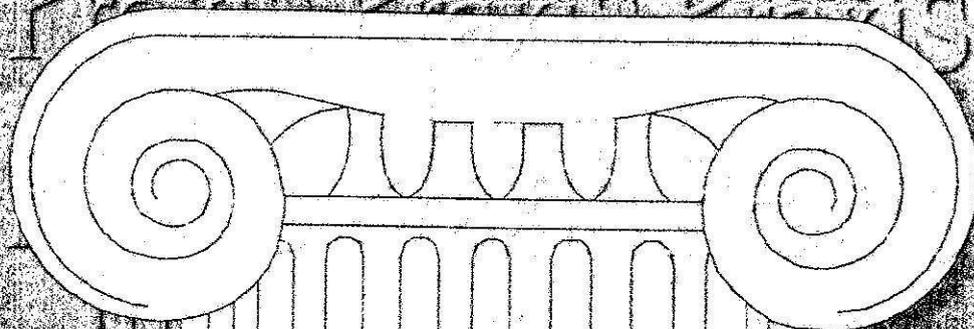


Plus Praxis

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

año 11, Diciembre 2002



Consideraciones acerca de
la novación

La "empresa" educativa y
los sujetos de derecho

¿Notificar por edicto resoluciones
de procesos arbitrales?

Aplicación del tipo penal de
enriquecimiento ilícito

Ombudsman en la tradición
jurídica del defensor del pueblo

Índice

Oswaldo Hundskopf Exebio 7 Presentación

Derecho civil

Felipe Osterling Parodi, 13 Algunas consideraciones acerca
Mario Castillo Freyre de la novación

Marco Antonio Ortega Piana 39 Aspecto personal de las garantías
hipotecaria y prendaria reguladas por el
Código Civil y posibilidad de constitución
a *non domino*

Carlos Soto Coaguila 57 La contratación contemporánea y el
respeto a la autonomía privada

María Teresa Cornejo Fava 63 Exigencias para el otorgamiento de la
pensión de orfandad a los hijos adoptivos
en el régimen del decreto ley 20530: La
inaplicabilidad de una norma
inconstitucional

Derecho procesal y arbitral

Eugenia Ariano Deho 77 Pisanelli y Pescatore: Dos juristas en un
proyecto común

Gonzalo García Calderón Moreyra 82 ¿Es correcto notificar por edicto
resoluciones que se ventilan en los
procesos arbitrales?

Derecho empresarial

Jorge Basadre Ayulo 93 El proceso de la codificación general del
derecho comercial

Max Salazar Gallegos 102 La "empresa" educativa y los sujetos de
derecho: ¿En qué casos estamos ante una
persona jurídica?

Gonzalo Mercado Neumann 123 La exclusión de accionistas ante el
incumplimiento de las prestaciones
accesorias y las obligaciones adicionales

Oswaldo Hundskopf Exebio 129 Aproximación al estudio de los supuestos
de responsabilidad de los directores de las
sociedades anónimas

Alonso Morales Acosta, 146 Implicancias jurídicas de la transformación
Maribel Castillo Wong de la sucursal de una sociedad constituida
en el extranjero

Eduardo Campodónico Figueroa 162 Regulación y control de la publicidad de
las ofertas públicas de valores mobiliarios:
¿Existe en nuestro actual ordenamiento un

LA "EMPRESA" EDUCATIVA Y LOS SUJETOS DE DERECHO: ¿EN QUÉ CASOS ESTAMOS ANTE UNA PERSONA JURÍDICA?

Max Salazar Gallegos

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima.

Si, pues, es posible concebir que se reconozca como sujeto a un ente que no sea el hombre singular, queda abierta la indagación de quién es este ente¹.

Francisco Ferrara

1. NOTAS PRELIMINARES

1.1 El término "empresa" en este artículo

Utilizamos aquí el término "empresa" en un único e inequívoco sentido: el que se refiere a su función económica como unidad de producción de bienes y/o servicios. En nuestro caso, empresa educativa es el agente económico que goza de autorización oficial² para ofrecer e impartir ser-

1 FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Traducción de la segunda edición revisada italiana. Madrid: Editorial Reus S.A., 1929, p. 135.

2 Para el caso del Perú, en su generalidad, del Ministerio de Educación (MED). Como veremos a lo largo de este ensayo, las instituciones educativas peruanas requieren para su funcionamiento de una autorización administrativa emanada de autoridad competente.

vicios educativos en un determinado nivel y modalidad³, conforme a la Constitución y las leyes⁴.

1.2 ¿Por qué empresa educativa?

Las instituciones educativas que fungen como tales en nuestro medio son muchas. Su propósito e importancia aparecen bien identificados⁵, pero no así su naturaleza.

Partimos de un principio muy simple para identificar estos entes, y es que son agentes proveedores de servicios en un segmento específico de mercado, el educativo, al margen de su importancia y del interés social que existe en relación con los mismos⁶.

Esta definición abstrae y deja de lado la diferencia entre aquellas "empresas educativas" con fines de lucro y aquellas que no los persiguen⁷. La construcción conceptual

que sobre estos entes efectuamos aquí en un primer momento, nos permite, para efectos didácticos, referirnos a ellos, a lo largo de este breve trabajo, sin la insana necesidad de otorgarles un *status* jurídico. Esta necesidad la iremos proveyendo en la medida que avancemos en el análisis de la institución. Creemos que luego de leer estas páginas con detenimiento, por lo menos algunos pocos lectores estarán de acuerdo con nosotros.

2. UN RÁPIDO ACERCAMIENTO A LA REALIDAD COTIDIANA

Cada uno de los lectores se habrá percatado, seguramente, en el largo o corto transcurrir de su existencia (según sea su edad o la velocidad de sus actividades), que ha pasado gran parte de su tiempo en una empresa educativa. No obstante, pocos habremos reflexionado respecto de la manera en que estos entes se relacionan con terceros.

Cuando una persona natural se matricula en un colegio (privado, por ejemplo) recibe, una vez efectuado el pago correspondiente como contraprestación por el servicio ofrecido, un comprobante de pago⁸ que detalla los conceptos por los cuales se ha realizado la transacción. En ese documento se puede advertir impresa la denominación o razón social del obligado (la empresa educativa); pero, si observamos con atención, nos daremos cuenta

3 Conforme lo disponen los artículos 34 y 35 de la ley 23384, Ley General de Educación. Así también, el artículo 15 de la Constitución Política.

4 Por efectos prácticos y limitación de espacio, obviamos comentar o discutir respecto de aquellas instituciones educativas que prestan servicios al margen de la ley o en abierta oposición a las mismas.

5 Remitirse a los artículos 13 y 14 de la Constitución Política de 1993.

6 Esta primera sentencia puede resultar para muchos casi sacrílega, en particular porque los servicios de educación "oficiales" (hay de los que carecen de este reconocimiento) han sido desde siempre prestados mayoritariamente, ya sea directa o indirectamente, por órdenes religiosas. Léase en este sentido a VALCÁRCEL, Daniel. *Historia de la educación colonial*. Tomo II. Lima: Editorial Universo S.A., 1968. La mayoría de lectores recordarán, si son estudiantes de derecho o abogados, que la casa de estudios superiores donde se instruyen o ya egresaron, guarda un nombre ligado al catolicismo, por ejemplo. Lo mismo puede ocurrir con el colegio de procedencia.

Una discusión en torno a la importancia e interés social de estas instituciones, las cuales considero de primer orden, nos llevaría a plasmar una cantidad de líneas que excedería el espacio que nos es permitido.

7 No debe confundirse entre las nociones correspondientes al carácter lucrativo o no de la institución y

las que refieren a la realización de actividad económica, por una o por otra. Tratándose de actividades económicas, en la generalidad de los casos, éstas pueden ser realizadas por cualquier tipo de institución, lucrativa o no.

8 Conforme a la definición contenida en el artículo 2 del decreto ley 25632 y modificatorias. Para el caso que tratamos, específicamente el numeral 6, literal b del artículo 4 de la norma.

de que la denominación no apareja indicación o sigla que indique el tipo de persona jurídica con la que estamos contratando⁹. Si se tratara de una sociedad¹⁰ —una sociedad anónima o una de sus formas especiales: sociedad colectiva, sociedad comercial de responsabilidad limitada, sociedad civil o quizá una empresa individual de responsabilidad limitada—, existiría la obligación de hacerlo notar. Sin embargo, todo lo que encontraremos en dicho comprobante, como denominación de la institución, será: "Centro Educativo de Gestión No Estatal San Bonifacio"¹¹.

A pesar de ser cierta y de encontrarse amparada legislativamente, dicha denominación, no obstante, no responde a la interrogante que se plantea en nuestro título y que nos puede llevar a plantear otras más (¿estamos o no ante una persona jurídica?, ¿cómo es que se encuentra constituida la empresa educativa?, etc.¹²).

