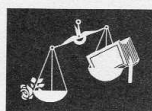
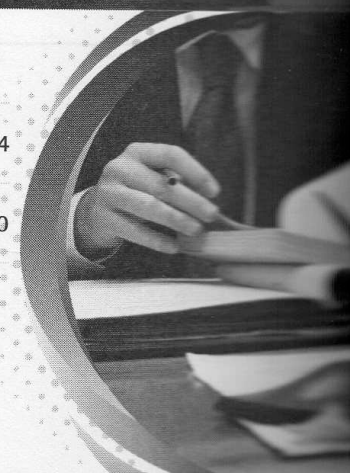


Contenido

DOCTRINA PRÁCTICA	MAX SALAZAR GALLEGOS: ¿Por qué no dejan competir a Gastón?. Cuando las libertades de empresa, de libre iniciativa privada, de libre competencia y de libre acceso al mercado no aplica a los chefs	384
RESEÑA DE JURISPRUDENCIA	Constituye barrera burocrática ilegal la prohibición por Indecopi de embarcar a usuarios en paraderos no autorizados (Resolución N.º 0147-2015/CEB-INDECOPI)	400



DOCTRINA PRÁCTICA

¿Por qué no dejan competir a Gastón?

Quando las libertades de empresa, de libre iniciativa privada, de libre competencia y de libre acceso al mercado no aplica a los chefs

Max Salazar Gallegos*

Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO

1. Introducción
2. Gastón y su proyecto universitario
3. La ley peruana prohíbe abrir nuevas universidades desde julio de 2010 hasta diciembre de 2017, lo que afecta a muchos emprendedores, entre ellos, Gastón
4. La prohibición viola los derechos constitucionales de Gastón
5. La prohibición viola los derechos constitucionales de los estudiantes
6. La ley ha creado un mercado geográfico restrictivo para la prestación del servicio limitando la competencia
7. La prohibición genera más distorsiones en el mercado educativo
8. Una solución inmediata y eficiente para generar información de las instituciones educativas, y minimizar las fallas de la regulación
9. Conclusión

* Abogado. Máster en Derecho Empresarial, Universidad de Lima. Postgrado en Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile. Catedrático de los cursos de Personas Jurídicas y Derecho Registral Societario en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Derecho Civil Patrimonial en la Maestría de Derecho de la Universidad de Lima.

1. Introducción

Al parecer, muchos dan por hecho la libertad para realizar distintas actividades lícitas, pero cuando quieren ejercitarlas se dan con ingratas sorpresas. Así, por ejemplo, el caso de alguien que pretenda abrir una nueva universidad; y es que desde el mes de julio del año 2010 está prohibido crear nuevas universidades en el Perú. La prohibición estará vigente hasta el mes de diciembre del año 2017. Más aún, no existen normas vigentes que regulen su creación. La nueva autoridad reguladora de universidades, la Sunedu¹, que data de inicios de julio de 2014, no ha aprobado las normas para apertura de universidades, menos aún las de ponderación de la calidad de servicio; ¿podrá hacerlo pronto? Esperemos que sí.

Como consecuencia de lo antes anotado, el segmento de servicios de educación superior universitaria se ha convertido en un coto de caza apetecible, pues la situación antes expuesta, entendemos no promovida por el ente regulador, sino por la legislación, ha hecho que la supervisión cese al mínimo,

¹ Ley N.º 30220. Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu), "Artículo 12. Creación.- Créase la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu) como Organismo Público Técnico Especializado adscrito al Ministerio de Educación, con autonomía técnica, funcional, económica, presupuestal y administrativa, para el ejercicio de sus funciones. Tiene naturaleza jurídica de derecho público interno y constituye pliego presupuestal. Tiene domicilio y sede principal en la ciudad de Lima y ejerce su jurisdicción a nivel nacional, con su correspondiente estructura orgánica."



RESUMEN

En el presente trabajo el autor aborda el problema de la libre competencia en el segmento de servicios de educación superior universitaria. Así, con relación de la Ley N.º 29971 que restringe la creación y autorización de funcionamiento de nuevas universidades en el Perú, señala que ella es inconstitucional puesto que se violenta y priva el derecho de elegir a los estudiantes, coactuando la libertad de enseñanza y acceso a la educación. Indica que tal prohibición reduce y permite que permanezcan deficientes proveedores del servicio educativo, impidiendo a otros, con garantías y requerimientos necesarios, insertarse en el mercado; tal es el caso de la creación de una universidad dirigida a la formación de profesionales especialistas en el arte culinario.



CONTEXTO NORMATIVO

- *Constitución Política*: artículos 58 y 59



PALABRAS CLAVE

Acceso al mercado / Oligopolio legal / Derecho a la educación / Inconstitucionalidad

la competencia decaiga, y los precios de las licencias universitarias se incrementen² al establecerse un universo cerrado sobre aquellas.

