casos y que revierten en contra del texto de la CPP y del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

La poca eficiencia gubernamental en el mercado educativo, donde también operan y compiten los privados de manera activa, normalmente es sinónimo de baja calidad. Esto se agudiza más cuando la concurrencia de entes particulares es numerosa, la demanda alta, y la supervisión casi nula y/o ineficiente (como lo ha comprobado el TC).

El Estado tendría que tender a equilibrar las prestaciones, brindando por su parte un servicio óptimo y altamente competitivo, que cumpla con el mandato constitucional, y que incentive al sector privado a invertir de manera permanente, preocuparse por el servicio y generar así un estándar adecuado.

Respecto a la medición de la calidad, debe tomarse en cuenta que el sistema puede verse subordinado a factores que conduzcan a error, pues la imposición de metas, por ejemplo, puede llevar a las instituciones a falsear y/o forzar resultados que no necesariamente sean reales.

El licenciamiento, conforme a ley, es la autorización de funcionamiento que se obtiene a través de un procedimiento de verificación del cumplimiento de unas, denominadas también normativamente, condiciones básicas de calidad (CBC). El cumplimiento de estas condiciones no implica que la IE ofrezca un servicio de educación de calidad, como erróneamente su nombre pudiera dar a pensar, sino que supone la verificación, en primera instancia, de las condiciones mínimas indispensables para operar, esto es, lo que la ley exige, material y objetivamente, para ofrecer los servicios. Ello, aunque parezca sorprendente, es necesario que se evidencie, pues algunos erróneamente suponen que la calidad en educación se impone por ley, y que basta una reforma legislativa para acabar con las desigualdades de aquella (lo mismo que ocurre con el presupuesto asignado, que, por elevado que fuere, necesita gestionarse correctamente).

Y así, por ejemplo, que la ley exija: (i) un determinado grado académico para poder calificar como profesor y enseñar, o (ii) un grupo de publicaciones en una revista indexada, en lo que se ha llamado con acierto el negocio intelectual, ciertamente no asegura calidad.⁴⁴

44 Sergio Villalobos *Revistas Indexadas y Otros Vicios Académicos. Revista Chilena de Literatura*. N° 84. Santiago. 2013. «Los académicos, igual que todos los seres humanos, viven preocupados de su situación, el ascenso y el prestigio, que al fin se reflejan en la posición ocupada en alguna universidad, un centro de estudios o un cargo público. En esa competencia darwiniana puede haber buenos y malos métodos. Entre estos últimos están las publicaciones en revistas “indexadas”».

No es menor apuntar que esto incluso ha llevado al nacimiento y proliferación de lo que se conoce

En el caso peruano, el licenciamiento se ha impuesto por ley a institutos y escuelas superiores, y a universidades. En el primer caso este es de cinco años y, en el segundo, de seis a diez años. Lo cierto es que, de las 92 universidades ya licenciadas a la fecha de redacción de este artículo,⁴⁵ solo tres lo han sido por el plazo máximo.⁴⁶

El licenciamiento está a cargo del MINEDU⁴⁷ y de la SUNEDU,⁴⁸ donde esta última verifica solo el ámbito universitario.

Con relación a la acreditación, esta se regula conforme a la actual LGE:

Artículo 14o.- Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa

El Estado garantiza el funcionamiento de un Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa que abarca todo el territorio nacional y responde con flexibilidad a las características y especificidades de cada región del país.

El Sistema opera a través de organismos autónomos, dotados de un régimen legal y administrativo que garantiza su independencia.

Como parte de los esfuerzos del Estado para garantizar la implementación de una política educativa de calidad, mediante L. 28033, Ley General de Educación, su artículo 14º, se garantiza la creación de un ente que se encargue de regular la acreditación de la calidad en las instituciones educativas, en cualquiera de sus niveles.

Así, mediante la L. 28740 se crea el SINEACE,⁴⁹ como ente encargado de velar por la acreditación de la calidad educativa en todos sus niveles. Sin embargo, mediante la décimo segunda disposición complementaria transitoria de la Ley Universitaria, publicada en julio de 2014, se declaró en reorganización al SINEACE. Dicha disposición señala:

DÉCIMA SEGUNDA. Reorganización del SINEACE

Declárase en reorganización el Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (SINEACE) y derógase el Capítulo II del Título I, a excepción del numeral 8.3 del artículo 8, y los Títulos II, III, IV y V de la Ley 28740.

Autorízase al Ministerio de Educación, en el marco de lo dispuesto en el párrafo precedente, a que mediante resolución ministerial constituya i) un Grupo de

como revistas predatorias o de prácticas predatorias, como modelo comercial engañoso: <https://www.nytimes.com/2019/04/03/science/predatory-journals-ftc-omics.html>

45 Nótese que el licenciamiento universitario se creó a mediados del año 2014, y aun después de casi seis años las autoridades no han acabado el mapeo respectivo.

46 Aquí también, nótese, hay un efecto perverso, pues el licenciamiento se sujeta al controlador estatal por un período extremadamente corto, tomando en cuenta el nivel de inversión necesario para obtenerlo.

47 Ministerio de Educación, <https://www.gob.pe/minedu>

48 Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria, <https://www.sunedu.gob.pe/>

49 Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa, <https://www.sineace.gob.pe/>

Trabajo encargado de evaluar el SINEACE y elaborar un proyecto de ley para su reforma, que será remitido por el Poder Ejecutivo en el plazo de 90 días calendario como máximo y ii) un Consejo Directivo ad hoc para el Sistema, conformado por tres miembros: la presidencia del COSUSINEACE, quien lo presidirá, un representante del Ministerio de Educación, y la presidencia del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC), para que ejecute las funciones necesarias para la continuidad del organismo y los procesos en desarrollo, las mismas que serán establecidas en la resolución ministerial antes señalada, hasta la aprobación de su reorganización. La Secretaría Técnica del COSUSINEACE mantiene sus responsabilidades respecto al referido Consejo Directivo.

El Consejo Directivo ad hoc del SINEACE, será responsable de designar a los representantes de este organismo ante otras instancias, durante el plazo de su vigencia.

A partir del segundo año de la implementación de la modificación de la Ley 28740, solo podrán otorgar doctorados las instituciones que cuenten con programas de posgrado acreditados.

Si bien ya incluso mediante R.M. 396-2014-MINEDU, de fecha 28 de agosto de 2014, se instaló un grupo de trabajo para realizar la reforma del SINEACE, de manera que, de acuerdo a ley, se presente el proyecto de ley de reorganización del mismo, ello hasta el día de hoy no se ha cumplido.

La acreditación se efectúa a personas jurídicas o naturales o por profesión u ocupación. El proceso de acreditación de la calidad educativa es voluntario. Excepcionalmente, la acreditación de la calidad de algunos programas de estudios será obligatoria por disposición legal expresa. Obviamente, las acreditaciones se constituyen por compartimientos, ya sea a procedimientos específicos dentro de la institución, programas, carreras y/o facultades determinadas, no a toda la corporación en conjunto (Salazar Gallegos, 2003).

7. El contrato de servicios educativo

Este tema ha tenido muy escaso tratamiento doctrinario y jurisprudencial, y han sido leyes de consumidores, desde su particular espectro de regulación, y los precedentes administrativos consecuentes, los que en última instancia han ido moldeando la figura en el campo de la protección del consumidor en servicios específicos (artículos 73 y 74 del Código de Protección y Defensa del Consumidor – CPDC) y de los contratos de consumo (artículo 45 del CPDC).

En ese sentido, la legislación educativa: (i) no calificaba la relación jurídica, (ii) ni el servicio público, (iii) ni la necesidad de suscribir un contrato. No lo hacía en su momento la Ley General de Educación de 1983, ni la Ley de Colegios 26549, ni su Reglamento, el D.S. N° 001-96-ED. Es solo la actual LGE de 2003 la que califica la educación como servicio público, además de pronunciarse sobre aspectos corporativos esenciales, como la imputación de la personalidad jurídica a las instituciones educativas, que en retrospectiva solo la Ley Universitaria de 1983 había hecho antes

dentro del espectro de las IE.

Esta misma LGE, en sus 92 artículos, no regula el contrato de educación, de servicios de educación o de enseñanza (no es pues un contrato típico, ni nominado);⁵⁰ menos aún sus características, así como tampoco lo hace su reglamento, que está a su vez compuesto de 159 artículos.

No obstante, el Estado obligaba a suscribir contratos, en el caso de colegios e institutos superiores, a partir del año 2002.⁵¹

Es importante resaltar que parte del contenido de estos resulta predeterminado y moldeado por la normativa;⁵² otra parte del contenido es predeterminado

50 En nuestro medio, Manuel de la Puente y Lavalle (1993). En otro apunte y por todos, Díez-Picazo & Gullón (1992).

51 En aquel entonces se prohibió expresamente:

- «Brindar información sólo verbal, errónea o insuficiente sobre el monto, número y oportunidad del pago de las pensiones y de los posibles aumentos.
- Condicionar el tratamiento de los reclamos referidos a aspectos de la evaluación de los alumnos al pago de las pensiones.
- Obligar a los padres de familia a la adquisición del íntegro de los útiles escolares al inicio del año escolar o a la compra de uniformes, materiales o útiles escolares en establecimientos señalados con exclusividad por los centros educativos.
- Cobrar cuotas extraordinarias sin la autorización expedida por el Ministerio de Educación.
- Usar procedimientos y/o mecanismos de intimidación que afecten la dignidad, la integridad física y/o moral de los educandos para el cobro de las pensiones. No estarán incluidos en este supuesto los mecanismos de notificación ordinarios orientados al cobro de las pensiones.
- Condicionar la matrícula al pago de alguna donación, contribución adicional o voluntaria.
- Obligar al abono de una o más pensiones mensuales adelantadas.
- Condicionar la evaluación al pago de pensiones, sin perjuicio del derecho de la institución educativa de retención de los certificados u otros registros de evaluación correspondientes a períodos no pagados, siempre que los padres de familia o apoderados hayan sido informados de este riesgo al momento de la matrícula y que sean las personas que recojan dichos documentos.
- Establecer por concepto de matrícula un importe mayor al de una pensión mensual».

Conforme Ley n° 27665, Ley n° 26549, Decreto Supremo n° 005-2002-ED, entre otros.

52 Es interesante recalar en la regulación pertinente, pues el año 2020 se estableció que: «Durante el proceso de matrícula el centro educativo está obligado a brindar en forma escrita, veraz, suficiente y apropiada, la información sobre las condiciones económicas a las que se ajustará la prestación del servicio educativo. Dicha información constará en un documento que será suscrito por el padre de familia y por el Director del Centro Educativo». Reglamento de los Centros y Programas Educativos Privados, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-ED, artículo 22. Sin embargo, esta norma, que fungía como reglamento de la Ley de Colegios, fue derogada y sustituida el texto por el siguiente: DECRETO SUPREMO N° 009-2006-ED, «Artículo 49º.- Las Instituciones Educativas, para efectos del control pertinente, informarán a los padres de familia e interesados, en forma veraz, suficiente y apropiada antes de la matrícula lo siguiente:

- a) Resolución que autoriza su funcionamiento.
- b) Reglamento Interno.
- c) Monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como de 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 la pensión mensual de estudios.
- d) Condición profesional del director y del personal jerárquico y docente.
- e) Requisitos para el ingreso de nuevos alumnos.
- f) Propuesta pedagógica.
- g) Sistema de evaluación y control de estudiantes.
- h) Número de alumnos por aula y horario de clases.

por la institución (lineamientos), y parte está personalizado en función de los alumnos.

De acuerdo con la legislación vigente, y en el particular caso de los colegios, estos suscriben contratos anuales con los padres, donde establecen las características, condiciones económicas, ventajas y demás términos del producto y/o servicio, obligatoriamente. Estos mismos contratos suelen comprender también, con mayor o menor detalle, los datos sobre la resolución que autoriza el funcionamiento de la IE, las referencias a los reglamentos internos, el monto, número y oportunidad de pago de las pensiones, así como de los posibles aumentos, la condición profesional del director y del personal jerárquico y docente, la propuesta pedagógica, el sistema de evaluación y control de estudiantes, el número de alumnos por aula y horario de clases, y los servicios de apoyo al estudiante que pudieran existir. Esto es lo predispuesto por ley. En el caso de las IE que ofrecen educación superior, esto no ocurre en estricto por razones evidentes.