3. LA EMPRESA EDUCATIVA DE ACUERDO A LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN

La Ley General de Educación —en adelante LGE—, de 18 de mayo de 1982, nos ofrece un primer acercamiento a la empre-

9 Este detalle es uniforme (la carencia de constitución o reconocimiento de la empresa educativa como persona jurídica), por lo menos hasta mediados del año 1998, como se explica más adelante.

10 De acuerdo al concepto de las mismas que ha quedado establecido en el artículo 1 de la ley 26887, Ley General de Sociedades (LGS): "Art. 1.— Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas".

11 Es un signo de identificación ficticio.

12 Aquí el universo se dilata, pues las interrogantes pueden ser múltiples y de distinta naturaleza, y el responderlas podría desviar nuestra atención respecto de los temas que deseamos tratar en este artículo.

sa educativa. Esta norma regula la existencia de los *centros y programas educativos*¹³; en dicho sentido, pone de manifiesto la nomenclatura de los mismos¹⁴ (se refiere al nivel y modalidad de estudios que cada institución presta), aun cuando, no obstante su amplitud (126 artículos y 16 disposiciones transitorias), no define a las instituciones educativas que regula ni les asigna personería jurídica alguna.

Un elemento que resulta medianamente ilustrativo para aclarar el tema es el que se refiere a la regulación de la creación, organización y autorización de funcionamiento de los centros de estudios efectuada en la LGE:

Artículo 62.— Los institutos y escuelas superiores ofrecen formación en carreras... que requieren no menos de cuatro ni más de seis semestres académicos... la *creación o reconocimiento* de éstos... se hace por resolución ministerial del ramo de Educación... [el subrayado es nuestro].

Artículo 63.— Los institutos y escuelas superiores que ofrecen carreras que requieren una autorización de siete o más semestres académicos son *creados o reconocidos* por decreto supremo... expedido por conducto del Ministerio del Sector, previo informe

13 Denominaciones que reitera en casi toda su extensión normativa. Véanse sino los artículos 12, 20, 22, 23, 24, 27, 28 y ss.

14 Ley 23384: "Artículo 104.— A los centros educativos corresponde la siguiente nomenclatura: a) Centros de Educación Inicial; b) Escuelas, para los que ofrecen educación primaria exclusivamente; c) Colegios, para los que ofrecen educación secundaria o primaria y secundaria simultáneamente; d) Centros de Educación Ocupacional, para los que ofrecen educación en esta modalidad; e) Centros de Educación Especial, para los que ofrecen la modalidad; f) Institutos Superiores y Escuelas Superiores, para los estudios de nivel superior, con excepción de las universidades; y g) Universidades, las creadas como tales".

del Ministerio de Educación y aprueba los estatutos y determina el régimen académico, económico y de gobierno de estas instituciones [el subrayado es nuestro].

Artículo 103.— ... los centros de gestión estatal son *creados y sostenidos* por el Estado... y los centros de gestión no estatal por personas de derecho privado, naturales o jurídicas [el subrayado es nuestro].

La LGE se refiere a temas de creación y autorizaciones —no de todas, sino de algunas de las instituciones que pretende regular (por ejemplo: no señala cómo es que se crea un colegio)— de la manera más simple y llana, despojada de fundamentos para considerar que tal o cual institución sea algo por sí misma o deba ser considerada de determinada manera¹⁵; se despoja de la preocupación respecto a la esencia de cualquiera de estos entes.

Los formalismos de la norma aluden a una mera autorización administrativa, sin preocuparse del fondo del asunto. Haciendo un paralelo: el articulado de la LGE se refiere a un trámite que en poco se diferencia del que establecería cualquier ordenanza municipal destinada a regular una licencia de funcionamiento, sumándole el rezago propio de una administración estatal directriz e intervencionista, como es el de aprobar temas estatutarios, académicos,

15 La norma no reconoce u otorga ningún tipo de personalidad jurídica a estas instituciones, ni les reconoce el derecho a organizarse como tales. Sin embargo, cada una de las instituciones educativas que se menciona allí se encuentra regulada a su vez por una ley o reglamento propio que implica una demarcación autónoma de sus aspectos vivenciales. Hoy en día, por ejemplo, se encuentran vigentes para el caso de los institutos y escuelas superiores, el decreto supremo 004-97-ED; la ley 26549, para centros educativos privados (colegios); el decreto supremo 40-84-ED, para centros de educación ocupacional; etc.

económicos y de gobierno¹⁶, como lo señala el artículo 63 reseñado. Y ni siquiera es coherente en lo que pretende regular, pues repite en su texto una fórmula indecisa, que deja dudas: "creación o reconocimiento", que tampoco define o delimita de ninguna forma: *crear* es muy diferente a *reconocer*, pues el primero es un acto constitutivo de derechos y el segundo sólo es declarativo. Las consecuencias entre una y otra actividad por parte del Estado, tendrían una repercusión diametralmente distinta¹⁷.

3.1 La propiedad de la empresa educativa y la LGE

La LGE se refiere a los centros conducidos por particulares y a las relaciones entre éstos y los primeros¹⁸. Si bien no define qué es una empresa educativa (un centro educativo cualquiera), sí se pronuncia en relación con aspectos de ésta que podrían aclarar la cuestión; por ejemplo, regula las

16 Recuérdese que se trata de una norma del año 1983, pasados tres años del último gobierno castrense al que se vio sometido el Perú. La reflexión deja entrever un hecho patético, y es que la ley continúa vigente hasta la fecha.

17 Podría discutirse incluso, si de crear se trata, si es que estas instituciones —las educativas autorizadas a funcionar—, ya por esa resolución emanada de ente autorizado, gozan de personería, entendiéndose como personas jurídicas creadas por ley (en su acepción material), por lo menos las de carácter público. Las instituciones de derecho privado, por propia oposición efectuada por la norma, no gozarían del *status* jurídico aludido, pues su creación y sostenimiento es efectuado por un privado, por lo que, en consecuencia, según esta tesis, la resolución del Estado se limitaría al reconocimiento, nada más.

18 Se trata de una norma que pretende regular toda la actividad educativa que se desarrolla en el país, y diferencia la conducida por el Estado de la conducida por particulares.

inversiones y transferencias de propiedad en torno a aquélla:

Artículo 23.— ... las inversiones y donaciones a favor de las universidades, de los centros educativos y culturales y de las asociaciones sin fines de lucro destinadas a crearlos o sostenerlos, son deducibles...¹⁹.

Este artículo hace el deslinde entre la entidad educativa y la que la crea o sostiene: se trata de una dualidad de entes. También pretende fomentar el acceso al capital privado, concediendo beneficios tributarios para aquellos que decidan "invertir"²⁰.

Artículo 25.— Los centros, programas y actividades educativas y culturales no tienen fines de lucro...

Este artículo recoge un elemento que es fundamental para la constitución de una empresa educativa y, en general, de todas aquellas que se dediquen a las actividades en el sector: por definición, no pueden tener fines de lucro. La norma debe ser concordada con el texto del artículo 23 que, si bien no dice que la entidad educativa deba ejercer una actividad no lucrativa, impone la forma asociativa para sus creadores (esto explicaría, en primera instancia, por qué es que en el ejemplo del numeral 2 de este trabajo no encontramos la denominación correspondiente en el comprobante de pago de matrícula).

19 Este artículo ha sido reglamentado por la administración tributaria. La resolución 161-92/Sunat establece el Registro Especial de Donantes, para el caso de entidades domiciliadas en el país; y la resolución suprema 508-93-PCM estableció el procedimiento para las donaciones provenientes del exterior.

20 Una inversión que sólo genera beneficios de carácter tributario, pero que no genera retorno del capital ni de ninguna otra utilidad, como sería de esperar.

Artículo 105.— ... la denominación y la sigla son utilizados sólo por sus creadores o por quienes los sustituyan mediante transferencia legítima...²¹.

Esta norma reconoce la propiedad privada sobre los signos distintivos que caracterizan e identifican a la empresa educativa, así como la libertad de su propietario para transferirlos.

Artículo 110.— Los centros educativos de gestión no estatal tienen patrimonio individualizado que no se confunde con el de los promotores. La determinación de su línea axiológica, su dirección, organización

21 Este artículo se refiere, en primer lugar, a derechos de propiedad industrial, hoy regulados por el decreto legislativo 823 y la decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Se respetan claramente los mismos. A la sazón, la norma que regulaba estos aspectos era la decisión 85 de la Comunidad Andina, aprobada en nuestro país por decreto ley 22532. Véase en este aspecto un elemento de fundamental importancia, pues para registrar la denominación (signo distintivo) como marca de servicio, la solicitud y posterior titularidad podía perfectamente conseguirse a nombre de la persona natural o jurídica que crea, sostiene o promueve la entidad educativa, y no necesariamente a nombre de esta última. Esto condiciona el derecho para utilizar dicha denominación. Un dato interesante supone comentar el artículo 57 del decreto ley 22532, pues de su texto podría inferirse que sólo una persona natural o jurídica podía por entonces registrar una marca, mas no una entidad que no gozara de dicha categoría jurídica, lo que aparentemente dejaría sin posibilidad a un colegio de la época, que, como apuntamos, pareciera no ser reconocido como tal por ley.