² Constituyen bienes económicos intercambiables, de muy preciado valor económico, toda vez que su titularidad puede transferirse libremente. Al constituir un número limitado, ya que no pueden otorgarse más licencias que las

2. Gastón y su proyecto universitario

Gastón es un empresario gastronómico muy exitoso. Chef reconocido internacionalmente, numerosos parroquianos abarrotan sus locales de comida, entre nacionales y turistas, muchos de ellos atraídos únicamente a través de *tours* gastronómicos.

De Gastón se puede decir que no solo se trata de tener una sazón extraordinaria, sino de un emprendedor notable, pues ha posicionado sus restaurantes por medio de diversas marcas y nombres comerciales en varios países, alcanzando ingresos por decenas de millones de dólares, todo lo que ha repercutido favorablemente en numerosos medios extranjeros, entre ellos también los diarios financieros. De paso, Gastón, junto a otro grupo de notables chefs peruanos, ha logrado posicionar la comida peruana internacionalmente en las mentes de muchos, revalorando la industria, al mismo tiempo que ello ha generado la creación de variadas nuevas empresas a su alrededor, y numerosos puestos de trabajo que las acompañan, amén del orgullo colectivo que aquello amerita.

Lleno de generosidad, el éxito de Gastón pretende ser compartido, ya no solo a nivel culinario, empresarial y de marca país, sino también a nivel académico-profesional. Así, él idea y estructura un proyecto para crear una universidad en la que su profesión decan-

existentes dada la prohibición legal, su aprecio se incrementa, lo mismo que su valor.

te en la preparación de deliciosos potajes, acompañados de la gestión de negocios, inversión, reinversión, posicionamiento de la cocina peruana y por lo tanto del país, a través de nuevos emprendedores especialmente capacitados. Su idea no la desarrolla solo, sino que se asesora con los mejores para llevarla a cabo.

IMPORTANTE

De acuerdo a la Ley N.º 29971 (promulgada en el mes de Diciembre de 2012), existe una moratoria de cinco (05) años para la creación y autorización de funcionamiento de nuevas universidades en el Perú; la finalidad de tal prohibición perseguiría, según sus antecedentes, que se replantee la política de educación superior universitaria. Es decir, no habrá nuevas universidades, teóricamente, por lo menos hasta diciembre del año 2017.

No obstante, conforme lo apuntado líneas atrás, la prohibición impide que Gastón comparta su éxito en su querido país de origen; le han prohibido abrir su universidad, no le dan la licencia que necesita para ello, y por ende conculcan varios de sus derechos fundamentales. Algunos dirían que el Estado ha frustrado su proyecto de vida, lo que no es cuestión menor.

Gastón razona y no le parece lógico que en un sector donde el emprendimiento privado de calidad debiera ser alentado, existan semejantes restricciones, que no solo lo afectan de manera individual, sino que sus efectos se irra-

dian a muchísimas personas. Decide leer y estudiar el porqué de tal prohibición.

3. La ley peruana prohíbe abrir nuevas universidades desde julio de 2010 hasta diciembre de 2017, lo que afecta a muchos emprendedores, entre ellos, Gastón

De acuerdo a la Ley N.º 29971 (promulgada en el mes de diciembre de 2012), existe una moratoria de cinco (05) años para la creación y autorización de funcionamiento de nuevas universidades en el Perú; la finalidad de tal prohibición perseguiría, según sus antecedentes, que se replantee la política de educación superior universitaria. Es decir, no habrá nuevas universidades, teóricamente, por lo menos hasta diciembre del año 2017.

Antes de aquello, en el mes de julio de 2010, ya el Tribunal Constitucional peruano (TC) había prohibido al ente regulador de aquella época, el Conafu (hoy desaparecido), emitir licencias de autorización para nuevas universidades, y al mismo tiempo le había sugerido al Congreso de la República emitir una nueva ley que cree y ordene la organización de una superintendencia para la regulación y supervisión de universidades.

El Congreso, muy atento, demoró hasta julio de 2014 para hacerlo, momento en el cual promulgó una Nueva Ley Universitaria (Ley N.º 30220) con sus defectos y virtudes, de los cuales comentaremos en otra oportunidad. Así de importante es como se considera la educación en el Perú, dándole mucha

prioridad³. Las razones esgrimidas por el TC para establecer la prohibición temporal, varias atendibles, fueron entre otras, el muy bajo nivel promedio de la calidad educativa, enunciando y poniendo en relieve que esta medida era exigida ante la renuncia por parte del Estado a su deber de supervisar la calidad de la educación universitaria (las licencias, según el TC, aparentemente se otorgaban sin ningún o muy poco criterio).

Ahora bien, parece razonable suponer que cuando el TC propuso que el Congreso emitiera una ley para la creación de una superintendencia de universidades y negara la posibilidad de apertura de nuevas universidades no imagino que tal medida de carácter “temporal” tomara casi 5 años.