Podemos encontrar resoluciones del TC que parecen interpretar de manera particular esta situación y desconocer esta realidad cuando señalan:

Sobre la base de lo anterior, una regulación estatal de mayor intensidad, respecto a empresas prestadoras, se halla justificada; y esto porque, en los contratos de servicios públicos, la libertad contractual no se ejerce en condiciones de simetría. En concreto, los usuarios no negocian las cláusulas en virtud de las cuales se contrata el servicio, sino que más bien la regla consiste en que ellos se «adhieren» a una serie de cláusulas y asumen obligaciones que han sido preestablecidas, sin que estas puedan ser realmente «negociadas». Tal situación se extiende a los servicios de electricidad, agua, telefonía, salud, educación, entre otros. Por esta razón, el Estado está legitimado para desarrollar un rol regulatorio y de especial protección que excluya la posibilidad de que el usuario se vea forzado a consentir condiciones abusivas en la contratación.⁵³

La predisposición es relativa (ya no solo por la distensión del binomio servicio y público), si de acuerdo con la Ley 27665⁵⁴ (2002), denominada de «protección a la economía familiar»: (i) antes de cada matrícula se debe brindar en forma escrita información de monto, número y oportunidad de pago de pensiones, y posibles

i) Servicios de apoyo al estudiante que pudiera existir y

j) Otra información relacionada con el servicio educativo que se ofrece que sea de interés para el alumno».

Nótese que el nuevo texto obvia la forma escrita. No obstante, ello ha de concordarse con el Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010), que señala: «Artículo 74.- Derechos esenciales del consumidor en los productos y servicios educativos:

74.1 Atendiendo a la especialidad de los productos y servicios educativos, el consumidor tiene derecho esencialmente a lo siguiente:

a. Que se le brinde por escrito información veraz, oportuna, completa, objetiva y de buena fe sobre las características, condiciones económicas, ventajas y demás términos y condiciones del producto o servicio. [...]».

53 Expediente N° 0011-2013-PI/TC. F. 60.

54 Aplicable a colegios.

aumentos.⁵⁵ La pensión en cuotas es una por cada mes de estudios, y una suma por matrícula que no supere una pensión mensual; (ii) no se puede obligar al pago de sumas o recargos por conceptos diferentes a los establecidos en la ley; (iii) las cuotas extraordinarias solo se podrán realizar con autorización previa del regulador; (iv) no se pueden cobrar pensiones adelantadas; (v) no se puede condicionar reclamos ni evaluaciones al pago de pensiones,⁵⁶ y (vi) no se pueden utilizar formas intimidatorias para el cobro de estas últimas.

Esta última norma tiene su paralelo posterior y complementación con la promulgación de la Ley N° 29947, aplicable a universidades, escuelas de posgrado, institutos y escuelas superiores.⁵⁷

En concordancia, el mismo mes de febrero del año 2002 se promulga el D.S. N° 005-2002-ED, que, además de ratificar varios de estos conceptos, amplía conductas restringidas y el manto de protección a los comitentes, modifica el reglamento de colegios y señala que: (i) durante el proceso de matrícula el centro educativo está obligado a brindar en forma escrita, veraz, suficiente y apropiada la información sobre las condiciones económicas a las que se ajustará la prestación del servicio. Dicha información ha de constar en un documento que será suscrito por el padre de familia y por el director del centro educativo. Además, dice: (ii) «transcurridos dos meses en los cuales el padre de familia o el apoderado no hubiera cumplido

55 El artículo 15° del D. Leg. 716, de 1991, sobre protección a consumidores, a la sazón ya regulaba la obligación: «Artículo 15.- El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes. Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos».

56 El artículo 6° del DS 011-98-ED ya regulaba la situación: «Artículo 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. f) Retener los certificados correspondientes a los estudios parciales pagados. [...]».

57 Esta indica en su texto 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. 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».

con la cancelación total de las obligaciones a su cargo, el centro educativo puede citar a una reunión para dar tratamiento al problema, en la cual se podrá suscribir un acuerdo que establezca nuevos mecanismos de pago. De incumplirse dicho cronograma de pago o de no lograrse ningún entendimiento, el centro educativo estará facultado para suspender el servicio educativo». Esto como obligación, si bien en la práctica ya varias instituciones venían haciéndolo años antes, por seguridad, diligencia y transparencia.

A ello ha de sumarse lo preceptuado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC, 2010), que hace otras exigencias adicionales y complementarias, si bien desde el punto de vista de la revelación de información necesaria para paliar la asimetría obvia y permitir adoptar una decisión de consumo a los usuarios.

La legislación educativa entonces deja algún margen a la autonomía de los sujetos del proceso educativo. Si bien el colegio emite normas internas reglamentarias, estas no pueden en absoluto restringir derechos reconocidos ni principios o regulaciones sectoriales y/o que tengan que ver con la naturaleza de las instituciones o el servicio. Las disposiciones reglamentarias, sancionadoras y procedimentales internas se sujetan a criterios constitucionales, regulatorios educativos, y procedimentales administrativos varios ya expresos.

Estamos entonces ante un contrato privado especial, aunque no tipificado;⁵⁸ es un contrato de consumo conforme al CPDC,⁵⁹ y es de servicio público de acuerdo con la LGE.⁶⁰

Antes de la ley reseñada del año 2002, era discutible su esfera de contrato privado, ya que se ejecutaba y se cumplía lo preceptuado por la ley al matricularse un alumno, y en virtud de la concesión pública que ciertamente no reconocía un ente diferenciado de manera expresa. Hay quien podría verificar entonces una prestación de índole administrativa.⁶¹

58 Cabe hacer la remisión normativa al artículo 1757 del CC y la discusión que al respecto existe entre los innominados y los atípicos, y la aplicación severa de tales reglamentaciones. CC. «Artículo 1757º.- Contratos innominados de prestación de servicios. Son también modalidades de la prestación de servicios, y les son aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo, los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des». Así, es ineludible señalar que, en efecto, la relación jurídica es una de prestación de servicios de carácter especial, encuadrada en la normativa de la que aquí hacemos repaso apurado y que merecería un libro *ad hoc*.

59 L. 29571 (2010). «Artículo 45º.- Contrato de consumo. El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.

Las disposiciones del presente capítulo son aplicables a todos los contratos de consumo, sean celebrados por cualquier modalidad o forma, según la naturaleza y alcances correspondientes.

En todo lo no previsto por el presente Código o en las leyes especiales, son de aplicación las normas del Código Civil en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de estos contratos».

60 Estos no han de confundirse, por ejemplo, con los *Educational service agreement*, regulados en otras circunscripciones, que refieren no a un contrato, sino a una orden de servicios bajo la cual el gobierno adquiere de un proveedor los mismos. <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/48/237.7201>

61 Esto es muy importante, porque permite ensanchar y moldear las incidencias del mismo con la regulación vigente. En el mismo sentido, y en opinión que no comparto en intensidad, incluso hoy día la administración pública asevera que las IE privadas ejercerían función administrativa por delegación del Estado, por lo que serían consideradas como entidades de la administración pública y les serían aplicables las normas y principios propios de aquellas.

Si hemos de ensayar una definición, un contrato de servicios educativos privado (o de enseñanza) se configura cuando una institución educativa, autorizada y licenciada⁶² por el Estado para actuar como tal, y prestar el servicio educativo⁶³ bajo determinada(s) modalidad(es), al amparo de la Ley General de Educación y demás normas aplicables, se obliga mediante la suscripción del mismo a prestar dicho servicio a favor de una persona, donde existe la obligación de colaborar en su ejecución por parte del contratante, asumiendo, entre otros, el pago de una suma de dinero, salvo que se haya exceptuado ello de manera convencional o por ley.⁶⁴ Implica prestaciones que contratan los padres o apoderados para que sean recibidas por sus hijos, es decir, es un contrato con prestaciones de hacer a favor de terceros (Pérez Conesa, 1999).⁶⁵ Se trata pues de un contrato complejo, regulado en sus prestaciones por el Estado para cumplir fines públicos a través del mismo.

La onerosidad del contrato es exceptuada de manera excepcional por aquellas instituciones que así lo decidan, o se vean compelidas por ley a ello.

Sobre las características del contrato, tomando en consideración lo anotado en líneas previas, podemos verificar gran parte de aquellas, limitando esta vez el análisis desde la óptica de la prestación del servicio de educación básica regular.

Así, se trata de un contrato de prestación de servicios de periodicidad anual (para colegios),⁶⁶ ya que es esa la vigencia que le otorga la ley. En condiciones ordinarias

62 La Ley de Colegios peruana no prevé el licenciamiento.

63 La definición legal de servicio educativo para colegios es: «*el conjunto de actividades educativas y de gestión diseñadas y organizadas, en función del nivel o ciclo de la Educación Básica Regular, Especial o Alternativa, para lograr un objetivo predeterminado de aprendizaje a lo largo de un periodo, de acuerdo a las disposiciones y orientaciones en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, los objetivos de la educación básica y el Proyecto Educativo Nacional*» (RVM 090-2020-MINEDU). Esto es un avance, pero parece restar importancia a las prestaciones conjuntivas, y concentrarse en la obligación principal, sin distinción por diversidad de oferta.

64 Las leyes peruanas contemplan diversas formas de becas y otros incentivos económicos que exigen a determinadas personas, por su particular condición, del pago por los servicios. Ya dentro de un período que excede el que estamos analizando en este trabajo, por ejemplo, la Ley 23585 (1983) ya concedía beca a los alumnos que perdían a sus padres.

65 «La función práctica del contrato a favor de tercero consiste en realizar un doble efecto patrimonial empleando un medio único, puesto que, para el estipulante, el contrato implica una operación a través de la cual pretende obtener la finalidad propia del contrato de que se trate, donde se distingue su interés en la relación interna, y la que se propone alcanzar con respecto al tercero mediante el compromiso del promitente, donde se halla el interés en que el derecho se atribuya al tercero, y ello porque el estipulante no se propone simplemente aprovechar a un tercero, es decir, no tiene en cuenta tan solo el interés del tercero sino también el suyo propio, porque, si bien muestra un interés en que al tercero se le atribuya un derecho, también habría que saber por qué quiere llegar a ese resultado. No basta con afirmar que la intención del estipulante en el contrato a favor del tercero consiste en que éste sea titular de un derecho, sino que, además de ello, se propone realzar su propio interés. A este respecto, el interés que determina al estipulante a establecer un pacto semejante puede consistir en solventar una propia deuda frente al tercero, en tal caso acreedor suyo con anterioridad; que es lo que ocurre en el caso del contrato de educación, a través del cual los padres cumplen el deber de proporcionar a sus hijos una formación integral».

Del mismo modo, Díez-Picazo (1993, pp. 403 y ss).

66 En universidades lo será semestral, lo mismo que en institutos y escuelas superiores.

implica la prestación del servicio de manera presencial, pero la ley admite y regula modalidades, entre ellas, a distancia, y las define.

Es un contrato innominado, pues, como ya hemos establecido, la ley no lo regula de manera expresa como tal, y, por el contrario, hemos verificado que la normativa educativa se complementa con la de consumidores.

Es formal, y *ab solemnitatem*, cuando la ley exija que se materialicen sus condiciones por escrito; y es oneroso, salvo lo comentado líneas atrás.

Es un contrato de obligaciones principales, donde el objetivo es la adquisición de habilidades y conocimientos, y la obtención de un grado de calificación, a través de la impartición de la enseñanza y el cumplimiento de las directrices que a su vez se especifiquen durante su desarrollo para ello, que implica principalmente una obligación de hacer; y de ejecución continuada.

Es de prestaciones conjuntivas, de carácter accesorio, subsidiarias, complementarias y secundarias (interrelación social, habilitación de facilidades e infraestructura, como lo pueden ser las bibliotecas, disposición y uso de instalaciones deportivas, lúdicas, de actividades diversas), y existe un importante deber de cuidado⁶⁷ o ya denominada obligación de seguridad, etcétera.⁶⁸

Se constituye en uno de obligación de medios (en lo principal), que permite su resolución unilateral por cualquiera de las partes ante condiciones previamente explicitadas; de prestaciones bilaterales; de colaboración, y atípico (Hernández & Trivisonno, 2015, p. 81).⁶⁹

67 En ello y en lo presencial hay una Obligación de Seguridad que ha sido desarrollada de manera certera en sede administrativa, aun cuando hace falta desde el punto de vista civil. Así y por todas refiero a la Resolución N° 1480-2019/SPC-INDECOPI. F. 20. «Por lo que, uno de los parámetros a considerar para determinar la expectativa generada en los consumidores y, por ende, para analizar la idoneidad de los bienes o servicios adquiridos o contratados por ellos, es la naturaleza de dicho bien o servicio. Tratándose de servicios educativos, los colegios se encuentran obligados a adoptar medidas destinadas a garantizar la seguridad de sus alumnos durante su permanencia en el centro educativo».