Ahora bien, en segundo lugar, la sustitución por transferencia legítima que menciona el artículo bajo comentario, se refiere a la posibilidad de perfeccionar un acto jurídico que importe la transferencia de la titularidad de derechos (todos, no sólo los industriales) sobre la misma institución o empresa educativa. Esto importa, obviamente, que la ley reconoce la existencia de un propietario de la empresa educativa. También podría acudir a dos transferencias legítimas, una correspondiente a la denominación (que interesa por el *goodwill* —la buena fama— que representa), y otra que corresponda al negocio mismo.

y control directo corresponde a la persona natural o jurídica que los haya creado, o a quien esos derechos hubieran sido legítimamente transferidos...

El texto de este artículo es importante (debe comprenderse aunado a lo prescrito por el artículo 23), pues reconoce dos realidades distintas: la individualidad del patrimonio de la empresa educativa, es decir, la autonomía patrimonial de ésta; y la del patrimonio del ente promotor, distinto al de la empresa educativa, por consecuencia lógica.

3.2 ¿Qué o quién es el promotor de una empresa educativa?

Es la persona, natural o jurídica, propietaria de una o más empresas educativas²², que tiene el control directo sobre ella y puede transferir su derecho. Ejerce fundamentalmente una función de apoyo y promoción, y legalmente puede sustituir (designando a otros) a los representantes de los órganos de dirección de la empresa.

Siendo éstas las funciones esenciales del promotor, no debe dejar de apuntarse que es él quien en primera instancia elabora y presenta el proyecto de la empresa educativa ante las autoridades pertinentes, a fin de obtener la autorización de funcionamiento respectiva. El cambio de promotor, mediante la transferencia de sus derechos sobre aquélla o su proyecto, no debería afectar en la práctica el desarrollo de la institución.

22 Por expreso mandato legal, para el caso de las universidades, este promotor sólo puede ser una persona jurídica sin fines de lucro (art. 7 de la ley 23733). Para los demás casos, el promotor puede ser una persona jurídica sin fines de lucro o una persona natural.

4. EL DECRETO LEGISLATIVO 882 Y LA EMPRESA EDUCATIVA

El esquema propuesto por la LGE fue modificado con la promulgación del decreto legislativo 882, de 9 de noviembre de 1996, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación –en adelante LEPIED.

Además de reconocer y garantizar la propiedad de las inversiones (todas) *en y de* las distintas instituciones educativas, la LEPIED reconoce la constitución de la empresa educativa como persona jurídica: a) como una obligación de las que se organizan luego de la fecha de su entrada en vigencia, y b) como un derecho de las que se hayan organizado en fecha anterior y que puede ser ejercido en lo que se denomina un *procedimiento de adecuación*.

En el contexto político-económico en que se promulgó la LEPIED, resulta lógico pensar que se pretendía implementar en el sector educación un modelo jurídico que permitiera: i) coadyuvar al Estado en la labor educativa; ii) incentivar –a nacionales y extranjeros– la inversión en educación garantizando la propiedad de los capitales invertidos en el país, así como su retorno; iii) garantizar la posibilidad de generar y distribuir utilidades producto de la inversión efectuada; iv) generar una reinversión de la actividad permitiendo que los particulares modifiquen a comodidad la estructura de las empresas educativas bajo su férula; y v) corregir en general las distorsiones de mercado ocasionadas por la LGE.

Antes de la entrada en vigencia del decreto legislativo 882, la estructura educativa existente no garantizaba adecuadamente la propiedad ni, más precisamente, la transferencia de derechos en el sector educación –ya por razones económicas o de índole legal–, a pesar de las declaraciones y

el contenido de la LGE (esto fluye claramente del texto de los arts. 23 y 25 de la LGE cuando aluden a la ausencia de fines de lucro en las instituciones educativas).

Esta situación estaba estrechamente ligada a las reglas de derecho contenidas en las cartas políticas que han regido el país y en las leyes tributarias dictadas en consecuencia.

5. CARTAS POLÍTICAS Y TRIBUTACIÓN: SU EFECTO EN LA CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS EDUCATIVAS

El análisis de las cartas políticas que han regido nuestra vida republicana resulta de particular importancia para el estudio de las empresas educativas, en la medida en que éstas se han constituido bajo la forma "impresa" por ley y no bajo la que el fundador de la empresa considerara más adecuada para el desarrollo de su actividad. Para estos efectos y por razones de espacio, limitaremos nuestro estudio a las cartas de 1979 y 1993, justamente porque son las que han estado vigentes mientras simultáneamente lo ha estado la LGE. Nos circunscribiremos a la Constitución Política —en adelante CP— y a las leyes de imposición tributaria, en particular las que regulan el impuesto a la renta (en nuestro caso, la mal llamada Ley del Impuesto a Renta —en adelante LIR).

La CP de 1979 reconocía el derecho de toda persona a fundar centros educativos, siempre que no persiguiera fines de lucro²³, límite que no ha sido recogido por

la CP de 1993²⁴, la que, contra lo dispuesto por la CP de 1979²⁵, permite la aplicación del impuesto a la renta para determinadas instituciones educativas privadas²⁶ (así, mientras que bajo la CP de 1979 era imposible hablar de la generación de excedentes distribuibles, bajo la de 1993 dicha generación puede ocurrir).

Como quiera que se trate, el régimen impositivo concerniente a la institución educativa —que resulta de conocimiento imprescindible para quien pretenda constituir una²⁷— deberá respetar, en primer lugar, las normas constitucionales que lo regulan, y en segundo lugar, las reglas contenidas en las normas de imposición tributaria.

De acuerdo a la LIR²⁸, hasta fines de 1996 no eran sujetos pasivos de impuesto

centro educativo puede ofrecer conocimientos de calidad inferior a los del nivel que le corresponde, conforme a ley. Toda persona natural o jurídica tiene derecho a fundar, sin fines de lucro, centros educativos dentro del respeto a los principios constitucionales." Por su parte, la LGE también limita la actividad a una de carácter no lucrativo (al tratarse de la ley especial sobre la materia —educación—, por principio, las actividades educativas debían adscribirse a su contenido).

23 CP 1979: "Artículo 30.— El Estado reconoce, ayuda y supervisa la educación privada, cooperativa, comunal y municipal que no tendrán fines de lucro. Ningún

24 CP 1993: "Artículo 15.— ... Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley".

25 CP 1979: "Artículo 32.— Las universidades y los centros educativos y culturales están exonerados de todo tributo creado o por crearse. La ley establece estímulos tributarios y de otra índole para favorecer las donaciones y aportes en favor de las universidades y centros educativos y culturales".

26 CP 1993: "Artículo 19.— ... Para las instituciones educativas privadas que generen ingreso que por ley sean calificados como utilidades, puede establecerse la aplicación del impuesto a la renta".

27 El impuesto a la renta en el Perú es del orden del 30% sobre la renta bruta.

28 Aprobada por decreto legislativo 774 de 31 de diciembre de 1993, cuyo texto ha sufrido innumerables modificaciones, hasta hacerla irreconocible. El artículo de referencia es el 18, literal b.

las universidades y los centros educativos particulares, lo que concordaba con la norma de la LGE que atribuye a la actividad educativa carácter no lucrativo. En tanto no había distribución de excedentes, tampoco había necesidad de gravar la actividad de la empresa educativa, so riesgo de desalentar su continuidad, al menos por parte de los particulares.

Estaremos de acuerdo en que un sistema impositivo en torno al sector educativo se construye como un todo, lo que implica que la práctica refleje una realidad acorde con lo dispuesto legislativamente, de modo de resguardar la coherencia. En ese sentido, la constitución y organización de un ente promotor, en los casos en que se considere²⁹, también deberá serlo sin fines de lucro.

Hasta el momento reseñado, como decíamos, si la promotora de la empresa educativa era una persona jurídica, en la medida en que se constituía como asociación civil se encontraba exonerada del impuesto a la renta; si era una persona natural, mientras respetara la naturaleza de la institución como no lucrativa se encontraba igualmente exonerada.

Pero cuando se promulga la LEPIED —hacia finales del año 1996—, la situación cambia: esta ley deroga el artículo reseñado de la LIR (ver nota 28 a pie de página), de tal forma que a partir de su vigencia las entidades educativas se encuentran afectas al impuesto a la renta. No obstante, tratándose de una norma que regula un tributo de periodicidad anual —y el impuesto a la renta lo es—, sus efectos sólo empiezan a partir del resultado obtenido en el ejercicio del año 1997.