Se ha dicho al respecto que: “(...) los reguladores normalmente desean hacer un buen trabajo pero a menudo son incom-

3 Este redactor recuerda, como ejemplo, que en materia de regulación educativa los institutos y colegios jamás fueron considerados organizaciones regulares (personas jurídicas) e inscritas en el registro público, sino hasta julio del año 2003, luego de dos sendos artículos académicos, los únicos, que él mismo publicara al respecto con el generoso apoyo del Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, y la Editorial Gaceta Jurídica: SALAZAR GALLEGOS, Max, “La empresa educativa y los sujetos de derecho: ¿en qué casos estamos ante una persona jurídica?” En: *Revista Actualidad Jurídica*. Tomo 108. pp. 23-46, Gaceta Jurídica – noviembre 2002; y, SALAZAR GALLEGOS, Max, “La Empresa Educativa y Los Sujetos de Derecho”; en: *Ius et Praxis* Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 33. Ene - Dic 2002. pp. 102 -122; Universidad de Lima – Fondo de Desarrollo Editorial.

petentes y están sujetos a la influencia de intereses concretos porque, al igual que nosotros, son seres humanos y sus propias motivaciones son más fuertes”.⁴

Si desde julio de 2010 el TC prohibió al ente regulador emitir nuevas licencias, y en diciembre de 2012, por mandato de la ley, se prohibió abrir nuevas universidades por cinco años; en la teoría y práctica en el Perú el número de agentes en dicho segmento de mercado se mantendrá cerrado por siete años, periodo en el cual no podrá ingresar ningún otro agente a prestar servicios universitarios.

IMPORTANTE

El Estado peruano, al adoptar la inconstitucional medida de prohibir la apertura de la universidad de Gastón (y la de cualquier otro emprendedor), afecta y limita desproporcionada e irracionalmente el derecho fundamental a promover y conducir instituciones educativas, a la Libre Iniciativa Privada y Libertad de Empresa, todos consagrados en la Constitución Política.

Ello no termina allí, pues para que una nueva universidad pueda abrirse al finalizar la prohibición, en diciembre de 2017 (plazo algo extenso, ¿no es así?), será necesario que el ente regulador (Su-

nedu) ya hubiere evaluado el expediente administrativo correspondiente a dicha casa de estudios, en su caso, para otorgar la licencia provisional de funcionamiento de una nueva universidad, que imagino serán varios, más allá del que corresponda a Gastón.

Más aún, la evaluación de cada expediente, entendemos, implica que el peticionante, cualquiera que este fuese, deba observar y cumplir con toda la normatividad arreglada para la composición de un proyecto universitario, esto es, entre otros, que se verifiquen aspectos académicos, organizativos económicos, de infraestructura y equipamiento, en lo que corresponde al tipo institucional, la justificación del proyecto, la misión institucional, el plan de desarrollo, carreras a ofrecer, planes de estudio, sumillas de cursos, syllabus, docentes, currículums de autoridades, composición de las distintas áreas de atención, bienestar estudiantil, investigación, proyección social, producción de bienes y servicios, organización administrativa, instalaciones, laboratorios, aulas, bibliotecas, equipamiento, servicios varios al alumnado, administración financiera y un largo etcétera que se apoyaría y verificaría en dicha normativa. Ello de promedio, dada las circunstancias e importancia de cada universidad, tendría un periodo de evaluación de un año (reitero, previo al funcionamiento). reitero, hoy no existe ninguna normatividad al respecto.

De acuerdo a estos antecedentes, según el TC, el Estado peruano ha renunciado efectivamente a su labor

⁴ COASE, R. H., “The Market for Goods and the Market for Ideas”, En: *The American Economic Review*, Vol. 64, N.º 2, Papers and Proceedings of the Eighty-sixth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1974), pp. 384-39.

constitucional respecto al servicio público educativo, lo que resulta gravísimo.

4. La prohibición viola los derechos constitucionales de Gastón

La ley que prohíbe abrir nuevas universidades viola los derechos elementales de Gastón, es decir, los que llamamos fundamentales, y por ello resulta inconstitucional⁵.

- 5 **STC, EXP. N.º 1417-2005-AA/TC.- §1. Los derechos fundamentales de la persona humana.** 2. El concepto de derechos fundamentales comprende: “tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.” (PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37). Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución). 3. Es por ello que el Capítulo I del Título I de la Constitución, denominado “Derechos Fundamentales de la Persona”, además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha

Así, tal prohibición resulta incompatible con los derechos fundamentales de acceso a la educación universitaria (que veremos más adelante), a la constitución

enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (vg. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. 4. De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se derivan de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. 5. Así, por ejemplo, con relación al derecho a la verdad el Tribunal Constitucional ha sostenido que “[n]uestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3, una ‘enumeración abierta’ de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno. Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado (...) de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. (...) [E]l Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

de centros docentes universitarios⁶, a la libre iniciativa privada⁷ y a la libertad de

6 **STC, EXP. N° 00017-2008-PI/TC**, “11.