68 El Reglamento de la LGE, en su artículo 2°, se refiere a que: «Frente a este derecho está la obligación del Estado de garantizar la asequibilidad, es decir, una oferta suficiente de instituciones y programas educativos, públicos y privados, asequibles a todas las personas, para asegurar la universalización de la educación, lo que implica docentes calificados y locales escolares suficientes y adecuados pedagógicamente con instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, luz eléctrica, instalaciones para personas con discapacidad, materiales educativos, bibliotecas, servicios de informática, equipos de tecnología de la comunicación e información»; así también, «instituciones educativas dotadas de infraestructura adecuada y segura, mobiliario, materiales y recursos educativos, equipamiento con tecnología vigente y servicios básicos indispensables para el proceso de enseñanza y aprendizaje».

69 «Es atípico, porque desborda las fronteras de la locación de servicios y no puede ser encuadrado dentro de ninguna de las figuras tipificadas. (14) No desconocemos que algunos autores se han expedido en sentido contrario, sea por considerarlo locación de servicios (15) o locación de obra. (16) Como luego veremos al abordar el objeto, nos parece que el contrato de servicios educativos privados no se reduce a una mera prestación de actividad sino que compromete una prestación principal, aunque articulada con prestaciones accesorias y deberes anexos, definitorios a la hora de precisar la naturaleza del contrato. De cierta manera, la idea es coherente con la existencia de organización empresarial a la que aludimos en los párrafos precedentes y con la estabilidad y durabilidad de la prestación de tal servicio educativo. Además, no se trata de un contrato atípico puro, sino de un contrato que presenta puntos en común con otras figuras típicas, lo que permite ubicarlo dentro del ámbito de los contratos atípicos mixtos. (17) De ese modo, las normas de la locación de servicios, de la locación de obra y del depósito,

Su objetivo principal entonces está fijado en lograr un aprendizaje a lo largo de un período, de acuerdo con las disposiciones y orientaciones regulatorias vigentes del Estado. En ello, la muy reciente definición normativa de servicio educativo, que veremos luego, juega un papel preponderante.

8. Normativa regulatoria sectorial educativa de los contratos

Como no puede ser de otro modo y ha quedado de manifiesto en las líneas precedentes, la prestación de los servicios educativos y, por ende, del contrato consecuente, se encuentra sujeta a la regulación emitida por el Estado al respecto. Ello fluye de su calificación de servicio público por parte de la ley, y lo explicado a su vez por el TC.

Ya desde la órbita constitucional, en primer lugar se indica que:

[...] El Estado coordina la política educativa, formula los lineamientos generales de los planes de estudio, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República (artículo 16°). (Salazar Gallegos, 2005b)

Tratándose de una nación multiétnica, pluricultural y donde existen circunscripciones territoriales claramente definidas, es menester adecuarse a las condiciones de cada quien en cada lugar. No se puede dejar de reconocer que no es posible aplicar los mismos criterios a realidades distintas dentro de un mismo Estado. Esto se debe plasmar en normas que respeten dichas características.

Así mismo, esto quiere decir que la función del Estado se irradia a todos los rincones del territorio nacional.

Adicionalmente, el régimen de competencia no puede centrarse en un solo lugar —por ejemplo, la capital del Estado—, sino que se requiere la presencia de la autoridad administrativa en todos y cada uno de los lugares donde se le requiera, y con el mismo grado de incidencia.

Es preciso indicar que la descentralización del sistema y régimen debe encaminarse a procurar un estándar, de tal forma que las diferencias importantes se conviertan, en lo posible, únicamente en territoriales, más elementos accesorios propios, pocos, de carácter regional, respetando la identidad de las personas, pero que finalmente se brinden paralelamente herramientas comunes que pue-

entre otras, pueden resultar de interés a fin de integrar algunas normativas. La atipicidad también se ve mitigada atento a la posibilidad de recurrir a las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que este contrato de prestaciones de servicios educativos privados puede ser calificado como contrato de consumo, (18) ya que en la mayoría de los casos se darán los presupuestos de subsunción previstos por dicha ley».

dan facilitar la socialización del individuo y la convergencia al interior de un todo común.

Hay una centralización en las funciones de carácter general. Como no puede ser de otro modo, el Estado, a través de sus instancias administrativas correspondientes, debe coordinar la política educativa, la forma como se conduce el sistema, el régimen y los objetivos perseguidos.

En consecuencia, los lineamientos generales de los planes de estudio son formulados por el Estado. Esto no es óbice para que estos lineamientos sean revisados periódicamente y, por el contrario, es necesario que así sea; y, por supuesto, que de esa revisión resulte un cambio o actualización positiva. La revisión debe recoger, en lo posible, las propuestas de la sociedad civil, y en particular aquellas que provengan de los sectores más autorizados para pronunciarse sobre la materia.

La administración pública debe responder de manera flexible al principio, adaptando los lineamientos de estudio al avance científico, tecnológico, pedagógico y cultural en general, además de comprender las diferencias esenciales producidas en el seno de la sociedad, que no responden necesariamente a los conceptos aludidos.

Debe procurarse entonces un canal de orientación y comunicación que se retroalimente de manera constante y fluida. El peligro en la demora puede resultar en un factor determinante para el fracaso de la política educativa.

Los lineamientos deben recoger estos principios; de lo contrario pueden constituirse en barreras de acceso irracionales a los cambios propios de cada materia en discusión. La administración pública *per se* no necesariamente internaliza las externalidades negativas que tal conducta puede acarrear en la sociedad. Los problemas de agencia en este sector son claramente identificables.

El Estado debe asegurar que todas las personas reciban educación. La educación, como ya se ha expresado en el artículo 13° del texto constitucional, cumple un rol fundamental para la persona y debe tender a igualar las oportunidades entre ellas.

El seguro que impone el precepto no significa que sea el Estado quien preste directamente el servicio.

La educación a que se refiere el precepto es aquella considerada adecuada para los fines requeridos. Nuevamente surge el tema de la calidad o de la idoneidad de la oferta, si se quiere. Si nos basamos estrictamente en la que actualmente brinda el Estado, resulta ser un mal parámetro para tomar como estándar. Debe tenerse en cuenta que siendo el Estado un agente activo en la prestación del servicio, se encuentra sujeto a las mismas obligaciones que los particulares para el cumplimiento de su función.

Las limitaciones a que se refiere la norma tienen que ver con el derecho a la no discriminación, y a los derechos fundamentales consagrados en el artículo 2°.

Al existir relación directa entre capital humano y productividad, este principio estimula asimismo el aumento de la riqueza. Tiene que ver también con temas de oferta y demanda insatisfechas.

De los recursos ordinarios del presupuesto anual de la república debe darse prioridad a la educación. La prioridad implica ocuparse primero de ella y asignarle la mayor cantidad de recursos en relación con los otros sectores. Esto no significa que deba asignarse un monto que pueda ser libremente distribuido. Con el dere-

cho viene impuesta la obligación de dar cuenta respecto a los recursos destinados y su asignación valiosa y eficiente. Debe existir un marco operativo de gestión presupuestaria. Luego, de acuerdo con la cuantía asignada, corresponderán ciertos resultados. Toda vez que la educación es un elemento central para el crecimiento económico y social, la asignación de recursos resulta prioritaria en el sector.

El Estado, entonces, regula la forma de prestación del servicio. En el caso particular de los colegios, la autoridad suele emitir resoluciones al finalizar cada año, que, aunadas a la legislación vigente, orientan de manera transversal a las instituciones educativas en el desarrollo del servicio para el año siguiente. Este es el caso de la RVM N° 220-2019-MINEDU, de agosto de 2019, que aprobó la norma técnica denominada «Orientaciones para el desarrollo del Año Escolar 2020 en las Instituciones Educativas y Programas Educativos de la Educación Básica».

Durante el estado de emergencia, declarado ya desde el 11 de marzo de 2020⁷⁰ en el Perú, el órgano regulador nacional emitió un concierto de disposiciones destinadas a normar la prestación del servicio durante la pandemia del COVID-19, de muy especial consideración. Estas han tendido a adecuar la realidad imperante a la prestación del servicio⁷¹, por lo que resultan de ineludible cita.

En este sentido, *la RVM 079-2020-MINEDU (12.03.2020) modificó la norma antes anotada de agosto de 2019, que había determinado plazo y modo de la prestación.* Varias entidades educativas iniciaron servicios los primeros días de marzo y en su gran mayoría eran de carácter presencial.

Sin embargo, posteriormente, *mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA* se declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional, por la existencia del coronavirus (COVID-19), y *se previó que fuera el MINEDU, en su calidad de ente rector del sector, quien dictara las medidas que correspondan para que las entidades públicas y privadas encargadas de brindar el servicio educativo en todos sus niveles, posterguen o suspendan sus actividades.*

Estas medidas fueron y son de cumplimiento obligatorio. Obviamente, se trata de un evento sobreviniente, y la *normativa vinculante (las leyes de la pandemia, pues, como hemos señalado y vamos a repasar, son diversas) se constituye como una causa de fuerza mayor*⁷² *de acuerdo con el Código Civil (CC), claramente, que exige de*

70 Recordemos que esto se hizo por Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado el 11 de marzo de 2020, y que el estado de emergencia se ha extendido hasta los primeros días de septiembre de 2020, y que podría ser prorrogado (el Perú ocupa a la fecha de redacción de estas líneas la quinta posición de contagios a nivel mundial).

71 Sé que esto lleva inevitablemente a cuestionar la denominada cantidad contractual conforme al artículo 62° de la CPP, y la inconstitucionalidad de tales preceptos, de lo que trataré más adelante, pues por el momento referiré el cambio legislativo como se ha proveído.

72 Código Civil peruano: «Artículo 1315°.- Caso fortuito o fuerza mayor. Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso». Esta es una disposición que no tiene parangón, por ejemplo, en la legislación alemana, pero sí en el Código Civil ecuatoriano. «Artículo 1574.- Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. La mora causada por fuerza mayor o caso fortui-

culpa e indemnización consecuente por la citada postergación y/o suspensión del servicio, dada la obligatoriedad expresa de las directrices emanadas del ente rector educativo.

Esta norma dispuso en principio que, excepcionalmente, (i) se suspenda el servicio educativo hasta el 29 de marzo de 2020, en el supuesto de que con anterioridad se hubiera iniciado la prestación del servicio, y la obligación de reprogramar las horas lectivas del servicio educativo suspendido e informar por escrito de tal reprogramación a los usuarios; y, (ii) la reprogramación del inicio del servicio, en el supuesto de que con anterioridad la institución no hubiera iniciado la prestación del servicio. En términos contractuales, se modifica el plazo.

En este sentido, esta *reglamentación obligó a la institución educativa a reprogramar su calendario académico correspondiente al período lectivo 2020*, de modo tal que se cumplan las horas lectivas mínimas contempladas en las normas técnicas correspondientes, *y dispuso que la suspensión y/o reprogramación del inicio del servicio educativo no afectaba las obligaciones contraídas por los usuarios del servicio, siempre que la institución educativa apruebe su correspondiente plan de recuperación de horas lectivas, informe de este a los usuarios del servicio y cumpla con dicho plan*. Del mismo modo, apuntó que el usuario del servicio no se encontraba obligado a realizar nuevos pagos como consecuencia de la reprogramación de horas

to no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas»; en el Código Civil argentino: «Artículo 955.- Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados»; el Código Civil chileno: «Artículo 45.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.»; en el Código Civil portugués tiene diversas menciones; en el Código Civil español, si bien no se considera de manera expresa, la doctrina cree que puede admitirse dentro de lo preceptuado por el artículo 1105, que indica: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables», lo que en estricto refiere a imposibilidad; y en el Codice Civile italiano se le menciona para casos concretos, como el artículo 1785 para el depósito, y el 132, por lo que la figura no le es ajena, hemos de aplicar para casos paralelos el artículo 1256: «L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilita' e' solo temporanea, il debitore, finche' essa perdura, non e' responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilita' perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non puo' piu' essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha piu' interesse a conseguirla»; y el Código Civil francés en el artículo 1218: «Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1»; por su parte, el Código Civil federal de México entiende el concepto y lo traslada a distintas situaciones, pero obvia hacerlo en obligaciones de hacer, aunque sí lo hace en las de dar; y, finalmente, el derecho inglés, que ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de *Force Majeure* para el mundo de las obligaciones y contratos.

lectivas. Sobre este último punto, es importante anotar que desde un punto de vista estricto contractual, no se pueden tomar en cuenta las circunstancias ajenas a la relación jurídica negocial preestablecida en este caso,⁷³ como elementos subjetivos, para sustentar la inejecución de obligaciones, esto es, por ejemplo, la falta de ingresos para el pago de las pensiones programadas.