29 Hay que recordar que el promotor puede ser una persona natural o una persona jurídica.

Se presenta ahora un panorama complicado en relación con los resultados que se generen en las empresas educativas, pues, en tanto sujetas al impuesto, deberán declarar y pagar ante la administración tributaria cuando hayan generado utilidades. Esto afectará, lógicamente, la marcha de todas las instituciones, pues no es lo mismo cobrar y quedarse con el íntegro del ingreso, que cobrar y detraer el 30% (la tasa del impuesto a la renta) de los excedentes generados³⁰.

No obstante, en 1997 se promulga el decreto supremo 047-97-EF, que aprueba las normas reglamentarias de las disposiciones tributarias de la LEPIED. La tercera disposición transitoria y final de este reglamento expresa:

Tercera.— Los centros educativos particulares constituidos y autorizados con anterioridad al decreto legislativo 882, cuyo patrimonio no fuera incorporado al de sus promotores según lo dispuesto en la primera disposición transitoria del presente dispositivo, o cuyas personas jurídicas promotoras no optaran por reorganizarse o transformarse en otras de tipo distinto conforme a la segunda disposición transitoria de la ley y las normas complementarias y/o reglamentarias que para tal efecto se dicten, serán consideradas como instituciones educativas particulares para los efectos de la ley y el presente reglamento, y continuarán declarando y determinando los tributos a su cargo en forma independiente de la de sus promotores.

Para tal efecto, precísase que *para la aplicación de las exoneraciones previstas por la*

30 Recuérdese que en nuestro país prevalece una invención legislativa, contradictoria a la lógica, que consiste en los denominados "pagos a cuenta" del impuesto a la renta (pago adelantado de un impuesto, que se genera merced a las posibles utilidades obtenidas luego de verificados los resultados anuales).

Ley del Impuesto a la Renta, los centros educativos gozan de la misma personería jurídica que, de ser el caso, corresponda a sus promotores [el subrayado es nuestro].

Como consecuencia, a partir de la regulación vigente todas las empresas educativas son consideradas como sujetos del impuesto a la renta, con la diferencia de que las constituidas antes de la entrada en vigencia de las nuevas normas (siempre que no se adecuen a la LEPIED, es decir, mientras no modifiquen su organización y adopten una forma societaria o asociativa para que sean consideradas personas jurídicas) reciben el mismo tratamiento tributario que corresponda a sus promotores; y las constituidas con posterioridad reciben el que corresponda al tipo social³¹ que éstos elijan para su formación.

Ahora bien, la decisión respecto a la forma jurídica que se adopte no sólo tiene que ver con el tipo de organización funcional que cada particular desearía para su institución, sino con el hecho de si tendrá o no que pagar el impuesto referido. La LIR contiene una disposición que exonera de dicho impuesto a las asociaciones civiles sin fines de lucro de carácter educativo³². Que el promotor goce de esta personería o que a partir de la fecha la empresa educativa se constituya adoptando la misma, libera al ente del pago del tributo³³. Como se observa, si bien la ley impo-

ne un nuevo marco tributario considerando a las empresas educativas como sujetas al impuesto a la renta, reconoce también que, tratándose de una actividad de interés social, debe otorgarse facilidades a aquellas que definitivamente no deseen, por propia iniciativa, generar un beneficio para sus propietarios.

6. PROPIEDAD DE LA EMPRESA EDUCATIVA EN NUESTROS DÍAS

Antes de la promulgación de la LEPIED, la propiedad de la institución educativa, como derecho, no estaba claramente delimitada (y aún hoy hay problemas al respecto). En general –y esto también vale para el presente³⁴ –, cada centro educativo funcionaba a cargo de un ente promotor, persona natural o persona jurídica (asociación civil), sin que el patrimonio de uno se confundiera con el del otro, con declaraciones de impuestos de manera separada (por lo que la entidad educativa debía contar con un número de registro individualizado ante la administración tributaria), y se reconocía al promotor como propietario de la empresa educativa.

el total del excedente) y es oponible al pago del impuesto a la renta. Como vemos, la empresa educativa podrá configurarse también como una sociedad anónima afecta y no exonerada del impuesto y, al mismo tiempo, gozar de beneficios tributarios.

31 Entendido como ente colectivo, plural.

32 LIR, artículo 19, literal b.

33 Sin embargo, el lector no deberá entender que, para no ver afectados sus resultados, una entidad educativa necesariamente deba constituirse como asociación civil. La ley prevé un mecanismo de compensación para las que generen excedentes que sean calificados como utilidades. En este sentido, se genera un crédito contra el impuesto en caso de que se reinviertan las utilidades obtenidas. Este crédito es del orden del 30% sobre los montos reinvertidos (que pueden ser

34 Como hemos reseñado, la LEPIED obliga, a partir de su promulgación, a que todas las instituciones educativas que se constituyan lo hagan bajo la forma de una persona jurídica determinada, adoptando, eso sí, la que más convenga a los intereses particulares de sus fundadores. Para las instituciones que ya venían operando en el mercado, si bien no hay obligación de modificar su *status* jurídico, sí se les reconoce el derecho de “adecuarse”, como un mecanismo para obtener la personería (ver art. 4 del decreto legislativo 882).

Éstas, con excepción de las universidades³⁵, no eran personas jurídicas, salvo las constituidas como tales luego de promulgada la LEPIED. En estas instituciones, en la mayoría de los casos, un ente promotor ya no resulta funcional ni necesario. La relación de propiedad que se establezca con este último tipo de empresas dependerá de si se constituyen como personas jurídicas con fines de lucro o sin ellos. En las primeras, habrá una o más personas naturales o jurídicas que detenten un título representativo de participación (o mecanismo similar) libremente transferible en el mercado; en las segundas, existirá una relación de dependencia entre la empresa educativa y las personas que conformen su máximo órgano de expresión³⁶.

7. CREACIÓN: LAS CLASES DE EMPRESAS EDUCATIVAS EXISTENTES

De acuerdo a su forma de creación, existen tres clases de empresas educativas: i) las creadas por ley (sólo universidades); ii) las creadas por resolución administrativa (resolución ministerial, decreto u otro), que es el caso de algunas universidades³⁷ y del resto del universo de empresas educativas antes de la vigencia de la LEPIED; y iii) las autorizadas por resolución administrativa pero creadas al amparo de la

LEPIED, bajo cualquiera de las formas previstas por ley: Ley General de Sociedades, Ley de la EIRL, Código Civil, Ley de Cooperativas u otra.

Sólo las que se encuentran en los casos i) y iii) son consideradas personas jurídicas: en un caso —el primero—, la personería se obtiene por mandato de la ley, sin que exista necesidad de otro acto, formal o no; en el segundo caso, la personería se alcanza con la inscripción registral.

7.1 *Las empresas educativas creadas por ley*

Como la Ley Universitaria establece que las universidades se crean por ley³⁸, ha sido el Congreso de la República el encargado —hasta el año de 1995—, dada una iniciativa estatal o privada, de crear estas entidades³⁹.

Se encuentran supervisadas por la Asamblea Nacional de Rectores⁴⁰, y la ley les aplicaba un plazo de institucionalización⁴¹ de cinco años (como máximo).

De acuerdo al texto del artículo 6 de la Ley Universitaria, tenían y tienen, aún hoy, personería jurídica. En este sentido, serían personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, si fuesen promovidas por iniciativa privada, y personas jurídicas de derecho público interno, si lo fuesen por iniciativa del Estado (no hay ni ha habido otra norma que les otorgue otro tipo de personalidad jurídica).

Como persona jurídica de derecho privado o público, la universidad es identifi-

35 Las universidades, de acuerdo a la norma que las regula (ley 23733), son creadas por ley y gozan de personería jurídica.

36 Una asamblea general de asociados, por ejemplo.

37 Por ley 26439, de 21 de enero de 1995, se creó el Conafu, Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades, como órgano encargado de emitir resoluciones autorizando o denegando el funcionamiento de nuevas universidades.

38 Artículo 5 de la ley 23733.

39 Hasta el año 2000, y en clara contravención al texto de la ley 26439, se seguían emitiendo leyes de creación de universidades públicas.

40 Artículo 90 de la ley 23733.

41 Proceso que comprende su afianzamiento hasta convertirse en universidades autónomas, dotadas de sus propios órganos de gobierno.

cada como un ente individual, como un centro unitario de imputación de deberes y derechos independiente, sin sujeción alguna para su reconocimiento. Corresponden a lo que conocemos como personas jurídicas creadas por ley⁴².