Como una garantía para asegurar el debido acceso a la educación, el artículo 17° de la Constitución establece el deber del Estado de promover “la creación de centros de educación donde la población los requiera”, mientras que con el mismo espíritu, el artículo 15 dispone que “[t]oda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas (...), conforme a ley”; (...) “17. Tal como se ha mencionado, el artículo 15 de la Constitución, reconoce el derecho constitucional de “[t]oda persona, natural o jurídica, (...) de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley”. Por su parte, el segundo párrafo de su artículo 18°, establece que “[l]as universidades son promovidas por entidades privadas o públicas”. A juicio de este Tribunal, la razón subyacente más inmediata que emana del análisis conjunto de los referidos artículos es la promoción de la inversión privada en la educación universitaria, a efectos de tener garantizado el acceso a la misma y a asegurar su calidad, como consecuencia del ejercicio de la libre y estatalmente supervisada competencia, reconocida en el artículo 61 constitucional”. NOTA: Si bien la cita compromete normas que ya no son de aplicación al sector universitario (D. Leg n° 882), el razonamiento es válido.

7 **STC, EXP N° 0008-2003-AI/TC**, “toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material”, precisándose que “*la iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad*, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra

empresa⁸, entre otros, cuyos contenidos constitucionales se desarrollan aquí en los pies de página, citas de sentencias emitidas por el TC, que recomiendo revisar.

El Estado peruano, al adoptar la inconstitucional medida de prohibir la apertura de la universidad de Gastón (y la de cualquier otro emprendedor), afecta y limita desproporcionada e irracionalmente el derecho fundamental a promover y conducir instituciones educativas (artículo 15)⁹, a la libre iniciativa privada (artículo 58)¹⁰ y libertad de em-

la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como ‘privativo’ de la autodeterminación de los particulares”. (la cursiva es nuestra).

8 **STC, EXP. N.º 02111-2011-AA/TC, F.9**, “El artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado”.

9 “(...) 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”.

10 CPP 1993: “Artículo 58.- *Economía Social de Mercado*.

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

presa (artículo 59)¹¹, todos consagrados en la Constitución Política del Perú (en adelante CPP).

IMPORTANTE

[La Ley N.º 29971] al restringir la competencia, e impidiendo que Gastón abra su universidad, se violenta y priva del derecho de elegir a los estudiantes, coactando la libertad de enseñanza y acceso a la educación.

Gastón ve, pues, frustrado no solo parte de su proyecto existencial, sino que, más grave aún, ello es resultado de una mala práctica por parte del Estado, claramente inconstitucional, de la que ciertamente no necesita una sentencia que le señale la manera absurda en que se ha decidido cerrar el mercado de licencias universitarias, al reconocer la ley abiertamente, como se deduce claramente de su texto, que es incapaz de ordenar, supervisar y normar el sector educación, razón por la cual, se ve en el penoso y vergonzoso caso de prohibirlo, lo que resulta desproporcionado e inconstitucional *per se*.¹²

11 CPP 1993: “Artículo 59.- *Libertad de Trabajo, Empresa, Comercio e Industria.*

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

12 STC, EXP. N.º 00017-2008-PI/TC, F. 14. “(...) Así, en procura de garantizar el acceso a la educación, no es posible permitir y menos aún promover la apertura indiscriminada de centros educativos que no garanticen ciertos estándares de calidad educativa. Como tampoco resulta razonable que ante la constatación de la baja

Ello resulta también inconstitucional ya que al no regular apropiadamente el sector educación, reconociendo las malas condiciones en que algunos agentes (universidades) brindan el servicio, prohibiéndolo, se verifica el incumplimiento de los deberes impuestos a todos los poderes públicos por los artículos 13¹³ y 18¹⁴ de la Constitución, violentando y fulminando el derecho a la educación del que gozan todos los peruanos, su relación con el resguardo de la calidad de la educación universitaria, y en la afectación del derecho fundamental a la imparcialidad objetiva del poder público que decida sobre el ejercicio de derechos y obligaciones de la persona.

calidad de la educación impartida, el Estado opte por la llana prohibición de la apertura de centros educativos. En ambos casos, el Estado estaría renunciando a cuando menos uno de los deberes impuestos por el Constituyente, y en ese sentido, decantándose por una alternativa que, aunque quizá sencilla, se encontraría también sensiblemente alejada del razonable equilibrio antes referido. Todo accionar del Estado debe estar orientado a garantizar el derecho fundamental de *acceso a una educación de calidad*.”

13 CPP 1993: “Artículo 13.- *Derecho a la Educación.* 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.”

14 CPP 1993: “Artículo 18.- *Régimen Universitario.* La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia. Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento (...)”