Posteriormente, y como lo podemos verificar en las siguientes líneas, queda claro de la lectura y revisión de las normas complementarias que aquí se citan, y que se fueron sucediendo a medida que el estado de emergencia restringió asimismo la educación presencial, como mínimo hasta septiembre, con proyección a diciembre (de hecho se ha obligado a las IE a presentar su plan de actividades hasta diciembre y se han hecho declaraciones públicas por parte de las más altas autoridades del Estado al respecto, siendo que lo más probable es que no se regrese a la modalidad presencial hasta el próximo año 2021), que el plan de recuperación se habría de entender con cambio de modalidad en la prestación del servicio, de presencial a educación a distancia. Y es la manera lógica y jurídica de entenderlo. Todo ello, con la finalidad de evitar una situación que exponga a los estudiantes y personal de las IE (y al resto de la comunidad) al riesgo de contagio y propagación del COVID-19.

Esta norma ha de concordarse con la ya citada antes, que había declarado la cuarentena el día 15 de marzo y hasta por 15 días calendario;⁷⁴ es decir, el MINEDU tenía como horizonte temporal esta última fecha. Pero, en la medida en que por D.S N° 051-2020-PCM se prorrogó el estado de emergencia nacional declarado mediante D.S N° 044-2020-PCM y que fue precisado por los D.S. N° 045-2020-PCM y N° 046-2020-PCM, por el término de trece (13) días calendario, a partir del 31 de marzo de 2020, el MINEDU emite una nueva norma, la R.M. N° 160-2020-MINEDU (1 de abril de 2020).

En esta resolución se dispone que la prestación presencial del servicio educativo a nivel nacional en las instituciones educativas públicas y de gestión privada, en el año 2020, se iniciaría el 4 de mayo de manera gradual, con base en las recomendaciones de las instancias correspondientes según el estado de avance de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19. Esto no se cumplió, pues la cuarentena se mantuvo.

De tal modo, las IE continuaban impedidas por ley de prestar el servicio de manera presencial, es decir, por fuerza mayor, y el MINEDU auguraba una próxima normalización de actividades presenciales (sobre esto ya hemos recalado: se mantiene la causa oficialmente hasta septiembre de 2020, y extraoficialmente hasta diciembre, es decir, por todo el plazo del contrato de servicios educativos en un colegio; y lo mismo se podría señalar respecto a las IE de educación superior).

Es importantísimo destacar que *ya en esa fecha (1.4.2020) el MINEDU autorizó expresamente a las instituciones educativas de gestión privada de educación básica para que pueden prestar el servicio educativo a distancia hasta antes del 4 de mayo de 2020, fecha a partir de la cual se suponía se iniciaría o se retomaría de manera gradual la prestación presencial del servicio educativo (lo que, insistimos, no su-*

73 Distinta posición asomaría en otro tipo de contratos y/o previsiones propias de ellos.

74 Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.

cedió, y es remoto que suceda). Ello a su vez supuso un cambio normativo en lo que a suspensión de servicios atañe, y, por tanto, la validación de la prestación del servicio de manera efectiva bajo una nueva modalidad (a distancia), como eficaz y oponible respecto a los usuarios.

Esto *constituyó una autorización expresa para cambio de modalidad de prestación del servicio*, y, además, *no obligaba a ello, sino que facultó a la prestación del servicio de esa manera*. Lo mismo, queda claro que los padres o apoderados podían dar por concluida la relación jurídica ante los cambios de plazo y modo,⁷⁵ derecho que conservaron.

Aquí podemos encontrar, lamentablemente, algunas graves omisiones de parte del legislador, porque el MINEDU conocía perfectamente que el servicio se inició en muchos colegios el día 3 de marzo (primer lunes de dicho mes), antes de la causa no imputable (leyes de la pandemia) y que al 4 de mayo suponía ya dos meses de atraso (para el caso de quienes adoptaran la suspensión) casi irrecuperables desde la óptica del educando, aunado además a un problema económico, financiero y social ya descrito antes; y es que los colegios privados se autofinancian básica y únicamente con el pago de cuotas privadas, y el Estado no cumple —para variar y como lo ha puesto de manifiesto dos veces el TC— con los mandatos constitucionales en materia educativa, en este caso, de subvencionar a los padres de familia que no puedan sufragar la educación de sus hijos, que además son pagadores de impuestos y, en consecuencia, sostenedores de la educación pública, respecto de lo cual no reciben ningún crédito.^{76,77}

Del mismo modo, la norma debió reconocer y apreciar el esfuerzo efectuado de manera anticipada por los particulares para adaptarse a la situación⁷⁸ (muchos lo hicieron muy rápidamente, otros ya tenían experiencia previa); ello sin perjuicio de que las medidas de mitigación que se puedan haber adoptado están sujetas siempre, al tratarse del servicio público de educación, a la autorización pública, en lo que la diligencia se diluye en la formalidad. Hoy, a mediados de junio de 2020, es un hecho incontrovertible que el presente año escolar en el Perú no se

75 CC: «Artículo 1148º.- Plazo y modo de ejecución del hecho.

El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso».

76 La cuestión es por demás preocupante, ya que es conocido que muchas instituciones educativas públicas no han iniciado el año académico, y cuyos estudiantes han perdido ya, desde marzo, casi 100 días del año en sus aprendizajes, y la situación continúa. Es menester citar nuevamente al TC cuando se refería a la vulneración masiva de derechos por parte del Estado. <https://www.gob.pe/institucion/minedu/noticias/148901-mas-universidades-publicas-inician-el-ano-academico-2020-en-modalidad-no-presencial>

Otra cuestión esencial es la pregunta obligada: desde el punto de vista de la IE privada, ¿no hay un deber de cumplimiento? Si se puede cumplir, aun con defecto, y hay interés, ¿debería hacerse? La mayoría de los padres y apoderados han estado de acuerdo, y las críticas han estado del lado del monto de las pensiones (ya sea por imposibilidad propia ajena al contrato, ya sea por mezquindad, las menos). Pero tal deber no aparece como tal en la legislación civil; tampoco en la regulación educativa.

77 Milton a Rose Freedman (1980), donde detallan y exponen su proyecto a base de vales para gastos a realizar en educación para párvulos.

78 Aun cuando la adaptación del contrato no está regulada de manera expresa, por tanto, difícilmente oponible, si bien para algunos inmersa dentro de la buena fe, para otros siguiendo *soft law*.

efectuará de manera presencial dada la magnitud del problema, del que no existen visos de amaine.

Aclara la norma, ya desde el punto de vista técnico, que el servicio educativo a distancia puede ser prestado siempre y cuando tales instituciones dispongan de las metodologías y herramientas apropiadas para dicho fin. Para ello, la institución educativa de gestión privada debía definir estrategias orientadas al cumplimiento de los objetivos del Currículo Nacional de Educación Básica. En tal cuenta, el MINEDU claramente no ha exigido un modelo único y preciso, lo que resultaría imposible dada la pluralidad de agentes económicos, sino uno apropiado, lo que es permisivo, y lo entrelaza con el cumplimiento de los objetivos del Currículo Nacional.

Dispone también que en su caso se adopte un plan de recuperación (conforme la RVM 079-2020-MINEDU, ya citada), y que este se presente a los usuarios del servicio educativo, así como a la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) competente.

Dos días después se emite la RVM N° 090-2020-MINEDU (3 de abril de 2020), que aprueba la norma técnica denominada «Disposiciones para la prestación del servicio de educación básica a cargo de instituciones educativas de gestión privada, en el marco de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19»;⁷⁹ cuyo anexo tiene 11 páginas, y, de ellas, solo 6 con disposiciones.

Esta norma, curiosamente, hace lo que ni la LGE ni su reglamento refieren (y ninguna norma previa), y define el servicio educativo, calificándolo como «el conjunto de actividades educativas y de gestión diseñadas y organizadas, en función del nivel o ciclo de la Educación Básica Regular, Especial o Alternativa, para lograr un objetivo predeterminado de aprendizaje a lo largo de un periodo, de acuerdo a las disposiciones y orientaciones en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, los objetivos de la educación básica y el Proyecto Educativo Nacional».⁸⁰ (*sic*)

Esta es una definición en extremo importante, y de su contenido e interpretación, amplia o reducida, deberán determinarse las obligaciones consecuentes. Recuérdese que existe una prestación principal, que perfectamente puede encajar en la norma, y de ahí dilucidar si las conjuntivas, todas o parte de ellas, pueden hacerlo, que, en mi particular opinión, dada la pluralidad de ofertas, depende de cada situación concreta, lo que me obliga a criticar ya desde varios frentes la normativa expedida, esta vez sobre pago de pensiones, que en líneas adelante refiero.

79 Constituye una constante en el ideario normativo peruano asignar nombres caprichosos e inútilmente extensos a las leyes que deben por naturaleza evitar costos transaccionales.

80 El Proyecto Educativo Nacional es el marco estratégico para la formulación de las políticas, los planes, programas y proyectos educativos nacionales, regionales y locales, así como de los proyectos y planes de instituciones educativas, los cuales se diseñan y articulan para aportar al logro efectivo de sus objetivos estratégicos y resultados, poniendo en práctica las políticas allí planteadas en el contexto de cada realidad. Es evaluado anualmente en función del avance en el logro de sus objetivos y resultados en el ámbito nacional y regional. El producto de esa evaluación debe utilizarse para corregir y mejorar, de manera efectiva y oportuna, las políticas, los planes, programas y proyectos mencionados. Su elaboración, evaluación y actualización es responsabilidad del Ministerio de Educación, con participación del Consejo Nacional de Educación, a través del diálogo nacional con la ciudadanía, del consenso y de la concertación política (artículo 4° del Reglamento de la LGE).

Es importante destacar en este acápite que el Proyecto Educativo Nacional fue aprobado como Política de Estado por Resolución Suprema N° 001-2007-ED.⁸¹

Del mismo modo, la norma bajo comentario, de manera notable, da en definir el servicio educativo a distancia, e indica que se trata de una «*modalidad de estudio no presencial adoptada por la IE de gestión privada de manera excepcional en el marco de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19, a fin de lograr las competencias de acuerdo a la planificación curricular anual*» (sic).⁸² Esto, muy claramente, responde a la obligación principal del servicio.

Señala además que: «En el marco de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID 19, corresponde a las IE de gestión privada adaptar el Plan de Recuperación que hubiesen presentado a la UGEL competente en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2 de la RVM N° 079-2020-MINEDU».

Continúa la norma indicando *que a fin de garantizar la continuidad del servicio educativo, las IE de gestión privada pueden desarrollar estrategias para brindar servicio educativo a distancia, en tanto se inicien o retomen la prestación presencial del servicio educativo, de acuerdo con los aprendizajes programados por nivel, ciclo, grado y área curricular, comprendidos en su oferta autorizada, y siempre y cuando dispongan de las metodologías y herramientas apropiadas. Si la IE de gestión privada opta por esta estrategia, la debe incluir en el Plan de Recuperación y su adaptación, de corresponder.*

Sigue aquella regulando el contenido de la adaptación del Plan de Recuperación, sobre el que indica que debe contener, entre otros, la «Descripción de las estrategias para la prestación del servicio educativo a distancia y sus respectivas herramientas y metodologías, si la IE de gestión privada opta por esta opción».

81 <http://www.minedu.gob.pe/DeInteres/xtras/PEN-2021.pdf>

82 Y es notable, porque el Reglamento de la LGE ya define lo siguiente: «Artículo 20.- Educación a Distancia

Es una modalidad transversal, soporte de la educación permanente que complementa, refuerza o reemplaza la educación presencial y amplía la cobertura de la oferta educativa sin límites geográficos ni temporales. Emplea medios de comunicación, escritos y tecnológicos, para el acceso a la educación y tiene un sistema de tutoría que promueve, organiza, orienta, motiva y evalúa a los usuarios.

El Ministerio de Educación establece los lineamientos generales que regulan el funcionamiento, régimen académico y certificación de los estudios en la institución educativa pública y privada de Educación a Distancia. El período de duración de los estudios de Educación a Distancia no es menor al establecido para los grados de estudios correspondientes al régimen formal de los grados, ciclos, niveles, modalidades y formas de la educación, con excepción de la Educación Inicial. Estos servicios están sujetos a la acreditación de las instituciones educativas que los imparten.

La supervisión de los servicios de Educación a Distancia, así como de la infraestructura, los recursos tecnológicos y las actividades educativas que se desarrollan a través de entornos virtuales de aprendizaje, estará a cargo de las instancias de gestión educativa descentralizada competentes».