7.2 *Las empresas educativas creadas por resolución administrativa*

En el caso de colegios, centros de educación ocupacional, institutos y escuelas superiores, públicos y privados, la regla⁴³ fue y sigue siendo autorizar su funcionamiento por medio de una resolución administrativa. Un promotor, persona natural o jurídica, debe presentar ante la autoridad administrativa a cargo (el Ministerio de Educación, sus oficinas y entidades descentralizadas) un proyecto de empresa educativa para ser evaluado, el cual, de ser considerado factible, da lugar a la autorización administrativa correspondiente.

El caso de las universidades es distinto, pues se trata sólo de las que son de reciente creación y tienen su antecedente y motivo en la ley 26439, Ley de creación del Conafu –Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades–, del 21 de enero de 1995, que en su artículo 2 señala:

Artículo segundo.– Son atribuciones del Conafu:

a) Evaluar los proyectos y solicitudes de autorización de funcionamiento de las nuevas universidades a nivel nacional, y emitir resoluciones autorizando o denegando el funcionamiento provisional, previa verificación del cumplimiento efectivo de los requisitos y condiciones establecidos...

Esta norma introduce un cambio con relación al texto de la Ley Universitaria, pues mientras esta última admite la creación de una universidad sólo por ley, la primera no crea, sino autoriza: se dejan de emitir leyes de creación de universidades⁴⁴. En el presente caso, para el funcionamiento (provisional) de una universidad se requiere una autorización administrativa, nada más.

El artículo citado no hace mención alguna en relación con la personalidad jurídica de este tipo de instituciones, ni con la creación de las mismas. Como hemos visto antes, para el caso de las autorizaciones dictaminadas por ley no hay confusión o duda alguna, pues el texto de la Ley Universitaria es claro al respecto y atribuye la calidad personal del ente.

Subsiste el hecho de que el artículo que reconoce personería jurídica a las universidades debe ser concordado con los demás artículos del cuerpo al que pertenece (Ley Universitaria), cuerpo que debe ser interpretado de manera sistemática y que está en relación con el contexto de universidades creadas por ley y no por resolución administrativa.

42 Para mayor ilustración sobre la creación de personas jurídicas por ley o por norma de distinto rango, léase el trabajo de ALDANA DURÁN, Nora Mariella. "El registro de personas jurídicas creadas por ley", en *Temas de derecho registral*. Tomo IV. Lima: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2000, p. 90.

43 Hasta el año en que es promulgada la LEPIED, 1996, luego de lo cual la resolución administrativa ya no funciona como partida de nacimiento, sino como reconocimiento oficial para su funcionamiento como empresa educativa.

44 Para el caso de las privadas, éste es el nuevo orden.

7.3 *Las empresas educativas creadas al amparo de la LEPIED y autorizadas por resolución administrativa*

Existe un último grupo de entidades, creadas a partir de 1996, que si bien son autorizadas por resolución administrativa, son constituidas como personas jurídicas —al amparo de la LEPIED— bajo cualquiera de las formas previstas por ley (Ley General de Sociedades, Ley de la EIRL, Código Civil, Ley de Cooperativas, u otra). Surgen ya reconocidas como personas jurídicas, por mandato de ley.

8. LA EMPRESA EDUCATIVA: PARAGUAS PROMOTOR *VERSUS* AUTONOMÍA FUNCIONAL

Aclarar la esencia del funcionamiento de las entidades educativas puede ayudar a comprender por qué en un caso (hasta 1996), tratándose de las universidades, la ley les otorgó el reconocimiento como persona jurídica, y por qué en los demás supuestos no. Aparentemente esto ha obedecido a una consciente política de administración institucional, estemos de acuerdo o no con ella.

Resumiendo, entendemos que para fundar o promover cualquier entidad educativa (hasta 1996, cuando se promulga la LEPIED) es necesario que exista un promotor que, de acuerdo a la LGE, puede ser una persona natural o una persona jurídica sin finalidad lucrativa (asociaciones civiles reguladas por el Código Civil). Él será quien presente el proyecto de funcionamiento de la nueva entidad educativa; se trata de una exigencia formal, en particular para las que caen bajo el ámbito del Ministerio de Educación (MED) y del Consejo Nacional para la Autorización de Funcio-

namiento de Universidades (Conafu), entidades que otorgarán la autorización de funcionamiento en cada caso particular.

Estas entidades administrativas (MED y Conafu) exigen, entre otros requisitos, la presentación de un plan de desarrollo que debe incluir los recursos financieros necesarios para la implementación de un centro que brinde facilidades y garantías mínimas a su alumnado (tratándose de la autorización a entidades que van a dirigir sus servicios a un sector vital, donde el Estado marca las pautas, esta exigencia resulta lógica). De acuerdo al texto de la LGE, no existe impedimento alguno para que este trámite lo realice una o varias personas naturales o jurídicas, o ambas a la vez.

Al promotor, la ley le reconoce la calidad de propietario de la entidad educativa (y puede transferir su derecho sobre ésta) y distingue entre su patrimonio y el de la empresa educativa. Con su autonomía patrimonial ésta adquiere individualidad, la que es reconocida por el derecho cuando regula la relación de la empresa con determinados entes de la administración pública. Así, está sujeta no sólo a responsabilidad tributaria⁴⁵, sino también administrativa y civil, sea relacionada con el cumplimiento de una obligación formal ante el ente supervisor (MED, Conafu, la administración tributaria u otra) o ante un tercero cualquiera (un consumidor, por ejemplo).

Hay, pues, una serie de imposiciones sobre estas entidades; algunas les favorecen y, de hecho, les otorgan una larga relación de derechos; otras les imponen deberes a veces difíciles de cumplir. Ello no significa, reiteramos, que deba considerarse-

45 Estas entidades son consideradas por las leyes de tributación como sujetos independientes de sus propietarios, y en dicho sentido, cumplen con las disposiciones tributarias de manera individual.

les personas jurídicas –categoría que sólo corresponde a los entes colectivos expresamente reconocidos por el derecho como tales–; sin embargo, tampoco impide reconocerles como centros de imputación de deberes y derechos, y finalmente, como sujetos de derecho⁴⁶, si es que reúnen las condiciones para ello.

Satisfechos los requisitos por el promotor, el MED o sus entidades delegadas otorgan a la empresa educativa la autorización de funcionamiento mediante resolución –que puede ser ministerial, directoral, jefatural u otra, pero siempre emanada del mismo ente–, la que se inscribe –o debería serlo– en los registros internos de la entidad respectiva (es lógico esperar que registren sus propios actos).

Por lo general, la resolución en cuestión reconocerá como promotor a la persona que presentó el proyecto, autorizará el funcionamiento de la entidad educativa bajo determinada modalidad y, de paso, reconocerá a su(s) autoridad(es) académica(s), es decir, delimitará la propiedad y las responsabilidades del caso; aun cuando no dará derecho a su inscripción en los registros públicos ni reconocerá personería jurídica alguna.

La empresa educativa quedará regulada por el MED a través de reglamentos expresamente previstos para el caso particular (habrá un reglamento de institutos superiores, otro de CEO, otro de CEOEGNE y así para cada modalidad), publicados en el

diario oficial y aprobados por norma correspondiente, por lo cual son de aplicación obligatoria⁴⁷. Estos reglamentos tampoco reconocerán personería jurídica alguna.

Para este tipo de entidades –las autorizadas por el MED–, poseer personería jurídica pareciera haber sido considerado –hasta antes de 1996, cuando se promulga el decreto legislativo 882– innecesario, debido al riesgo de desvirtuar su cometido y naturaleza propia. Al respecto, podría haber por lo menos cinco razones por las cuales no se les habría otorgado personería jurídica, asimilándolas al orden jurídico como tales:

- Económica: en tiempo y dinero, para el administrado, quien no tendría que preocuparse por considerar un acto formal de constitución en los registros públicos antes de presentar su proyecto de empresa educativa, el mismo que podría ser rechazado. El estudio de un proyecto por parte de la autoridad estatal podría llevar meses, por lo que una constitución formal podría ser “prematura” considerando que el inicio de actividades requiere la previa autorización.
- Económica: en tiempo y dinero, para la administración, que tendría que burocratizar más el sistema para evaluar, además del proyecto integral, el aspecto formal de constitución y empatar uno y otro. En efecto, si la entidad se presenta como un ente claramente reconocido como sujeto de derechos, hay que agregar un paso más al análisis.
- Jurídico-administrativa: con un promotor al que se le reconoce el derecho de propiedad y, por ende, de transferencia

⁴⁶ Salvadas las distancias entre los conceptos de *sujeto de derechos* y *persona* efectuada por la doctrina, queda pendiente establecer si realmente se trata de la primera categoría –sujetos de derechos–, ya que hemos descartado, líneas atrás, que se trate de personas jurídicas. Para que se trate de un sujeto de derechos, debemos encontrar al ser humano conduciéndose detrás de la institución, pues subjetividad sólo puede ser atribuible a la conducta humana.