Por supuesto, usted se dará perfecta cuenta de que, en materia de servicios educativos, el Estado no es ciertamente el modelo a seguir, por lo que el fundamento esencial de la prohibición, la calidad, descansa sobre postulados que contradicen el funcionamiento del aparato regulatorio, entre ellos: (i) Que es el Estado el llamado a fijar los parámetros de las mismas: ¿con que criterio? En otras latitudes el muestreo se toma por resultados obtenidos; (ii) Que la calidad se ordena y fija por ley: ¿es necesario comentarlo? Ese criterio estuvo vigente desde la creación de la Asamblea Nacional de Rectores; (iii) Que la información mínima necesaria para que el ciudadano común opte no se ha generado por exclusiva responsabilidad de los privados: es decir, que la protección al consumidor en materia de servicios educativos se autorregula (?); y (iv) Que la burocracia no constituye un problema, sino las instituciones: para el regulador, cambiar de nombre a la entidad supervisora basta para solucionar las cosas.

La pobre actuación del Estado en estos temas favorece mi particular desconfianza en una política prohibitiva puesta en marcha a través de una ley, que en nada ha demostrado al día de hoy que haya ayudado a superar o resolver los problemas y bajos niveles de calidad promedio de la educación superior. El Estado no tiene pues estadísticas que mostrar. Por el contrario, se han generado distorsiones muy graves que líneas adelante ponemos en evidencia (por si acaso fuese necesario).

Entonces, además de afectar la libertad de Gastón (y demás emprendedores), se afecta la libertad de elegir de los peruanos en general, como veremos a continuación.

5. La prohibición viola los derechos constitucionales de los estudiantes

En efecto, pues al restringir la competencia, e impidiendo que Gastón abra su universidad, se violenta y priva del derecho de elegir a los estudiantes, coaccando la libertad de enseñanza y acceso a la educación.¹⁵

Conforme el actual estado de las cosas, difícilmente los usuarios serán pasibles de un mejor servicio educativo cuando no se permite el ingreso de nuevos actores que puedan competir y/o desplazar a los que actualmente se encuentran presentes en este segmento de la actividad productiva, impidiendo pluralidad de ofertas de calidad. Hay muchas universidades, pero se ha reconocido, tanto por el TC como por el Poder Legislativo, que esa pluralidad no es coherente con una media de calidad óptima.

Resulta medianamente diáfano de los antecedentes expuestos, que la calidad media de la oferta actual no es la mejor, existiendo un gran grupo

15 STC, EXP. N° 4232-2004-AA/TC, F. 15, Lit. o), "(...) A través de la libertad de enseñanza se procura el máximo de oportunidades para los educandos, auspiciando la existencia de alternativas u opciones de ofertas educativas distintas a las que ofrece el Estado".

de universidades malas, que el TC no llega a identificar claramente en sus sentencias del año 2010 y posteriores. De ello se culpa al regulador (en aquel momento “El Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (Conafu)”), por lo cual se expide una nueva ley y se cambia a dicho ente por otro (hoy Sunedu). En consecuencia, la labor de fiscalización y supervisión ha debido mejorar, en teoría (si la sola legislación implica un cambio, lo que resulta dudoso, pues intuyo que la institucionalidad –de la que carecemos– juega un papel preponderante, como ya lo hemos dicho), y el ingreso de nuevos agentes prestadores del servicio en dicho segmento de mercado, bajo la nueva supervisión, tendría que conllevar un mejor servicio, que competiría con el de los malos prestadores de estos mismos servicios, lo que en teoría también, si existe pluralidad de ofertas y racionalidad en la demanda, debería desplazar el consumo hacia los más óptimos.

Si se superaran en parte las barreras impuestas por la asimetría informativa propia en este segmento de actividades económicas, algo se avanzaría en la protección de los derechos de los usuarios de estos servicios, pero su prohibición, cerrando el mercado por siete años, claramente resulta una medida desproporcionada con la búsqueda de un mejor educación para todos, limitando la libertad de elegir¹⁶.

16 **RESOLUCIÓN 1008-2013/SPC-INDECOPI**, “40. Bajo tales premisas, el Código establece como principio rector de la política

6. La ley ha creado un mercado geográfico restrictivo para la prestación del servicio limitando la competencia

La ley peruana, hasta antes de la prohibición, y desde siempre, limitó el accionar de la universidad a su domicilio, esto es, la provincia y departamento donde se constituye, no pudiendo desarrollarse más allá del mismo. Ello obviamente restringe la competencia, afincándola, la que se encuentra circunscrita, reiteramos, a su propia provincia, cerrando geográficamente el universo de opciones de los estudiantes.

Además, si en un momento se aprobó la creación de filiales universitarias, se dice para combatir el escenario de restricción antes descrito¹⁷, luego se prohibió, como veremos a continuación, lo que aunado a lo que veníamos analizando, crea más distorsiones en la competencia y restringe la posibilidad de elección del ciudadano peruano promedio.

social y económica del Estado la protección de los derechos de los consumidores, fijando como finalidad que estos accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. Asimismo, el literal f) del artículo 1 del Código señala que los consumidores tienen derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, conforme a la normativa pertinente, que se ofrezcan en el mercado”.

17 En efecto, y la justificación que se esgrimió en su oportunidad para promulgar una ley que permitía abrir filiales, era ampliar cobertura y competencia, obviamente.