Lo que a su vez también ya definía la LGE, «Artículo 27.- La Educación a Distancia

La Educación a Distancia es una modalidad del Sistema Educativo caracterizada por la interacción simultánea o diferida entre los actores del proceso educativo, facilitada por medios tecnológicos que propician el aprendizaje autónomo. Es aplicable a todas las etapas del Sistema Educativo, de acuerdo con la normatividad en la materia.

Esta modalidad tiene como objetivo complementar, reforzar o reemplazar la educación presencial atendiendo las necesidades y requerimientos de las personas. Contribuye a ampliar la cobertura y las oportunidades de aprendizaje».

Y continúa: «Si la IE de gestión privada presenta el Plan de Recuperación o su adaptación, y este no se ajusta al contenido mínimo requerido, de acuerdo a lo descrito anteriormente, y a las disposiciones y orientaciones en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, los objetivos de la educación básica y el Proyecto Educativo Nacional, la UGEL le otorga un plazo de hasta tres (3) días calendario para la subsanación. Posterior a ello, la UGEL informa a través del medio disponible, la conformidad o no de la presentación del Plan de Recuperación o su adaptación».

Esto ha de entenderse como de competencia del ente rector (MINEDU), que manifiesta de manera válida, eficaz y vinculante la prestación del servicio no presencial como modalidad oficial, y que implica el cumplimiento de la obligación (principal) por parte del colegio. Por supuesto, esto será así cuando el acreedor decida a su vez aceptar ello, teniendo a la vista como remedio: (i) la extinción de la relación jurídica, o (ii) la adaptación del contrato a las circunstancias,⁸³ como ha sido regulado expresamente. Esto, veremos, se ratifica a su vez con las medidas que dispone el D. Leg. N° 1476, de mayo de 2020, que a su vez pretende zanjar los reclamos por la rebaja de las prestaciones a cargo de los usuarios de los servicios educativos.

Del mismo modo, regula las consideraciones para la elaboración del Plan de Recuperación y su adaptación. Entre ellas se indica que «los tiempos y las actividades previstas en los planes de recuperación a distancia no son equivalentes a una jornada presencial, son medios diferentes que tienen tiempos y características particulares». Obviamente, hace distancia entre lo que se debe esperar, la equiparación de las modalidades, y pretende morigerar las expectativas de los usuarios.

Continúa señalando que *«la IE de gestión privada es responsable de asegurar que el servicio educativo a distancia mantenga el enfoque orientado a competencias que establecen las disposiciones u orientaciones en concordancia con los fines y principios de la educación peruana, los objetivos de la educación básica y el Proyecto Educativo Nacional, e incluya mecanismos de retroalimentación a los estudiantes, considerando las condiciones objetivas que supone la emergencia sanitaria»*.

También indica, y como no puede ser de otro modo, que la IE de gestión privada difunde y comunica la adaptación del Plan de Recuperación, según corresponda, a los usuarios del servicio educativo y lo reporta a la UGEL.

Del mismo modo, señala que: «Las UGEL supervisan, a través de los medios pertinentes, la prestación del servicio educativo a distancia a cargo de IE de gestión privada, en tanto se inicien o retomen las clases presenciales. Para tal efecto, puede requerir a la IE de gestión privada información y/o documentación, solicitar información a otras entidades, o realizar cualquier otra actuación que estime necesaria».

Las UGEL deben, entre otros, «Brindar asistencia técnica a las IE de gestión privada de su ámbito de competencia territorial, en temas vinculados a la presentación de los Planes de Recuperación o su adaptación», e «informar a INDECOPI⁸⁴ sobre

83 Obviamente, aquello de «la adaptación a las circunstancias» debe entenderse dentro del cuadro regulatorio sectorial explicitado, y no desde el punto de vista único de la legislación civil contractual, que no atiende dichas razones, salvo que hagamos referencia a instrumentos de *soft law*.

84 El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

el incumplimiento de las IE de gestión privada en la presentación de sus Planes de Recuperación en el plazo establecido, así como de la comunicación cursada a los usuarios del servicio educativo».

El MINEDU, hasta la fecha señalada, a pesar de validar la educación a distancia, aún se basaba en proyecciones inciertas, o distribuía un mensaje distractor, ya que parecía prever que el servicio podía regresar a la modalidad presencial, lo que hoy es utópico, tal como lo era entonces.

Luego de ello, y ante la vigencia del estado de emergencia sanitaria y la prórroga de la cuarentena, se emite la RVM N° 00093-2020-MINEDU (25 de abril de 2020), que, en su artículo primero, aprueba el documento normativo denominado «Orientaciones pedagógicas para el servicio educativo de Educación Básica durante el año 2020 en el marco de la emergencia sanitaria por el Coronavirus COVID-19», y que, como anexo, forma parte de dicha resolución.

En ese anexo se define la numerosamente implicada «Adaptación» como un «ajuste de la propuesta educativa para responder pertinente y oportunamente a las diversas características y necesidades educativas de los estudiantes», es decir, la ya regulada adaptación del contrato de prestación de servicios educativos, que llama «propuesta».

Lo mismo, nuevamente define «la educación a distancia o educación no presencial» (esta sería la cuarta vez que la regulación educativa lo hace), como «aquella en la cual el estudiante no comparte el mismo espacio físico con sus pares y docentes, por tanto, la enseñanza se realiza a través de medios de comunicación escritos y tecnológicos, donde el estudiante consulta las fuentes de modo autónomo, a fin de adquirir los conocimientos, competencias y actitudes, que estima válidos para su progreso y formación».

Es muy importante notar que refiere a que *el nuevo periodo de reprogramación del periodo lectivo deberá ser considerado hasta el 22 de diciembre de 2020*. Incluye, pues, la vigencia completa del contrato. Incluso se indica que «este periodo *podría extenderse si se considera necesario, por situaciones debidamente justificadas*⁸⁵ como en el caso de los estudiantes que presentan limitaciones de conectividad en el ámbito rural; o de los estudiantes de 5to grado de secundaria o 4to grado del ciclo avanzado de la EBA, por ser el último año de estudios en la educación básica y tener la necesidad de asegurar ciertas competencias claves para su trayectoria posterior» (cursivas nuestras).

Esta norma ratifica lo expuesto antes, en la medida en que el MINEDU valida la modalidad (forma) de prestación de servicio a distancia, por la presencial, *ergo*, la adaptación contractual.

Es importante rescatar que señala: «La atención educativa en el estado de emergencia sanitaria no puede adoptar la misma forma de los periodos regulares. Nos encontramos frente a una coyuntura particular imprevista y, por lo tanto, la respuesta educativa también es especial. No se pretende reproducir los modos del trabajo edu-

(<https://www.indecopi.gob.pe/en/indecopi>), aunque la referencia está estrictamente encaminada a una de sus oficinas, cual es la Comisión de Protección al Consumidor.

85 En ello cabe lo excepcional, dentro de lo ya excepcional.

cativo presencial. El Ministerio de Educación está tratando de responder de la mejor manera posible a esta situación, y todas las propuestas están en proceso de mejora continua». Esto, en lo que parece un llamado de atención al espectador común.

De la misma manera, destaca que no se espera desarrollar todas las competencias previstas para el año (lo que ratifica la duración del contrato y la relevancia que el factor temporal tiene en estas lides), por lo cual, detalla, es importante recordar la noción de ciclo que establece el Currículo Nacional, «lo que permite seguir desarrollando el año siguiente las competencias que este año no se hayan consolidado».

La atención educativa presencial, señala el MINEDU, dependerá de la evolución de la pandemia y de las medidas que se tomen para contrarrestarla. Y, al retomar la atención educativa presencial, refiere, la modalidad a distancia se mantendrá de manera complementaria y los docentes deberán continuar con el seguimiento y retroalimentación de sus estudiantes. Concluye apuntando que se emitirán disposiciones complementarias para la articulación de estas dos modalidades. En realidad, hay una sobre-regulación, que debería tender a consolidarse y simplificarse en no más de dos textos.

Posteriormente, por RVM N° 094-2020-MINEDU (28 de abril de 2020) se deroga la norma técnica denominada «Disposiciones que orientan el proceso de evaluación de los aprendizajes de los estudiantes de las instituciones y programas educativos de la Educación Básica», aprobada por el artículo 4 de la RVM N° 025-2019-MINEDU (que no preveía el escenario actual), y se derogan los numerales 5.12, 5.13 y 5.14 del artículo 5° de la Directiva N° 004-VMGP-2005, denominada «Evaluación de los aprendizajes de los estudiantes en la Educación Básica Regular», aprobada por la R.M. N° 0234-2005-ED.

Esta misma resolución aprueba el documento normativo denominado «Norma que regula la Evaluación de las Competencias de los Estudiantes de la Educación Básica», que a su vez se adapta a las circunstancias.

Finalmente, el regulador, mediante R.M N° 184-2020-MINEDU (4 de mayo de 2020), dispuso que el inicio de la prestación presencial del servicio educativo a nivel nacional en los colegios se encontraría suspendido mientras esté vigente el estado de emergencia nacional y la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19, y hasta que se disponga dicho inicio con base en las disposiciones y recomendaciones de las instancias correspondientes, según el estado de avance de la emergencia sanitaria. De lo que se deduce que no será, oficialmente y en el mejor de los casos (muy remoto), como ya hemos advertido, antes de la segunda semana de septiembre del año 2020.

Finalmente, y en el contexto de reclamos públicos por parte de un sector de la población para que principalmente los colegios bajen el monto de las cuotas de pago por el servicio ante la nueva modalidad no presencial, al día siguiente, 5 de mayo, se promulga el D. Leg. 1476, en el que se dispone que las IE privadas informen sobre las prestaciones que brindaban de manera presencial y cuáles de estas ya son brindadas de manera no presencial; ello respecto del servicio educativo ofrecido en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, y así los usuarios puedan realizar una elección adecuada sobre permanecer o no en la institución educativa privada durante dicho período.

Esta norma es la única que reconoce expresamente que el servicio puede implicar prestaciones diferenciadas, la principal y las conjuntivas, como desarrollamos líneas atrás, cuando nos referimos al contrato de prestación de servicios y sus características.

En este sentido, se dispuso que las IE privadas informen sobre el costo de cada una de las prestaciones incluidas en el pago de la cuota de matrícula y de las pensiones, desagregando aquellos conceptos que pueden ser brindados de manera no presencial y aquellos que no lo fueran, con la finalidad, según la ley, de «apreciar los costos fijos y variables que se reducen o en los que no incurren debido a la aplicación de la modalidad no presencial y, de ser el caso, los nuevos costos, fijos y/o variables, que ya se han generado o se generan en virtud de la prestación del servicio educativo no presencial».

Así se indica que estas «no pueden cobrar por las prestaciones que se han dejado de brindar producto de la emergencia sanitaria por el COVID-19, así como tampoco por nuevos conceptos que no se encuentren vinculados con la prestación del servicio educativo no presencial».

Es muy importante recalcar en que incide para que: «Los/as usuarios/as y las instituciones educativas privadas se encuentran facultados para, en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, evaluar y negociar la modificación del contrato o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo considerando las prestaciones que se brindan de manera efectiva», y que «las instituciones educativas privadas que brinden el servicio no presencial en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, comunican a sus usuarios/as, [...] la existencia o no de una propuesta de modificación del contrato o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo».

En tal caso, el usuario podría no encontrarse de acuerdo con la propuesta de modificación del contrato y/o del documento que detallara las condiciones de prestación del servicio educativo, o no recibirlo; o si la institución educativa privada les informara que no cuenta con esta, podrían resolver el contrato y/o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo; o sujetarse a las nuevas condiciones planteadas por la institución educativa privada respecto del servicio educativo. Ello sin perjuicio de que, de considerarlo, acuda a las instancias administrativas y judiciales correspondientes con la finalidad de que se evalúen en su seno las condiciones contractuales aplicadas por la institución educativa privada. Y se pronuncia sobre la contraprestación cuando señala que las instituciones educativas privadas que no brinden la prestación no presencial del servicio educativo no pueden exigir el pago de la pensión.

En resumen, obliga a informar las prestaciones que son brindadas bajo la modalidad no presencial, y también aquellas que no se verifican y eran consistentes con la educación presencial, a efectos de que los usuarios opten por permanecer o no en la IE. La información que se brinde, se entiende, sustenta de por sí la modificación contractual o del documento que detalla la prestación.⁸⁶

86 Esto es interesante en la medida en que la ley es consistente en no reconocer específicamente una relación contractual o la suscripción de un contrato de servicios, porque la LGE no lo regula expresa-

En tal caso, las IE no podrían cobrar por las prestaciones que se habrían dejado de brindar, pero sí por nuevos conceptos vinculados a la prestación no presencial. En tal escenario, ambas partes se encontrarían facultadas para evaluar y negociar una modificación contractual, considerando el servicio efectivamente brindado.