⁴⁷ Ver en este sentido la nota 15.

sobre el ente educativo, resulta riesgoso crear una nueva persona jurídica, con órganos administrativos propios (con discrecionalidad para la toma de decisiones) que pudieran confrontar a los propietarios con ella o simplemente dilatar una decisión que podría ser perfectamente tomada por el propietario. Esta misma cuestión podría inmiscuir a la administración pública en un procedimiento contencioso para dilucidar temas entre los administrados (como ha sucedido en algunas de las universidades peruanas, por ejemplo).

- Protección al consumidor: un elemento perturbador de las relaciones entre los órganos de la promotora y la entidad educativa sólo perjudicaría al educando.
- Costumbre: no había antecedentes que señalaran otro derrotero⁴⁸.

Así, habiendo suficientes razones de economía administrativa y procedimental para considerar la idoneidad –relativa– del esquema configurado, existen razones de fondo que soportan el esquema; y es que, dada la existencia de un propietario, es la voluntad de éste la que es fundamental para la toma de decisiones, no habiendo necesidad de un control adicional, salvo en lo que a aspectos administrativos académicos se refiere, que son ejercidos por el director de la institución (cargo que puede ser desempeñado por el propietario, de cumplir con los requisitos exigidos para ello). En todas las empresas educativas autorizadas por el MED el promotor ejerce el mismo papel fundamental, que es perenne, dado que siempre existirá un promotor o propietario de la entidad.

En relación con las universidades la situación es distinta a la anterior. Como se ha sostenido, las universidades no son supervisadas por el MED, sino por la Asamblea Nacional de Rectores (ANR), en el caso de las universidades institucionalizadas (es decir, las que han pasado exitosamente el período de evaluación señalado por la ley), y por el Conafu, en el caso de las universidades en proceso de institucionalización (es decir, las que aún se encuentran en proceso de evaluación para que su autonomía funcional sea reconocida). Por otro lado, las universidades creadas por ley gozan de personería jurídica según lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 23733, Ley Universitaria, que les reconoce personería jurídica de derecho público o privado, ambas sin fines de lucro, según deban su creación a una decisión estatal o a una privada.

¿Por qué la Ley Universitaria sí reconoce personería jurídica a las universidades y las demás leyes educativas no se la reconocen a los otros entes educativos, cuando en ambas situaciones el fin perseguido y la actividad desplegada para ello son prácticamente los mismos, salvando las distancias entre uno y otro nivel?

La razón de que esto ocurra parece tener que ver –como hemos reseñado líneas arriba– con la estructura organizacional propia de cada una de estas instituciones, con la forma como se interrelacionan con terceros. Si analizamos la estructura interna y externa de una universidad –la que viene impuesta por ley– nos encontramos con particularidades que se oponen diametralmente a lo que hallamos en cualquier otra entidad educativa.

En efecto, en primer lugar, el promotor universitario no es reconocido sino como promotor, no como dueño; es decir, no ejerce señorío sobre la institución, sino sólo las facultades de administración necesarias

48 En el Perú, negando la realidad circundante, que sólo parece ser reconocida con la promulgación de la LEPIED.

para que el proyecto sea una realidad, proponiendo y nombrando a sus primeras autoridades académicas, adecuando la infraestructura necesaria y coadyuvando al cumplimiento de los objetivos trazados, hasta la obtención de la institucionalidad. Como no es reconocido propietario, tampoco puede transferir su participación, pues no cabe hablar de participación alguna en la institución, por lo menos desde el punto de vista patrimonial⁴⁹. Lo que sí podrá transferir —en calidad de asociado de la asociación promotora o como ente organizado— es su derecho a la injerencia y dirección parcial de las actividades a las que nos hemos referido al comienzo de este párrafo (al transferir la promotora, el promotor transfiere un derecho sobre la institución educativa, sea cual fuere el título bajo el que lo haga —gratuito u oneroso).

Pero aparte de las facultades que hemos destacado, hay otras no menos importantes que atañen a la marcha formal de la universidad y que tienen que ver con la imposición de fondos y su uso. Veamos este punto.

En sus relaciones con terceros, éstos (en su mayoría personas jurídicas), para concluir un negocio jurídico con la universidad, por ejemplo, exigirán ciertas seguridades y formalidades mínimas. Pensemos en los bancos: la universidad, obviamente, necesita manejar cuentas bancarias (corriente, de ahorro, etc.) y debe ser representada por alguien: una persona natural. Como sucede con las resoluciones que autorizan el funcionamiento de los entes supervisados por el MED, las resoluciones de autorización de una universidad contie-

nen elementos mínimos; entre otros, el relativo al representante legal, que no es otro que el rector.

La Ley Universitaria califica al rector como representante legal de la universidad para todo efecto, sin hacer mención de otra persona o funcionario administrativo o académico con quien deba compartir esa facultad. En la práctica, obviamente, resultaría perjudicial que quien es la más alta autoridad de la institución y se encuentra llamada a velar y conducir sus caminos, se pierda absolviendo problemas de mero trámite, como es la suscripción de innumerables actos cotidianos en la vida de una persona jurídica que engloba tantos elementos. Esto es impensable. Es entonces cuando la promotora puede salir a relucir. Recordemos que ella es una asociación civil sin fines de lucro, constituida al amparo de las disposiciones contenidas en el Código Civil y debidamente inscrita y registrada en el registro de personas jurídicas de los registros públicos de la localidad. Es en los asientos de esta partida registral (propia, exclusiva, única y pública) donde se anotan, entre otros, los acuerdos que corresponden al nombramiento de apoderados para los fines que convengan a la institución. La promotora, en su derecho de ejercer las facultades de administración que le competen como tal de acuerdo a la ley y el estatuto de la universidad, puede nombrar apoderados facultados para realizar determinados actos jurídicos; por ejemplo, la administración de las cuentas bancarias de la institución educativa.

Vemos entonces que los problemas administrativos en que pudiera incursionar la universidad, por lo menos en sus primeros cinco años de funcionamiento, pueden ser resueltos por la asociación promotora, la que puede gozar de las facultades necesarias para realizar determinados actos por y en nombre de aquélla. Decimos "puede" porque esto depende del estatuto

49 Se llegó incluso a emitir una resolución, la 037-95-Conafu, publicada en la separata de normas legales del diario oficial *El Peruano* del 25 de octubre de 1995, que regula la participación de las promotoras en la gestión universitaria.

de la universidad en cuestión, pues en tanto este primer estatuto es íntegramente creación de la promotora, puede contemplar dichos aspectos, por lo menos hasta el quinto año de funcionamiento.

Es necesario mencionar que esta situación no fue siempre así. En un primer caso, hasta 1995, las universidades, al ser creadas por ley y reconocidas expresamente como personas jurídicas, podían acceder al registro público e inscribir determinados actos (por ejemplo, el nombramiento de representantes). A partir de 1995, las universidades son autorizadas a funcionar por el Conafu, sin que exista ley de creación de por medio ni reconocimiento como persona jurídica. En este caso, resulta claro que la promotora es quien debe prestar su disposición para que, a través de ella (más exactamente, su registro), se publiciten los actos que competen a la universidad (antes de 1995, teniendo la promotora una injerencia gravitante sobre la institución, resultaba poco menos que ocioso abrir una nueva partida registral —la de la universidad— para inscribir los actos cotidianos mencionados, obligando a cualquier tercero interesado en relacionarse con ella a duplicar esfuerzos remitiéndose a dicha partida y a la de la promotora, para no encontrar contradicción en las decisiones).

Ahora bien, volviendo al ámbito organizacional, transcurridos cinco años a partir de la autorización provisional, la universidad "puede" recibir la autorización de funcionamiento definitiva⁵⁰ o, como era hasta 1996, simplemente correr traslado del plazo

de ley para institucionalizarse⁵¹. Esto significa, en cualquiera de los casos, que emerger nuevos órganos administrativos de la institución, los más importantes: la asamblea universitaria y el consejo universitario⁵². Estos órganos tienen completa facultad de decisión sobre la institución educativa y son independientes de cualquier agente externo, incluido en lo referido a la modificación de los estatutos. Debido a ello, y en tanto ya existirían órganos de representación suficientes, no sería indispensable la injerencia de los promotores en la organización (la existencia de estos órganos de gobierno interno tiene su asiento en el articulado de la ley universitaria; la constatación de su vigencia e idoneidad podría llevarnos

verificación del cumplimiento efectivo de los requisitos y condiciones establecidos... c) Evaluar en forma permanente y durante el tiempo que estime conveniente el funcionamiento de las universidades, hasta autorizar o denegar su funcionamiento definitivo. La autorización de funcionamiento definitivo no puede ser concedida antes de transcurridos cinco años, contados a partir de la fecha de la autorización provisional de funcionamiento".