Así, es importante destacar que la regulación peruana en materia de filiales universitarias ha sido la siguiente:

Régimen normativo para la creación de filiales universitarias¹⁸

Norma	Régimen normativo
Tercer párrafo de la Ley N.º 23733 —Ley Universitaria—, publicada el 17 de diciembre de 1983.	Prohíbe que las universidades constituyan filiales, permitiendo, excepcionalmente, la creación de nuevas facultades dentro del ámbito departamental de la sede principal.
Artículo 1 de la Ley N.º 27504, publicada el 9 de julio de 2001.	Permite a las universidades constituir filiales fuera del ámbito departamental de la sede principal.
Artículos 1 y 2 de la Ley N.º 28564, publicada el 2 de julio de 2005 y cuya declaración de inconstitucionalidad se solicita en este proceso.	Restituye la vigencia del tercer párrafo del artículo 5 de la Ley N.º 23733 —Ley Universitaria—, quedando prohibida la creación de nuevas filiales de universidades fuera del ámbito departamental de su sede principal.

Se puede observar claramente que la posibilidad de crear filiales estuvo abierta en el periodo comprendido entre el día 10 de julio del año 2001 hasta el día 3 de julio del año 2005.

Así, verificamos una situación absurda, y es que se permite la apertura de filiales para luego prohibir la creación de nuevas filiales, pero se autoriza la subsistencia de las ya existentes, siempre que estas hayan sido ratificadas o creadas regularmente. Y es absurda porque en principio, y además de los argumentos

¹⁸ Cuadro normativo que hemos tomado del Fundamento 24 de la STC/ EXP. N.º 00017-2008-PI/TC.

esgrimidos por el TC en sentencias recaídas en los expedientes N.º 00017-2008-PI/TC y N.º 00019-2011-PI/TC, que tal hecho crea una situación inconstitucional, pues falsea y restringe la competencia, generando situaciones desiguales para agentes ofertantes iguales en el mismo segmento de mercado, es decir, un tratamiento discriminatorio, produciendo entonces: (i) un oligopolio legal (prohibido, en relación al número de agentes que presten el servicio en una determinada circunscripción), prohibiendo el ingreso del resto de instituciones, congelando el mercado y; (ii) una situación donde un grupo de universidades puede actuar más allá de su domicilio (las que cuentan con filiales) y otras no.¹⁹ Pensamientos más abstractos

¹⁹ STC, EXP. N.º 013-2012-PI/TC, “8. En teoría económica existen los denominados fallos de competencia. Una forma de competencia imperfecta es el oligopolio, cuyo abuso debe ser combatido por el Estado (STC 0008-2003-AI/TC). Según el mencionado artículo 61 de la Constitución, el Estado “(...) Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)”. De acuerdo a la Constitución, no es que se prohíban los monopolios u oligopolios “(...) alcanzados mediante el esfuerzo empresarial, frutos de la eficiencia productiva o innovativa en el mercado, sino aquellos derivados de una concertación (los llamados carteles) o de la imposición de una norma legal” (punto 61 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). 9. En este orden de ideas, la Constitución confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas, no siendo admisible la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación indepen-

que los míos pretenden ver causalidad y favores políticos en tal supuesto. Otros dirían que tendríamos que pensar, como de otros políticos se ha dicho antes, al establecer semejante “solución”, que los hacedores de la ley no gozan de un juicio instintivo que les impida cometer dichos errores²⁰.

Así, el escenario suscitado por estos despropósitos legales nos presenta un grupo de universidades con filiales y otras sin ellas. Entre otros pues, claramente especificados en las sentencias del TC,

diente respecto de sus consumidores o usuarios, pudiendo determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, o sus competidores, compradores, clientes o proveedores, abusando de su participación significativa en el mercado, desarrollo tecnológico, entre otras (STC 0008-2003-PI/TC). Cualquier intervención pública –entre las que debe contarse la Ley 29903– debe restaurar o regular el mercado, a fin de que “(...) el precio y la producción de los bienes y servicios [sean] resultado de la interacción entre la oferta (las decisiones de los proveedores) y la demanda (las decisiones de los consumidores)” (punto 57 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). Por ello, la intervención pública no se da con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien de garantizar que éste funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia estén siendo realmente cumplidas; así, puede justificarse una intervención en el ámbito de acceso al mercado cuando el producto o servicio no se encuentre permitido por la ley, o cuando se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia (STC 3315-2004-AA/TC)”.

20 KEYNES, John Maynard, *Essays in Persuasion*, Editora Harycourt, Brace and Co. Nueva York – USA, 1932, p.246. La cita es en singular y se refería a Sir Winston Churchill quien como Canciller de Hacienda británico propuso regresar al patrón oro, un grave error en la época.

se violenta el derecho a la igualdad²¹ y la libre competencia²², libertad de empresa y acceso al mercado²³.