Las IE comunican si existe una propuesta de modificación contractual, y los usuarios que no se encuentren de acuerdo con una modificatoria, en caso se exprese, o no la reciban, o que se les informe que no se cuenta con ella, podrían resolver el contrato o sujetarse a las nuevas condiciones.

Como señalé antes, esta norma debe concordarse principalmente con la RVM N° 090-2020-MINEDU, que definió el servicio educativo. En este sentido, la regulación ha sido imprecisa, pues en vez de ordenar el mercado, disponiendo el encuentro pacífico de contratantes, deviene conflictiva, impone mayores costos a los operadores, ha generado expectativas irreales en los usuarios y costos altísimos a la burocracia, no solo ante la exigencia de data que puede ser considerada sensible, sino ante enunciados normativos que señalan que si bien el usuario puede sujetarse a las condiciones planteadas por la IE, ello no perjudica su derecho a acudir a instancias administrativas y judiciales para que se evalúen las condiciones contractuales por la IE.⁸⁷

Ello constituye un despropósito, no solo por las razones expuestas, sino porque debilita de manera innecesaria el sistema privado, que es largamente mejor que el público, además de imponer costos transaccionales que la normativa debería tender a disminuir, y, fundamentalmente, por abrir canales de conflicto legal, en vez de zanjar posiciones.

9. El contrato de educación como contrato de consumo

Como se ha hecho referencia previa, el contrato de servicios de educación es también un contrato de consumo.

La ley respectiva, el CPDC, ordena de manera particular los servicios educativos en su título IV, sobre la protección del consumidor en productos o servicios específicos, capítulo tercero, «sobre productos o servicios educativos».

Si bien esta ley establece un criterio de idoneidad general, aplicable a todo tipo de bienes y servicios, la fórmula es distinta para el caso de la educación, pues esta se encuentra regulada de manera especial, en consonancia con sus características, como ya hemos establecido.

Artículo 73.- Idoneidad en productos y servicios educativos

El proveedor de servicios educativos debe tener en consideración los lineamientos generales del proceso educativo en la educación básica, técnico-productiva y

mente ni lo hace una norma vigente (lo que desconoce la realidad de las cosas). Recordemos que la ley del año 2002, que obligó a transparentar las cuotas, generó la suscripción de un contrato, pero por iniciativa de los propios colegios, en aras de salvaguardar su responsabilidad administrativa en ello.

⁸⁷ Artículo 6 del D. Leg. 1476.

educación superior, asegurando la calidad de los servicios dentro de la normativa sobre la materia. (CPCD)

Entonces, la idoneidad del servicio educativo será aquella que se asimila a lo regulado por la autoridad (MINEDU), y su consecuencia es la concordancia que apreciamos en el CPCD. La idoneidad del artículo 73° está relacionada con la regulación sectorial. Esto es, respetando las disposiciones que contienen los lineamientos generales que debe cumplir todo proveedor de servicio educativo, emanadas de la autoridad educativa respectiva⁸⁸ (MINEDU o SUNEDU, según sea el caso).

Esto también es consecuencia de la aplicación del Principio de Especialidad, como lo ha reconocido correctamente la autoridad de competencia al señalar que la responsabilidad del proveedor educativo debe ser evaluada únicamente bajo el marco legal contenido en el artículo 73°.⁸⁹

También resulta importante precisar que el artículo 73 citado refiere a los servicios prestados por instituciones educativas autorizadas a funcionar por el MINEDU y/o SUNEDU, y que prestan servicios educativos conforme a la regulación establecida por la LGE, y otorgan, entre otros, grados y títulos oficiales; este no es atingente a los servicios no oficiales, como tampoco a las academias de inglés y preuniversitarias, que en distinta instancia son reguladas por otros entes y no forman parte de las entidades sujetas a las reguladoras mencionadas.

En nuestra opinión, los elementos que identifican al servicio y vinculan obligatoriamente a la institución educativa, y que por tanto concluyen la idoneidad, son:

- (i) La oferta educativa (que responde a cada institución individualmente considerada)⁹⁰; y,
- (ii) Las condiciones básicas de calidad (CBC), que se verifican ante el MINEDU o SUNEDU para obtener el licenciamiento (y que son en general transversales a todas las instituciones del mismo nivel). En estas condiciones se valida la modalidad de la prestación.
- (iii) Aquello señalado por la regulación sectorial que aplica de manera especial a la IE.

Nótese que nuestra definición es más amplia que la concebida en estricto por el artículo 73° y que se ha de concordar también con el artículo 74° del CPCD (que regula los derechos esenciales del usuario de este tipo de servicios).

88 Recuérdese por ejemplo lo anotado líneas atrás cuando la RVM N° 090-200-MINEDU señaló que: «a fin de garantizar la continuidad del servicio educativo, las IE de gestión privada pueden desarrollar estrategias para brindar servicios educativos a distancia, en tanto se inicien o retomen la prestación presencial del servicio educativo, de acuerdo a los aprendizajes programados por nivel, ciclo, grado y área curricular, comprendidos en su oferta autorizada, y siempre y cuando dispongan de las metodologías y herramientas apropiadas»; y que la educación no presencial, por ejemplo, sirve «a fin de lograr las competencias de acuerdo a la planificación curricular anual».

89 Resolución N°. 098-2019 SPC Indecopi, F. 49

90 Que en teoría contiene las obligaciones previstas, prestación principal y conjuntas.

En relación con la calidad (distinta a la idoneidad) de los servicios educativos, parece atingente también mencionar qué es lo que entiende la ley especial por ello para este tipo de servicios, a efectos de poder exigir a su vez, en el ámbito administrativo y judicial, el cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de los prestadores de estos servicios.

Nuevamente acudimos a la LGE, que en su articulado define lo siguiente: «Artículo 13º.- Calidad de la educación. Es el nivel óptimo de formación que deben alcanzar las personas para enfrentar los retos del desarrollo humano, ejercer su ciudadanía y continuar aprendiendo durante toda la vida. [...]».⁹¹

Entonces, la calidad de los servicios debe ser tal que permita cumplir con el objetivo legalmente trazado. No obstante, debemos reconocer que se trata de conceptos altamente variables y poco precisos, casi como hablar del proyecto de vida, que guarda mucho de subjetividad.

El texto, que pretendería ser inclusivo, puede resultar contradictorio con mandatos constitucionales y el ejercicio de ciertas funciones civiles, algunas importantísimas.

Aún más: cuando repasamos el resto del artículo citado, verificamos que esta calidad no depende únicamente de los particulares y, más allá, viene informada por el Estado, que establece, por ejemplo, los lineamientos, los currículos básicos, entre otros.

El artículo incluso señala y precisa lo siguiente: «[...] Corresponde al Estado garantizar los factores de la calidad en las instituciones públicas. En las instituciones privadas los regula y supervisa».

La variable precio, por ejemplo, genera una expectativa de calidad, y en una economía social de mercado, eso parece probable, con salvedades (el precio es una variable sujeta en principio a los costos de producción y la competencia), y se tendrá que verificar cuándo es que los consumidores tienen información suficiente y actúan de manera razonable, que no comprende todos los casos.

91 LGE: «Artículo 13º.- Calidad de la educación

Es el nivel óptimo de formación que deben alcanzar las personas para enfrentar los retos del desarrollo humano, ejercer su ciudadanía y continuar aprendiendo durante toda la vida.

Los factores que interactúan para el logro de dicha calidad son:

- a) Lineamientos generales del proceso educativo en concordancia con los principios y fines de la educación peruana establecidos en la presente ley.
 - b) Currículos básicos, comunes a todo el país, articulados entre los diferentes niveles y modalidades educativas que deben ser diversificados en las instancias regionales y locales y en los centros educativos, para atender a las particularidades de cada ámbito.
 - c) Inversión mínima por alumno que comprenda la atención de salud, alimentación y provisión de materiales educativos.
 - d) Formación inicial y permanente que garantiza idoneidad de los docentes y autoridades educativas.
 - e) Carrera pública docente y administrativa en todos los niveles del sistema educativo, que incentive el desarrollo profesional y el buen desempeño laboral.
 - f) Infraestructura, equipamiento, servicios y materiales educativos adecuados a las exigencias técnico-pedagógicas de cada lugar y a las que plantea el mundo contemporáneo.
 - g) Investigación e innovación educativas.
 - h) Organización institucional y relaciones humanas armoniosas que favorecen el proceso educativo.
- Corresponde al Estado garantizar los factores de la calidad en las instituciones públicas. En las instituciones privadas los regula y supervisa».

Regresando sobre al caso de las instituciones educativas que ofrecen servicios educativos de academia de preparación de inglés, por ejemplo, estas pueden constituirse como asociaciones y ser reconocidas como centros culturales.

Se otorga el reconocimiento como asociaciones o centros culturales a las entidades privadas del país que ejecuten acciones de conocimiento, difusión, fomento, promoción, administración y/o patrocinio de quehaceres culturales estableciendo políticas, planes, programas y proyectos. Esto se hace a través del Ministerio de Cultura.

Las entidades culturales que cuentan con el reconocimiento del Ministerio de Cultura tienen el beneficio que les otorga el Decreto Supremo N° 075-97-EF, a través del cual se encuentran inafectas al impuesto general a las ventas (IGV).⁹²

Estas últimas entidades (academias) no se encuentran supervisadas por el MINE-DU; por tanto, no se las considera dentro del espectro del artículo 73° del CPDC.

Finalmente, es necesario concluir, sobre este acápite, que no es esta (CPDC) la ley que pueda enmendar un conflicto de interés entre el usuario y la IE en lo que al pago previsto por monto de las cuotas se refiere, sino por la información que de ella provea.

10. Incumplimiento contractual en la prestación de servicios educativos y pandemia

El día 6 de marzo de 2020, la Universidad de Washington se convirtió en la primera de las grandes universidades de Estados Unidos de América en cancelar sus clases presenciales.⁹³ Para mediados de ese mismo mes, muchas universidades a lo largo de dicho país habían seguido el mismo camino, suspendiendo sus servicios, o trasladándolos a la modalidad *online*, con miras a limitar el esparcimiento del virus COVID-19.

A la fecha, muchas *class actions* han sido interpuestas en dicho país en contra de distintas universidades, como *the Arizona Board of Regents*, *the University of Miami*, *Drexel University*, *Liberty University*, *Purdue University*, *Michigan State University* y *the Board of Regents of the University of Colorado*.

Si bien las demandas no son idénticas, la mayoría argumenta incumplimiento contractual, enriquecimiento indebido y daño intencional,⁹⁴ y solicitan el reembolso de pagos por los servicios (que en su caso incluyen, por ejemplo, alojamiento).

Resulta interesante que algunas de ellas, por ejemplo, las entabladas en la Corte Distrital del Estado de Carolina del Sur contra la *University of Miami* y la *Drexel*

92 Para la prestación de servicios culturales acorde con el objeto de cada institución cultural, definido en su estatuto; la transferencia de bienes usados, siempre que no constituyan operaciones habituales de dichas entidades; y la importación de material y equipo, excepto vehículos motorizados, destinado exclusivamente al cumplimiento de sus fines culturales.

93 <https://www.forbes.com/sites/evangerstmann/2020/03/06/university-of-washington-cancels-in-person-classes-is-it-an-over-reaction/#2744a84f2bf1>

94 *Conversion*, que ha de entenderse sobre una propiedad ajena, y dentro de lo que se conoce como responsabilidad objetiva.

University, se alega que procede el reembolso, ya que, a través de la admisión y el pago de la matrícula y la cuota respectiva, se debe entender que existe un contrato vinculante. Esto ha de entenderse en dicho contexto regulatorio, donde se entiende que la cuestión es propia de las leyes educativas (tal como lo hace el CPDC peruano, y ha puesto en peligro el D. Leg. 1476).

Por su parte, *Harvard University* fue el 20 de mayo pasado la última de las universidades del área de Boston sobre las que se entabló una *class action*. A esta universidad se le acusó de no haber brindado los servicios educativos, instalaciones, acceso y/u oportunidades que el demandante y la clase contrataron y pagaron en su oportunidad (las prestaciones conjuntivas que ya hemos detallado).

En tal sentido, se imputó a esta casa de estudios la falta de acceso a bibliotecas, laboratorios, facilidades deportivas, materiales, acceso a la facultad, interacción presencial con profesores, mentores y compañeros; formar parte del gobierno estudiantil y de otros grupos de estudiantes; imposibilidad de realizar actividades extracurriculares, entre ellas, las de arte y culturales. Lo mismo en torno al desarrollo de actividad social e independencia; aprendizaje práctico y experimentación; así como a oportunidades de trabajo y establecimiento de redes de contacto⁹⁵ y tutoría.⁹⁶

Aquí en el Perú, hemos revisado cómo se desarrollan las actividades de las IE y cuáles son los servicios contratados.