51 Ley 23733: "Artículo 7.— Comisión Organizadora y evaluación de Universidades. La ley de creación de una Universidad establece una Comisión Organizadora de ella, la que debe realizar su labor y regirla por el plazo máximo e improrrogable de cinco años. En el caso de una Universidad privada, sus fundadores, organizados como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, designan a los miembros de la Comisión Organizadora. Los miembros de las Comisiones Organizadoras deben tener el título o grado previstos en el artículo 45 de esta ley para el ejercicio de la docencia. Durante el plazo señalado, y anualmente, la Asamblea Nacional de Rectores evalúa a la nueva Universidad, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de su creación y en la presente Ley. En caso de ser desfavorable el resultado de la evaluación, al término del plazo, será remitida al Poder Legislativo para el efecto de la derogatoria de la ley de creación de la Universidad.

52 Ley 23733: "Artículo 27.— El gobierno de las universidades y de las facultades se ejerce por: a) La Asamblea Universitaria; b) El Consejo Universitario; c) El Rector; y d) El Consejo y el Decano de cada Facultad".

50 Ley 26439: "Artículo 2.— Son atribuciones del Conafu: a) Evaluar los proyectos y solicitudes de autorización de funcionamiento de las nuevas universidades a nivel nacional, y emitir resoluciones autorizando o denegando el funcionamiento provisional, previa

a otra discusión que preferimos no tocar en el presente trabajo).

Es en este sentido que la ley provee de personería jurídica a este tipo de entidades, pues contando con su propia disposición organizacional —que no requiere del funcionamiento de una promotoría que más bien podría chocar con la institución— podrá, en su caso, abrir una partida registral propia en el registro público respectivo, donde se consignará la decisión correspondiente emanada de sus órganos funcionales reconocidos, luego del quinto año de funcionamiento⁵³. Esta razón puede complementarse con otras varias, entre las que podemos mencionar:

- dotar de autonomía a la institución,
- liberar a la institución de agentes externos ajenos a la labor educativa,
- constituir a la institución como un ente completo e individualizado, con vida propia y órganos administrativos definidos y funcionales, y
- acoger el sistema democrático al interior de la misma.

9. LA ESENCIA DE LA EMPRESA EDUCATIVA

Para que un ente colectivo sea reconocido por el derecho como persona jurídica, debe contar con todos los elementos constitutivos de ésta⁵⁴: pluralidad de personas

53 Antes de este hecho —la institucionalización— y como se ha hecho notar en este trabajo, resulta difícil y no aconsejable que la entidad educativa universitaria se inscriba en los registros públicos, pues podría haber una duplicidad de registros de consulta para quienes requieran contratar con ella: el de la propia universidad y el de la promotora.

54 Con algunas excepciones, como es la regulación de la empresa individual de responsabilidad limitada, mediante decreto ley 21621.

naturales, patrimonio, fin y reconocimiento de la personalidad⁵⁵ (es claro que una política legislativa coherente debe considerar estos aspectos). Otorgarle un *status* jurídico implica desentrañar el contenido de dicho ente: si se presenta como una realidad, se debe otorgarle uno o en última instancia permitir que adopte uno determinado. El derecho no puede dejar de reconocer las actividades y entes que se presentan en el mundo real; debe someterlos a estudio y prestar su razón para que alcancen sustento, de tal forma que prevalezca la regulación de carácter formal, sobre la indiferencia e ignorancia.

En el estudio de la empresa educativa esto parece haberse pasado por alto. Si bien las empresas que prestan servicios de educación universitaria tienen, en su mayoría, un *status* jurídico definido, no ocurre lo mismo con el resto de empresas que se desenvuelven en el competitivo mercado educativo. A nuestro juicio, y por su importancia, en el caso de las entidades educativas supervisadas por el MED y que carecen de personalidad jurídica, resulta más civilizado un reconocimiento tardío que un olvido permanente.

La personalidad jurídica se adquiere mediante el cumplimiento de un elemento constitutivo formal, como una inscripción, o mediante su reconocimiento expreso por una ley. Esto último no lo encontramos en la autorización administrativa, la que tampoco puede inscribirse (esta autorización se configura más bien como el elemento final del procedimiento que permite a la

55 Como bien señalan BRECCIA, Umberto, Lina BIGLIAZZI GERI, Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Derecho civil*. Tomo I. Vol. I. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 234. También hacen notar que el reconocimiento formal no siempre es necesario para que se constituya un ente colectivo.

institución brindar un servicio, pero nada más).

Veamos si podemos delimitar los elementos que caractericen como entes colectivos al grupo de empresas educativas supervisadas por el MED.

- *El patrimonio*

En primer lugar, entendemos que en la empresa educativa el elemento patrimonial está claramente delimitado (en el mismo sentido: art. 110 de la LGE). En tanto el ente educativo tiene un patrimonio independiente del del promotor y cuenta con un reconocimiento formal por parte del Estado (contenido en la resolución administrativa de autorización de funcionamiento), aquél se convierte en una suerte de centro de imputación de deberes y derechos (en ese sentido, por ejemplo, esta empresa debe contar con un número de registro que la identifique ante la administración tributaria, a efectos de declarar, y en su caso tributar, de manera individual, presentando su propia y exclusiva declaración jurada⁵⁶ relacionada con la actividad y servicios que brinda).

No obstante, no debe confundirse su esencia y hallar en un patrimonio y responsabilidades atribuidas los elementos suficientes para que cualquiera de estos entes sea considerado como *persona*, ya que este concepto es más amplio que los de aquellos elementos: cuando uno refiere a la *persona jurídica* como concepto, no se trata de unidad patrimonial, sino de unidad de esfera jurídica. La personalidad es, a

final de cuentas, un producto del orden jurídico y surge por reconocimiento del derecho objetivo (recordemos que el hombre es persona no por la naturaleza, sino por obra del derecho⁵⁷).

- *El fin lícito*

Por otro lado, encontramos en la empresa educativa un fin valioso: el servicio educativo (como también hemos expresado, este servicio es de interés social). Faltaría ahora delimitar el elemento más importante y que corresponde al hombre como tal.

- *La pluralidad de personas naturales*

Para identificar al ser humano organizado de manera colectiva, recaemos primero en los fundadores del ente. Como ha quedado claro, organizar una empresa educativa exige un promotor, persona natural o persona jurídica. Si bien es cierto sólo en este último caso hallamos pluralidad, no obstante ello, se trata de sujetos de derecho (estos sí) que no conforman la empresa educativa como parte de la misma, sino que son realidades independientes y no se confunden con ella. Por consiguiente, no será el promotor en donde encontremos el elemento humano de la empresa educativa. Esto no obsta para criticar el que en algunos casos sea justamente este hecho, el forzar la existencia de un promotor⁵⁸, el que no permita conformar una pluralidad que se lograría integrándolo en la empresa, en vez de externalizar su existencia⁵⁹.

56 Es un ejemplo muy gráfico y de postulado diario, pues las leyes tributarias del Perú otorgan un tratamiento a estas instituciones que no es diferente del de los demás entes colectivos denominados personas jurídicas.

57 FERRARA, Francisco. Op. cit., pp. 322-323 y 330.

58 Entendida como exigencia formal para la tramitación administrativa de la autorización de funcionamiento de una empresa educativa.

59 En vez de constituir entidades promotoras, si la normatividad hubiese permitido desde un inicio que estas empresas se constituyan en personas jurídicas, los fundadores se integrarían como tales.

Pero quizá encontremos la pluralidad de personas requerida, ya que no en los promotores, tal vez sí en el interior, en la propia estructura del ente.

Las empresas educativas se encuentran organizadas de distinta manera, de acuerdo a su nivel y modalidad⁶⁰. En los institutos superiores, por ejemplo, la norma especial relativa a su organización⁶¹ exige que tengan cuando menos un director⁶² y no hace referencia a ningún otro órgano interno. De la misma manera, la norma que regula a los centros educativos privados (colegios) también exige uno o más directores y establece la posibilidad de un consejo directivo⁶³.

Entonces, es posible que al nacer la entidad pueda o no contar con una colectividad de personas naturales; puede, por ejemplo, distinguirse un director, sin consejo directivo ni asamblea u otro órgano social o asociativo de dirección o simple administración semejante, e incluso no contar con alumno matriculado alguno. Aquí se carecería del elemento material que corresponde a la pluralidad de individuos. No obstante, no debe descartarse el reconocer el elemento plural en el conjunto de per-

sonas que en relación con la institución la administran y organizan, estando a cargo de la misma, pues el carácter existencial funcionalista que éstas le otorgan al ente es indispensable para considerarlo como un actor individual de nuestra realidad. Antes de ellos, la empresa educativa carecería de una existencia real y verdadera. Aún más, la colectividad que integra la empresa, una vez en funcionamiento ésta, se compromete también en el esfuerzo de un todo coherente: los alumnos, profesores, y quizá los padres de familia, son parte de la naturaleza interior del ente en cuestión; y no pueden ser, junto a los administradores, elementos de segundo piso en la escala estructural, por debajo del patrimonio y el fin; sino, por el contrario, son preeminentes a estos últimos.