Parece extraño que en un sector de la economía como es el de la educación, donde existe una gran cantidad de oferentes y un gran número de demandantes²⁴, se prevean diversos mecanismos

21 CPP 1993, “Artículo 2.- Toda Persona tiene derecho a: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

22 CPP 1993: “Artículo 61.- Libre Competencia. Prohibición de Monopolios.

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

23 Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

1. En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis *infra*.

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

3. En tercer lugar, está la libertad de competencia.

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

24 El número de universidades en el Perú supera

regulatorios de carácter restrictivo y no se voltee la mirada hacia el factor de productividad más importante en su accionar: la calidad educativa. En otras palabras, se soslaya el problema principal para luego regular cuestiones de carácter accesorio, y lo que es peor, bajo la bandera de la defensa del usuario, se tramitan normas que poco favor le hacen a la comunidad, haciéndole creer que, restringiendo el alcance de sus actividades, se impide que se produzca un daño irreparable; o en otras palabras, no permito que determinadas entidades brinden servicios a potenciales usuarios, pues presumo que estos son de baja calidad, pero a los que ya lo hacen, cuya calidad de servicios discuto, les permito continuar, otorgándoles y favoreciéndolos directamente y en exclusiva con una cuota del mercado para su explotación.

7. La prohibición genera más distorsiones en el mercado educativo

Ya hemos comprobado en parte las distorsiones generadas por el Estado peruano en materia de educación superior debido a la regulación geográfica y de filiales, pero ahí no acaban sus imperfecciones.

largamente las proyecciones que se tenían al año 1983 cuando entro en vigencia la L. 23733 (1983), con un universo de 33 universidades. Desde la creación de Conafu (1995), sin embargo, esta institución ha autorizado a funcionar o se encuentran proceso de evaluación 140 universidades más, sin añadir aquellas creadas entre el periodo 1983 - 1995. Fuente: www.anr.edu.pe, Directorio Universitario 2013.

La ley que prohíbe abrir nuevas universidades genera más distorsiones en el mercado educativo, entonces pues además de ser inconstitucional, resulta intrínsecamente mala e ineficiente.

La aplicación de la prohibición implica la restricción consciente de la competencia, de tal forma que la reduce y permite que permanezcan deficientes proveedores del servicio. La reduce prohibiendo la posibilidad de que una universidad nueva pueda prestar sus servicios, y para las ya existentes subsiste la prohibición para funcionar fuera del departamento de su creación, de tal forma que la competencia departamental no está obligada a competir con el resto de universidades alrededor de la República (lo que no genera en estricto ningún incentivo para destacar).

Esto es, si ya una ley creo un mercado geográfico de referencia de forma obligatoria, de tal manera que impulsa las concentraciones, monopolios, oligopolios, y el abuso de posiciones de dominio, restringiendo la libre competencia, ahora por obra de otra ley ni siquiera se permite la presentación y autorización de nuevos proyectos para competir en todos esos mercados ya altamente restringidos.

Esta reducción de la competencia genera pues varios efectos: (i) Si en una determinada circunscripción territorial solo existe una o dos universidades, el universo de ofertas se reduce a ellas, pues aunque en el resto del país existan más de cien adicionales, los pobladores de esa región no podrían adquirir sus servicios, salvo trasladen su propio domicilio hacia

donde sí exista una verdadera competencia, esto es, pluralidad de ofertas. Tal es una clara facilidad para que se establezcan concentraciones y monopolios; (ii) como consecuencia de lo anterior, la facultad de elección libre por parte del usuario/educando se minimiza, es decir, la oferta se reduce con la consecuente problemática al consumidor, que no puede elegir libremente, sino restrictivamente; y (iii) Si la educación ofrecida en la zona es de baja calidad (de la que hay bastante según el TC), o no se ofrece determinada carrera (oferta nula o inexistente), la posibilidad de adquirir otra es también nula.

Se ha dicho que “(...) el problema constitucional al respecto no reside en la permisión de su existencia, sino en la ausencia de mecanismos eficaces que garanticen que ellas brinden una educación universitaria de calidad (...)”²⁵, en lo que estoy parcialmente de acuerdo. La existencia misma de universidades (existentes o futuras) no tiene ni puede ser un problema; sí lo es la exigencia y supervisión de las condiciones de funcionamiento mínimas para permanecer en el mercado. Estas condiciones mínimas, como pueden ser un local adecuado, equipamiento mobiliario y profesores titulados, planes de estudio acorde a la oferta, entre otros, nunca garantizarán *per se* una educación de calidad.

Las dos leyes citadas, Ley N.º 27504 de filiales, y Ley N.º 29971, de

prohibición, son pues intrínsecamente malas, no solo por las razones ya expuestas, sino porque generan una restricción que solo sería eficiente, hipotéticamente hablando, en un escenario donde la calidad media del servicio fuese buena y adecuada, además de suficiente, de lo que no existe ninguna prueba.

IMPORTANTE

La Ley N.º 27504 y la Ley N.º 29971 son pues intrínsecamente malas (...) porque generan una restricción que solo sería eficiente, hipotéticamente hablando, en un escenario donde la calidad media del servicio fuese buena y adecuada, además de suficiente, de lo que no existe ninguna prueba.