En el caso de los colegios, por ejemplo, estos no pueden prestar hoy el servicio en la modalidad predispuesta y autorizada (educación presencial), dado que existe una causa sobrevenida y ajena⁹⁷ —por tanto, no imputable— que se los impide (las leyes de la pandemia promulgadas por el gobierno, y que ya hemos repasado, que declaran la emergencia, la cuarentena, y que disponen la no ejecución).

Hay entonces una imposibilidad jurídica (legal) objetiva⁹⁸ sobrevenida,⁹⁹ pues se presenta de manera posterior a la contratación del servicio (que aparentemente era temporal o transitoria —la causa—, pero que hoy sabemos definitiva, ya que afectará todo el año 2020, y recuérdese que estos son contratos anuales), que en origen debían ser prestados de manera presencial.

Por tanto, no habría culpa en las partes por un incumplimiento determinado dentro de los cauces expuestos (obviamente, quien incumple en primera instancia es el colegio como prestador del servicio). Esta causa (ajena) exonera al deudor (colegio) de la prestación y de responsabilidad por tal incumplimiento, o por la ejecución

95 Sobre esto ya hemos recalado en otros trabajos publicados en el pasado, en referencia a los bienes intangibles que se ganan, persiguen y perciben en las instituciones no lucrativas, entre ellas, en las instituciones educativas, y que la doctrina del *common law* más entendida al respecto considera de difícil intercambio y gran aprecio, opinión que comparto (Hansmann, 1996).

96 https://www.law360.com/commercialcontracts/articles/1275542/harvard-latest-to-be-hit-with-covid-19-tuition-suit?nl_pk=6da20c4d-6369-4aae-914c-f01c1d8afe73&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=commercialcon

97 La ya especificada Fuerza Mayor.

98 Es ajena al deudor (colegio), quien no puede cumplir, pero no solo él, sino que cualquier otro sujeto en su posición tampoco podría ejecutar. Esto no debe confundirse con el propio incumplimiento, que es sustancialmente objetivo, es decir, verificable.

99 Lógicamente, referirnos a una distinta, la originaria, nos llevaría a prestar atención a los requisitos de validez del contrato, y a plantear la nulidad, situación que no se observa aquí.

parcial, tardía o defectuosa que hiciera, y también de los daños y perjuicios consecuentes que se pudieran haber irrogado.¹⁰⁰ Esto, salvo que se considere que el cambio de modalidad en la prestación del servicio no suponga, aun así, su cumplimiento defectuoso (entendido el servicio en estricto dentro del significado que le otorga la legislación educativa en la RVM N° 090-2020-MINEDU, que define el servicio *per se*, y por supuesto, haciendo una interpretación textual y limitada de esta).

No es menor entender que los contratos de servicios educativos funcionan como medios de asignación de riesgos, como ocurre con cualquier otro negocio jurídico de este tipo, y difícilmente podrían haber previsto la pandemia del COVID-19. De haberlo hecho (y contractualmente validada que estuviese la modificación de modalidad ante una circunstancia semejante), como instrumentos de adhesión, bien podría argumentarse, de haberse previsto la contingencia en el contrato, y según la propia concepción que al respecto tiene el TC peruano, dicha cláusula no hubiera sido contradicha, sería plenamente vinculante, y no existiría cuestionamiento válido alguno sobre ella, sin poderse argumentar incluso excesiva onerosidad de la prestación¹⁰¹ (una solución absolutamente ajena a dicha condicionante, donde el escenario permite cumplir lo prometido en los términos originales acordados, solo que resulta muy difícil o muy costoso). Quizá debió ser esta la situación que debió el regulador ponderar antes de emitir el desafortunado D. Leg. 1476. Pero, como el riesgo no se ha previsto en el contrato, luego la ley ha de imponer la solución acorde con las desavenencias.

En la práctica, la generalidad de la población contrató un servicio presencial. Luego de ello, este devino imposible (bajo dicha modalidad) sin ninguna intervención de las partes. Esa imposibilidad afectó el plazo y modo de la prestación, como ya hemos explicado líneas atrás.

100 CC: «Artículo 1317º.- Responsabilidad del deudor por inejecución no imputable.

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».

101 Lo que en Italia, por ejemplo, se regula en el Codice Civile en el artículo 1467: «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti e' divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione puo' domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non puo' essere domandata se la sopravvenuta onerosita' rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale e' domandata la risoluzione puo' evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

Y en el Código Civil y Comercial argentino, como parte de la Imprevisión: «Artículo 1091.- Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia».

En teoría, la causa que imposibilita el cumplimiento lleva como consecuencia la extinción de la obligación.¹⁰² Y esta se genera cuando la causa de la imposibilidad es definitiva. Esto se entiende perfectamente en tales condiciones, y por tanto se resuelve la relación jurídica.¹⁰³ En ese trance, un escenario así implicaría en principio que el colegio no se encuentre obligado a brindar el servicio (la legislación, recuerde, no obliga a la prestación del servicio con cambio de modalidad, solo lo faculta, bajo ciertos parámetros), y no se le podría exigir este al contratante, y a su vez el primero debería devolver al segundo lo que hubiere recibido, esto es, el pago por los servicios (que no prestó y no prestará), que aquí hubiese consistido en la matrícula y la primera cuota, ante la exigencia particular. Pero esta no fue la situación en el Perú, por lo menos *ab initio*.

En el caso peruano —ya hemos visto los antecedentes—, esto supuso la imposibilidad temporal para cumplir, y así fue como se instruyó en las normas de aplicación general (estado general de emergencia y cuarentena con plazo determinado), como en las sectoriales de educación (se suspende, y se reprograma hasta fecha próxima).¹⁰⁴ Y ante el supuesto de la temporalidad de la imposibilidad, la ley no admite la extinción inmediata de la obligación, por razones elementales de posibles intereses subsistentes.

Esto se verifica, de acuerdo con la norma civil, de la siguiente manera (siempre bajo la fuerza mayor): ante una causa temporal, el deudor puede dar por extinguida la obligación, ya sea porque de acuerdo con el título de la obligación o la naturaleza

102 CC: «Artículo 1316º.- Extinción de la obligación por causas no imputables al deudor.

La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere; y «Artículo 1156º.- Imposibilidad de la prestación sin culpa de las partes.

Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida».

103 Esto ha de aparecer como cuestión común en la legislación comparada.

Código Civil Italiano. «Artículo 1256º.- Imposibilidad definitiva e imposibilidad temporal.

La obligación se extingue cuando, por una causa no atribuible al deudor, el servicio se vuelve imposible. [...]». Código Civil Argentino: «Artículo 955º.- Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. [...]».

Código Civil Portugués: «Artículo 790. Imposibilidad objetiva.

1. La obligación se extingue cuando la prestación se vuelve imposible por razones no atribuibles al deudor. [...]».

104 Los plazos se encuentran claramente definidos por el calendario académico escolar y en el contrato de prestación de servicios, y son a los que se sujetan las pensiones de pago; y el modo ha de ser, entre otros, presencial (además de la determinación de personal docente, local educativo, ambientes del aula, entre otros).

de la prestación no se le pueda considerar obligado. Y el acreedor, por su parte, puede dar por extinguida la obligación si justificadamente: (i) pierde el interés, o (ii) esta ya no le sea útil.¹⁰⁵

En consecuencia, y en primera instancia, de acuerdo con la cronología normativa detallada antes, los colegios modificaron el plazo (reprogramaron), pero no el modo (las actividades y formas seguían siendo las mismas). Conforme lo ya explicado, se deduce fácilmente que el modo no puede ser modificado sin permiso del MINEDU, pues lo contrario lo absolvería de valor legal.

Si alguna entidad habilitó y prestó en ese espacio un servicio a distancia, este era de su entera responsabilidad y costo, aun cuando se haya actuado razonablemente a efectos de mitigar daños, como también hemos relatado. Esto nos lleva a la diligencia debida, que no aparece como exigencia normativa contractual en la ley peruana para sortear los escollos (en fuerza mayor). Y aquí estoy haciendo una digresión, pues, si hay una imposibilidad con causa en fuerza mayor, el entendido es que no hay posibilidad de cumplir. Si decido unilateralmente cumplir bajo otra modalidad, y en este caso concreto (educación) en que las modalidades formativas se encuentran reguladas por ley y requieren de autorización expresa, y constituyen esencia de la prestación (su naturaleza, que en este caso era de hacer servicio presencial) ciertamente me apartaría injustificadamente y modificaría el modo de forma dramática.

En esto último, cuando el colegio pretende cumplir de manera distinta, y sin regulación permisiva, se modifica el modo, la calidad cambia, y se desvía de las líneas previstas en el negocio constitutivo de la obligación, ingresando en el terreno de la imperfección, y en consecuencia de la insatisfacción, lo que supondría, allí sí de manera nítida, un cumplimiento defectuoso (Díez-Picazo, 1996). Este defecto, también se ha propuesto, podría ocasionar perjuicio al acreedor. Es en este sentido que se regula el cumplimiento deficiente sin culpa, que faculta al acreedor para, entre otros, (i) considerar no ejecutada la prestación, o (ii) aceptarla, exigiendo la reducción de la contraprestación.¹⁰⁶

105 Conforme al artículo 1316 del CC (ver cita 106).

Código Civil Italiano: «Artículo 1256. [...] Si la imposibilidad es solo temporal, el deudor, mientras esta persista, no es responsable de la demora en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad continúa hasta que, en relación con el título de la obligación o la naturaleza del objeto, el deudor ya no pueda ser considerado obligado a prestar el servicio o el acreedor ya no tenga interés en él». Código Civil Argentino: «Artículo 956.- Imposibilidad temporaria. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible».

Código Civil Portugués: «Artículo 792 (Imposibilidad temporal).

1. Si la imposibilidad es temporal, el deudor no es responsable de la demora en su cumplimiento.
2. La imposibilidad solo se considera temporal mientras que, considerando el propósito de la obligación, se mantenga el interés del acreedor».

106 CC: «Artículo 1153º.- Cumplimiento deficiente sin culpa del deudor. El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer, sin culpa del deudor, permite al acreedor optar por lo previsto en el artículo 1151º, incisos 2, 3 ó 4».

Y artículo 1151º: «Incumplimiento parcial, tardío o defectuoso con culpa del deudor. El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

1. Las previstas en el artículo 1150º, incisos 1 ó 2.

Aquí, como hemos visto, la diligencia debida no tiene campo expreso en la ley, aunque sí cabe ser reconocida como tal como un esfuerzo en interés de los alumnos (pero no son ellos quienes deciden).¹⁰⁷

Posteriormente, el órgano regulador (MINEDU) autorizó de manera transversal y general a modificar el modo, y ello implicó la prestación del servicio no presencial. Ahora sí, y bajo esta premisa, la IE brindaría un servicio de educación válido. El mismo regulador explicitó las condiciones para esta modalidad (no presencial) que incidiría sobre la prestación esencial o principal, esto es, el servicio de educación tal como fue definido posterior y tardíamente por la legislación.¹⁰⁸ Esto supondría una naturaleza distinta prestacional, donde las obligaciones conjuntivas propias de la educación presencial no serían exigibles. En ello, se supone que se cumple la obligación, pero en modo distinto. Y es que no es la misma obligación, sino que ha cambiado.

En tales circunstancias, los padres de familia podrían aceptar esta situación de manera pacífica, y los que no tuvieran interés en el servicio prestado de esa manera, podrían retirar a sus hijos de los colegios.

La legislación civil no contiene normas de renegociación¹⁰⁹ (ni revisión) contractual, por lo que las partes en principio no están obligadas a hacerlo y mal podría una de ellas citar a la otra con tal propósito de manera vinculante, salvo norma privada contractual. Sin embargo, la regulación educativa sí prevé estos medios hace bas-

2. Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.

3. Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.

4. Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere».

107 No encuentro atingente en este escenario el artículo 1760° del CC como parangón, por ejemplo, en el caso de la prestación de servicios educativos y el cumplimiento razonable de encargos, en lo que al apartamiento de instrucciones se refiere, por razones que se deducen fácilmente de lo ya explicado (servicio público, regulación, formalidad, especialidad, concesión, autorizaciones, etcétera). CC: «Artículo 1760°.- Límites de la prestación.

El que presta los servicios no puede exceder los límites del encargo.

Empero, puede apartarse de las instrucciones recibidas si llena el encargo de una manera más ventajosa que la expresada en el contrato o cuando sea razonable suponer que el comitente aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno».