Así, no existe motivo para que el derecho haya negado durante tantos años reconocimiento y legitimidad como personas jurídicas a estos entes⁶⁴. No obstante, nos inclinamos a reconocer su calidad de sujetos de derechos, categoría que no puede negárseles si tenemos en cuenta las características pro-

60 Remitirse a la nota 14 para identificar la nomenclatura de las empresas educativas.

61 Decreto supremo 05-94-ED, Reglamento General de Institutos y Escuelas Superiores Públicos y Privados.

62 D.S. 05-94-ED: "Artículo 7.- ... Los institutos y escuelas superiores privados pueden adoptar la organización más adecuada a sus fines dentro de las normas de derecho común. Sin embargo, deben contar cuando menos con un director."

63 Ley 26549: "Artículo 7.- Los centros educativos serán dirigidos por uno o más directores, según lo determine el estatuto o reglamento interno del centro. Éstos serán nombrados o removidos por el propietario del centro educativo o por el consejo directivo cuando lo hubiese...".

64 Hace décadas que estos entes son reconocidos en otras latitudes como personas jurídicas. En Colombia, por ejemplo, ya el artículo 139 del decreto ley 80, de 1980, disponía: "Las instituciones no oficiales de educación superior deben ser personas jurídicas de utilidad común, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones o como fundaciones". El reconocimiento de la personería jurídica a las entidades educativas compete allí al Ministerio de Educación Nacional. Todos estos datos y un estudio más concienzudo de las instituciones educativas colombianas, pueden hallarse en TAFUR GALVIS, Álvaro. *Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado*, 2a. edición. Ediciones Rosaristas, 1986, pp. 90-91. Por lo demás, creemos de manera firme que la falta de reconocimiento oportuno no ha hecho sino crear inseguridad jurídica.

pías que presentan y su tratamiento legislativo, tanto por leyes que regulan exclusivamente los aspectos educativos, como por las normas que regulan aspectos de carácter tributario, entre otras⁶⁵.

10. LA COMPETENCIA DE LAS EMPRESAS EDUCATIVAS

Merced al cambio de las reglas de derecho que regulan el tratamiento de las empresas educativas, se ha producido una revolución en el sector del mercado educativo. "Personas jurídicas", "empresas", "lucro" y "pago de impuestos" constituyen vocablos e instituciones jurídicas introducidos por la nueva normatividad, que nunca antes se habían conjugado en la actividad educativa (incluso podríamos añadir "seguridad en la contratación" como un concepto nuevo en este campo).

Por una parte, debe reconocerse la relevancia del hecho de que la empresa edu-

cativa deba constituirse como una persona jurídica; en adelante, sólo se podrá alcanzar esta categoría mediante la inscripción registral, sea cual fuere el nivel de la institución.

Figurar en el registro de personas jurídicas es vital para estos entes, pues ello le otorga seguridad (jurídica) al tráfico. En adelante será posible obtener con certeza y rapidez la información de una empresa educativa a partir de la publicidad del registro, a cargo de un órgano especializado de la administración estatal. Las relaciones jurídicas que las instituciones educativas requieran establecer con cualquier tercero (agente económico), desde la provisión de un bien o servicio hasta la suscripción de un acuerdo de cooperación, revestirán la legitimidad necesaria para su perfeccionamiento (la exteriorización pública afincada en el registro otorga justamente la denominada "fe pública", hoy en día prácticamente indispensable para contratar).

Antes de este reconocimiento, la asociación promotora fungía como la instancia omnipresente para la solución de los conflictos que ocasionaba el pretender establecer relaciones jurídicas válidas con las empresas educativas. La asociación debía prestar en determinados casos un consentimiento que en la práctica resultaba artificial. Lamentablemente, a la fecha, la mayoría de instituciones educativas se encuentran bajo este supuesto.

Beatriz Parodi, refiriéndose al caso de las instituciones que adoptan la figura de la asociación civil para desarrollar actividades que son ajenas a esta figura, por no contar justamente con la orientación legal que propugne el modelo idóneo para cada caso, dictaminaba, muy acertadamente:

... resulta deseable que el ordenamiento legal otorgue tipicidad como personas jurídicas distintas de la asociación a un con-

65 Entiendo, siguiendo a Juan ESPINOZA ESPINOZA en su obra *Derecho de las personas*, 3a. edición. Editorial Huallaga, p. 22, que: "... no se debería imputar la categoría jurídica de sujeto de derecho a realidades que no correspondan a la naturaleza humana (sea considerada individual o colectivamente). Con ello no se quiere decir que sólo son sujetos de derecho los reconocidos como tales en el libro primero del Código Civil peruano".

Asimismo, BRECCIA, Umberto, Lina BIGLIAZZI GERI, Francesco BUSNELLI y Ugo NATOLI. Op. cit., p. 120 (ver nota 55), señalan: "... los sujetos jurídicos pueden distinguirse en sujetos individuales y entes colectivos. Los primeros se identifican con la categoría normativa de personas físicas... los segundos se dividen a su vez en entes colectivos reconocidos como personas jurídicas y entes colectivos desprovistos de reconocimiento formal, pero no carentes de subjetividad...". Más aún, cuando la sentencia esgrimida se apoya en jurisprudencia ya consolidada de la Corte Suprema italiana, que nos parece de aplicación legítima.

junto de organizaciones de relevancia económica y social en nuestro medio. Ello, a fin de que tales organizaciones actúen de manera más transparente e individualizada en el tráfico jurídico y económico; para lo cual resulta necesario contar con un régimen legal propio que se adapte a sus necesidades de funcionamiento, sin tener que recurrir a la cobertura legal (por otra parte, de carácter genérico) de la asociación⁶⁶.

El argumento nos parece idóneo.

Por otra parte, debe tenerse claro que la empresa educativa, como un agente más que desarrolla sus actividades en un determinado segmento del mercado, debe hacerlo de la manera más eficiente posible, para poder brindar un servicio competitivo; y es en ese sentido que se le ha otorgado la herramienta necesaria para el logro de sus objetivos: la posibilidad de lucrar. Decía Richard Posner que:

Si no hubiese competencia en los mercados de productos, ni mercado para el control corporativo, ni gobierno por parte de los directores y accionistas, los administradores corporativos no se verían obligados a maximizar las ganancias de su corporación. Maximizarían su propia utilidad, presumiblemente limpiando todo el ingreso neto de la corporación por concepto de sueldos, o quizás liquidando a la corporación y distribuyendo sus activos entre ellos mismos por concepto de bonos⁶⁷.

En la cita anterior hallamos parte de las razones que nos impelen a pensar que la LEPIED abre un camino formal para el

desarrollo de las empresas educativas, clarifica el sentido de la legislación y promueve de manera franca la inversión para capacitación, asegurando bienestar. Esta norma franqueta y atrae la inversión de recursos hacia un sector que los necesita con urgencia, otorgando las garantías necesarias para ello, y permeabiliza la posibilidad de generar excedentes que luego puedan ser distribuibles entre aquellos que hayan considerado que emprender empresa educativa en el Perú es un tema rentable, en el más amplio sentido de la expresión.

El derecho no puede ser miope ante la experiencia. Pretender comprender a todas las empresas educativas privadas como agentes de mercado que se constituyen bajo el único propósito de prestar un servicio, sin la posibilidad de generar beneficios distribuibles, resulta, por decir lo menos, inocente. En algunos casos –los menos– podrá ser así, pero en la mayoría la realidad será otra.

La eficiencia del nuevo sistema estriba en su versatilidad, pues supone el ingreso de otra clase de agentes al mercado, los mercantilistas (que pagan impuestos), sin afectar a los antiguos agentes del sector (que no los pagan); y aún más: les otorga a estos últimos la posibilidad de modificar su naturaleza para adoptar la mercantil, si así les apeteciera. El costo de incentivar la incorporación de los nuevos agentes no ha menoscabado en absoluto el sistema anterior, que sobrevive paralelo al actual.

No queda pues sino plantear nuevamente el tema, aquí. Ante la diversidad de formas y esquemas que encontramos en el mercado educativo, lo mejor para nosotros será referirnos a ellas como “empresas educativas”, y no zaherir una institución que merece nuestra atención más inmediata.

66 PARODI LUNA, María Beatriz. “Hacia la regulación de nuevos tipos legales de personas jurídicas no lucrativas: el caso de las organizaciones sociales de base”. *Aequitas* 3. Lima, 1996, p. 62.

67 POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 396. Si bien el aserto, como el mismo autor parece indicar, es una reducción al absurdo del tema, no deja de tener vigencia.