Vale en este paradero recordar que la regulación pública es una actividad que condiciona la actuación de los agentes económicos (públicos y privados), de tal forma que los regulados actúen obligatoriamente de una forma que quizás no abrigarían si esta no existiera.²⁶ Se define así un marco de actuación que corrige o amplía los incentivos presentes en las decisiones de los agentes mencionados (entidades reguladas), mediante normas o acciones impuestas por una autoridad (gobierno), interfiriendo directamente en el mecanismo de asignación de recursos o indirectamente alterando las

25 Considerando 11 de la resolución aclaratoria de la STC, N.º 0017-2008-PI.

26 LASHERAS, Miguel Angel, *La regulación económica de los servicios públicos*, Primera Edición. Octubre de 1999, España, Editorial Ariel SA, p. 15.

decisiones de la demanda y oferta de y hacia los consumidores²⁷. El mercado educativo, si bien está ampliamente regulado, necesita urgentes correctivos que incentiven una mejora cuantitativa y cualitativa de la situación presente.

8. Una solución inmediata y eficiente para generar información de las instituciones educativas, y minimizar las fallas de la regulación

Entiendo que la competencia es buena, pero la proliferación de entidades descalificadas para prestar el servicio de educación no lo es. Menos aún ante "(...) una masa poblacional desinformada y ávida de títulos profesionales laboralmente inútiles" (F. 16, STC, EXP. N° 00017-2008-PI/TC). Entonces, se ha permitido el funcionamiento de entidades que no ofrecen un buen servicio (en algunos casos malísimo), y no se han generado mecanismos que ofrezcan información de manera fácilmente accesible a la población; información e índices que les permitan identificar cuáles son las ventajas y desventajas de cada una de las entidades ofertantes del servicio, a efectos de paliar los efectos negativos de la asimetría informativa existente.

Esta última labor, que debe estar fundamentalmente a cargo del Estado, supondría una institución pública (Minedu u otra, pública o privada) que en

su página web y centros de información, evidenciara de manera fácilmente accesible el estado de cada una de las universidades (institucionalizada o no), su forma de creación, planes de desarrollo institucional, autorización de funcionamiento, evaluaciones efectuadas durante su funcionamiento provisional y antes de obtener la autorización definitiva, las calificaciones que obtuvo por parte de Conafu –de 0 a 20–; capacidad de atención, ubicación, número de alumnos matriculados, porcentaje de deserción, egresados, convenios institucionales, recursos tecnológicos al servicio de los alumnos, nivel de empleabilidad de egresados, balances anuales auditados, profesores y un resumen de sus hojas de vida, autoridades principales, denuncias por violación a derechos de consumidores recibidas, y un largo etcétera. Información que en principio deberían estar obligadas a entregar anualmente las universidades como declaración jurada, en formato electrónico e impreso, debidamente certificada por cada rector. Esto, de repente, superaría algunos de los problemas actuales, y estaría acorde con el rol que compete al Estado en materia de protección de los derechos de usuarios y consumidores²⁸.

27 DE LA CRUZ FERRER, Juan, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, 2001, España, Instituto de Estudios Económicos, p. 126.


28 STC, EXP. N° 7339-2006-PA/TC, "23. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65 de la Constitución el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas, a saber:
a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de

datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles. (...)"

STC, EXP. N° 013-2012 PI/TC, F. 24. "(...) el artículo 65 de la Constitución según el cual "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

La norma prescribe un derrotero jurídico binario que se constituye como un principio rector para la actuación del Estado frente a cualquier actividad económica, y como un derecho personal y subjetivo de los consumidores y usuarios que requieren del Estado una determinada actuación defensiva (STC 0008-2003 PI/TC; STC 1865-2010-PA/TC). Este mandato, proveniente de la naturaleza del Estado social y democrático de derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), tiene como fin la búsqueda del bienestar general y el equilibrio ponderado de los agentes económicos (STC 3315-2004-AA/TC). El Estado mantiene con los consumidores o usuarios no solo la obligación genérica de garantizar sus derechos a la información, salud y seguridad, sino también otros de naturaleza análoga, tales como la expedición de directivas, el establecimiento de procedimientos administrativos, la aplicación de

9. Conclusión

A Gastón y a muchos otros en su situación no les permiten abrir una nueva universidad, de modo que se conculcan inconstitucionalmente sus derechos fundamentales, frustrándolos, al mismo tiempo que se restringe el acceso a la educación de la comunidad en general; ello, por la ineficiencia de la legislación y la falta de institucionalidad necesarias para garantizar que al usuario no se le venda gato por liebre; aunque en la cocina de Gastón lo óptimo resulte ser al revés. 

las leyes y reglamentos de conformidad con los derechos fundamentales (STC 0858-2003-AA/TC), criterio recogido en el Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Así como la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, a partir del ejercicio de los derechos de libre empresa, comercio e industria, con igual énfasis protege al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o usuario (STC 0008-2003-PI/TC)."