108 Esto tampoco es común. Por ejemplo, la Ley de Educación de Noruega, *Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)*, establece el propósito de la capacitación, su contenido y su temporalidad. En Argentina se han producido varios estudios sobre responsabilidad y las obligaciones de seguridad, pero muy poco sobre el servicio *per se*. En España parecen también tener interés en la materia. De otro lado, la Corte Suprema americana no se mete en el tema porque entiende que no es estrictamente civil contractual, sino regulatorio.

109 Sustentada normalmente en la autonomía de la voluntad y la buena fe, y más acordes con relaciones jurídicas de larga data. En este caso, la legislación peruana de educación la observa por la onerosidad y principio tuitivo de los intereses del educando, como hemos visto manifestarse en las normas que permiten a los colegios renegociar con los padres morosos, y la que recientemente se ha promulgado con motivo de la pandemia (D. Leg. 1476).

tante tiempo,¹¹⁰ y ha añadido otros de manera reciente, como ya hemos relatado.¹¹¹

Además, se ha de reconocer que en la mayor parte de los colegios los padres se encuentran organizados en APAFA (Asociaciones de Padres de Familia), lo que les ha permitido un acercamiento y contacto con las autoridades de aquellos. Estas organizaciones tienen en algunos casos incluso el poder de opinar sobre las pensiones, y, en otros, de fijarlas. En este sentido, padres y directivos han conversado y se han variado los montos de las cuotas de manera convencional.

Conforme hemos acotado, la regulación educativa dio en definir para estos efectos lo que se había de entender por servicio educativo, y ello, conforme la autorización de cambio de modalidad (a distancia, cuya definición sufrió intervención), proveyó de un marco legal apropiado para validar a esta última como suficiente en lo que a cumplimiento de la obligación se refiere, limitando ello básicamente al aprendizaje y adquisición de competencias. Esto también, en términos de la regulación sectorial, supuso una adaptación, cuestión que también se definió.

En términos llanos, hacia finales de abril del año 2020, quienes habían contratado con un colegio para la prestación del servicio de educación presencial, podían considerar, basados en la regulación vigente, que, si la IE había modificado la modalidad y venía ejecutando la prestación de manera no presencial, esta se encontraba autorizada para ello, y se había producido una adaptación del contrato por un cambio de circunstancias (cuestión que, reiteramos, no admite expresamente la legislación civil peruana) a efectos de dar continuidad al servicio. Aun así, no se puede obligar al padre de familia a aceptar ello, porque la posibilidad de resolver se mantiene.

De ahí que se haya promulgado el D. Leg. 1476 que pretendió resumir las posiciones, equilibrar, y permite optar por documentar y modificar por escrito el contrato (lo que no es obligatorio) y aceptar o no dicha modificación documental. Lo mismo, esta norma exige documentar el costo de las prestaciones y evidenciar nuevas inversiones, como costos operativos, con los problemas a los que conduce, que también hemos apuntado.

Ahora bien: la intervención posterior de la regulación en relaciones contractuales preestablecidas podría generar resistencia a la luz del artículo 62 de la CPP de

110 D.S. 005–2002-ED. «Artículo 23°.- Transcurridos dos meses en los cuales el padre de familia o el apoderado no hubiera cumplido con la cancelación total de las obligaciones a su cargo, el centro educativo puede citar a una reunión para dar tratamiento al problema, en la cual se podrá suscribir un acuerdo que establezca nuevos mecanismos de pago. De incumplirse dicho cronograma de pago o de no lograrse ningún entendimiento, el Centro Educativo estará facultado para suspender el servicio educativo».

111 D. Leg. 1476. «Artículo 6.1. [...] Los/as usuarios/as y las instituciones educativas privadas se encuentran facultados para, en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, evaluar y negociar la modificación del contrato o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo considerando las prestaciones que se brindan de manera efectiva» (*sic*).

1993,¹¹² que hace tensión con el 1355 del CC,¹¹³ que algunos entienden derogado. La primera es una norma sin precedente en los textos constitucionales previos.¹¹⁴ Del mismo modo, ha de tomarse en consideración el texto del artículo 103 de la CPP¹¹⁵ y el artículo III del título preliminar del CC,¹¹⁶ que en materia de vigencia de leyes confirma la tesis de los hechos cumplidos.

En este caso, la regulación de adaptación contractual (abril a mayo de 2020) fue emitida de manera posterior a la suscripción de los contratos o simple contratación del servicio (febrero a marzo de 2020).

Sobre ello, debo estar de acuerdo con quienes consideran que esta nueva regulación no solo es válida, sino que forma parte del orden público y se aplica de manera inmediata a las relaciones jurídicas estructuradas previamente dentro del territorio nacional.

Y ello no solo por las consideraciones generales que se han apuntado de manera juiciosa, explicando la eficiencia de tal concepto, sino también el tándem entre la norma constitucional y la civil. La educación como servicio bajo concesión del Estado cumple fines públicos, por tanto, admite, requiere y es necesaria la intervención regulatoria.¹¹⁷

112 CPP. «Artículo 62º.- Libertad de Contratar. Contrato Ley.

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

113 «Artículo 1355º.- Dirigismo contractual.

La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

114 Son 11 textos previos.

115 «Artículo 103º.- Leyes especiales, retroactividad benigna, derogación de leyes.

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad».

116 «Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo.

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú».

117 Resulta evidente que estamos incidiendo sobre bienes y fines públicos, un servicio público que se encuentra concesionado, y que por tal se presta por intermedio de un tercero, pero que es política del Estado fijar su forma de prestación. Sobre las validaciones o no sobre cuestiones constitucionales, conviene revisar: Renzo Saavedra Velasco. <https://ius360.com/columnas/autonomia-de-la-voluntad-vs-autonomia-de-los-particulares-ideas-configuracion-y-limites/>; también, Cárdenas Quirós (2000).

Es menester citar también al TC (Expediente N.º 0062000AI/TC):

«F. 2. El principio constitucional de la libertad de contratar plasmado en el artículo 62º de la Constitución parecería indicar que la Ley N.º 27308 sólo se aplica a los contratos celebrados durante su vigencia, y no a los que fueron celebrados con anterioridad. Sin embargo, este principio admite excepciones, entre otras, cuando se trata de contratos que derivan de concesiones otorgadas por el Estado respecto a bienes cuya conservación y desarrollo son de interés público.

F.4. La iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad de contratar en las que se apoyan los

Referencias

Aguilar Broughton, Renato (1999). Economía y educación. Revista *Enfoques Educativos*, vol. 2, N.º 1. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile.

APICE. (1999). *El crédito educativo como inversión social permanente*. (1ª edición).

Brunner, José Joaquín, & Peña, Carlos (Editores). *El conflicto de las universidades: entre lo público y lo privado*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales

Cárdenas Quirós, Carlos (2000). La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú. En *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Lima: Palestra y Temis Editores.

Carlsson, Ola (2003). *Aspects of internal organization and privatization: profit vs. nonprofit in education and social service*. School of Economics and management, Lund University.

Carnoy, Martin, & De Moura, Claudio (1997). ¿Qué rumbo debe tomar el mejoramiento de la educación en América Latina? Banco Interamericano de Desarrollo Publicaciones.

De la Puente y Lavalle, Manuel (1993). *El contrato en general*. Tomo I. (2.ª edición). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Derek, H., Chen, C., & Dahlman, J. (2004) *Knowledge and development: a cross – section approach*. The World Bank Group. Working paper (N.º 3366).

demandantes tienen la limitación de las citadas obligaciones constitucionales del Estado cuando se refieren a bienes de propiedad del Estado otorgados por este en concesión o usufructo a uno de los contratantes.

F. 9. Por todo lo anterior, este Tribunal considera —como lo ha hecho en casos análogos— que la intangibilidad de los contratos de concesión protegida por el artículo 62º de la Constitución, el mismo que se interpreta en concordancia con los preceptos generales que la ley de la materia dispone, esto es, en el Título Preliminar V del Código Civil concordado con los artículos 1403º y 1404º del mismo cuerpo legal, no puede estar por encima, ni ser ajena al cambio en las circunstancias que posibilita que estos pierdan validez, convirtiéndose la obligación en ilícita o prohibida, cuando su realización afectare el interés general, el cual, para el caso, se ve expresado en los fundamentos de las normas que se impugnan, las mismas que cumplen con el principio de razonabilidad y proporcionalidad».

Y Expediente N° 00853-2015-PA/TC:

«F.8. la educación también se configura como un servicio público, en la medida de que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de estos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana (Expediente 04232-2004-PA/TC, fundamento 11).

F. 39. Las obligaciones de respetar consisten en la no obstaculización o impedimento por el Estado en el ejercicio del derecho a la educación. En virtud de las obligaciones de proteger el Estado debe impedir que terceros perjudiquen u obstaculicen tal ejercicio. En atención a las obligaciones de cumplir o facilitar, el Estado debe asegurar tal ejercicio cuando un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, ejercer el derecho con los recursos a su disposición. En ese sentido, el Estado debe tomar medidas eficaces y concretas orientadas al desarrollo de condiciones adecuadas la realización del derecho a la educación».

Díez-Picazo, Luis (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volumen 1: *Introducción teoría del contrato*. (4.ª edición). Madrid: Ed. Civitas.

Díez-Picazo, Luis (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Volumen II. (2.ª edición). Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, Luis, & Gullón, Antonio (1992). *Sistema de derecho civil*. Volumen 2. (6.ª edición.) Madrid: Tecnos.

Dworkin, Ronald M. (1986). *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

Fernández Baca, Jorge (s. f.). La Ley Antimonopolio: ¿por qué y cómo aplicarla? Revista *Themis*, 21. Lima.

Hansmann, Henry (1996). *The ownership of enterprise*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

House, Ernest R. (1998). *Schools for sale*. New York: Teacher College Press, Columbia University.

Meister, Jeanne C. (1998). *Corporate universities*. New York: McGraw-Hill.

Milton a Rose Freedman (1980). *Free to choose*. New York: Harcourt Bace Jovanovich, Inc.

Mönckeberg, María Olivia (2013). *Con fines de lucro*. Santiago de Chile: Debate.

Ochoa Cardich, César (2013). El servicio público en la Constitución peruana de 1993. En *Pensamiento Constitucional*, N.º 18, pp. 105-119. Lima.

Pérez Conesa, Carmen (1999). *El contrato a favor de tercero*. Granada: Comares.

PNUD (1998). *Educación, la agenda del siglo XXI*. (1.ª edición). Bogotá: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo / TM Editores.

Readings, Bill (1996). *The university in ruins*. Harvard University Press.

Revista *Educación Superior y Sociedad*, volúmenes 8 (1997) y 9 (1998), N.º 1.

Ruch, Richard S. (2001). *Higher Ed, Inc.* (1.ª edición). The Johns Hopkins University Press.

Salazar Gallegos, Max (2002). La empresa educativa y los sujetos de derecho. *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N.º 33, enero-diciembre, pp. 102-122.

Salazar Gallegos, Max (2003). La acreditación universitaria. Globalización e internacionalización de la educación superior. En UNESCO, UNMSM & otros (Editores), *Hacia una nueva universidad en el Perú*. Compilación de ponencias.

Salazar Gallegos, Max (2005a). Régimen del profesorado. Derechos del educando. Promoción de la educación privada. Comentario al artículo 15º de la Constitución Política del Perú. En Congreso de la República del Perú y Gaceta Jurídica (Editores), *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo*. Tomo I.

Salazar Gallegos, Max (2005b). Sistema y régimen educativo. Comentario al artículo 16° de la Constitución Política del Perú. En Congreso de la República del Perú y Gaceta Jurídica (Editores), *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo* (pp. 469-474).

Salazar Gallegos, Max (2013). Regulación educativa y Tribunal Constitucional: cómo desarrollar un modelo ineficiente. *Gaceta Constitucional*, tomo 71, pp. 67-82. Lima: Gaceta Jurídica.

Slaughter, Sheila, & Leslie, Larry (1999). *Academic capitalism*. (1.ª edición). The Johns Hopkins University Press.

Sperling, John, & Tucker, Robert W. (2002). *For profit higher education*. New Brunswick: Transaction Publishes.

Varios autores (1995). *La universidad latinoamericana ante los nuevos escenarios de la región*. (1.ª edición). México: Universidad Iberoamericana A.C.

Varios autores (2003). El difícil equilibrio: la educación superior como bien público y comercio de servicios. Lima: Columbus.

Vergara Blanco, Alejandro (2004). El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N.º 12. Santiago de Chile.

Wolff, Laurence, & De Moura Castro, Claudio (s. f.). *Public or private education for Latin America?* Banco Interamericano de Desarrollo. Sustainable Development Department. Technical papers series.