

TC GACETA CONSTITUCIONAL

Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces

DIRECTORES

Domingo García Belaunde
Víctor García Toma
Samuel B. Abad Yupanqui

TOMO 71 / NOVIEMBRE 2013

EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN
51 AUTORES
ENTRE OTROS:

Ernesto Álvarez Miranda
Lourdes Flores Nano
Günther Gonzales Barrón
Carlos Hakansson Nieto
Martín Mejorada Chauca
Natale Amprimo Plá
Ronald Gamara Herrera

Especiales

- SERVIDUMBRE DE PASO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
- CREACIÓN DE UNIVERSIDADES Y PRESUPUESTO PÚBLICO

"Lista de morosos": Derecho al honor y validez constitucional de una medida restrictiva

El amparo de terceros contra el arbitraje. Corrección de algunos malos usos del arbitraje

Caso Elsa Canchaya: Cuando las decisiones del TC constituyen un duro revés en la lucha contra la corrupción

Deconstruyendo la Ley de Delitos Informáticos

TC realiza control constitucional a la potestad discrecional del CNM

Juicio de proporcionalidad como medio de solución entre normas de derechos fundamentales

Trabajadores de dirección y de confianza: Alcances sobre su estabilidad laboral

Criterios de determinación del interés superior del niño en la adopción internacional

DOSSIER

Unión civil entre homosexuales: A propósito del Proyecto de Ley presentado por el congresista Bruce

GACETA
JURIDICA



SUMARIO >

DIRECTORES

Domingo García Belaunde
Victor García Torre
Samuel B. Abad Yupanqui

COMITÉ CONSULTIVO

Alberto Borea Odría
Ricardo Beaumont Calligros
Samuel Abad Yupanqui
Carlos Mesa Ramírez
Luis Lamas Pucio
Gerardo Eto Cruz
Jorge Toyama Miyagusuku
Edgar Carpio Marcos
Luis Castillo Córdova
Luis Sáenz Dévalos
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Ernesto Álvarez Miranda
César Abanto Revilla
Eugenia Ariano Danc
Omar Sar Suárez
Omar Cairo Roldán

COORDINADORES EJECUTIVOS

Maribel Achutti Espinoza
Pedro Pablo Salas Vásquez

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

Luis Miguel Zavaleta Revilla
F. Luis Vilca Cotrina

COLABORADORES PERMANENTES

Manuel Alberto Torres Carrasco
Juan Carlos Esquivel Oviedo
Percy Revilla Llaza
Miriam Mabel Tomaylla Rojas
Olivia Blanca Capcha Raymundo
Luis Cárdenas Rodríguez
Franco Montoya Castillo
Luis Álvaro Gonzales Ramirez
Gabriela Oporto Patroni

DIRECTOR LEGAL

Manuel Muro Rojo

DIAGRAMACIÓN Y DISEÑO

Henry Marquezado Negrini
Miguel Angel Salinas Arica
Martha Hildaigo Rivero

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Michael Cuevedo Cobo

DIRECTOR COMERCIAL Y DE MARKETING

Cesar Zenitagoya Suárez

DIRECTOR DE PRODUCCIÓN

Boltiz Solvarne Gomez

TOMO 71
NOVIEMBRE 2013

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERU
2008-02771 (T. 71)

ISSN VERSIÓN IMPRESA: 1697-0812

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL 31501221300953

GACETA CONSTITUCIONAL (N. 71)
PRIMERA EDICIÓN: NOVIEMBRE 2013
DISEÑO EMPALMES
© COPYSUR S.R.L. GACETA CONSTITUCIONAL
PRIMERA EDICIÓN: NOVIEMBRE 2008
IMPRESOR S.R.L.
IMPRESIÓN Y DISTRIBUCIÓN: NOVIEMBRE
SAN JERÓNIMO 1011 - LIMA - PERU

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL
Derechos reservados. D. Leg. N. 622

Queda permitida la reproducción parcial de los artículos publicados en esta revista, siempre y cuando se cite la fuente y se permita la libre circulación de la información.

LA S
CON
¿Pue
hábe

No ob
bre, c
Tribun
relacio

SER I
DERE
Sin er

El Trib
moros
con de
sión di
medida
to a la

UNIÓN
¿Se vu

¿Qué e
solo la
garles a
lia, lega
igualdad
por el c

VULNE
CONST
TC orde

Invadim
tratura, s

Opinión: TC establece parámetros al legislador para adopción de medidas en régimen universitario

Giuliana Vergaray D'Arrigo

55

ARTÍCULOS DEL ESPECIAL

Regulación de la universidad pública y control constitucional:

Daniel Soria Luján

57

Regulación educativa y Tribunal Constitucional: como desermar un modelo ineficiente

Max Salazar Gallegos

57

¿Universidades públicas inconstitucionales? La creación de universidades públicas y la autonomía universitaria

Junior Pichón De la Cruz

83

¿Los congresistas realmente carecen de iniciativa de gasto? Comentarios a la STC N° Exp. N° 00019-2011-PITC

Judyth Karyna Gutiérrez De la Cruz

98

Derecho a una educación universitaria de calidad en el Perú. A partir del caso de la Universidad Nacional Autónoma Altoandina de Tarma

Maria Alejandra González Luna

107

TENDENC JURISPR CONSTIT

ANALIS

VOCES Y PRINCIPA RESOLUC DEL MES

ANÁLISIS Y ESTUDIOS POR ESPECIALIDADES

ANÁLISIS

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

VOCES Y PRINCIPALES RESOLUCIONES DEL MES

¿La calidad de los servicios educativos debe exigirse solo a universidades o también a centros académicos?

Eduardo Rezkalah Accinelli

119

Legitimidad de la Defensoría del Pueblo para demandar la inconstitucionalidad de una norma

Eóson Berrios Llanco

121

TC considera principio de previsión de consecuencias para declaración de *vacatio sententiae*

Carlos Almonacid Flores

123

TENDENC JURISPR PENAL

ANÁLISIS Y CRÍTICA

Derecho a asociarse o deber de solidaridad, a propósito del caso Asociación Mutualista Judicial

J. Maria Elena Guerra Carrón

125

ANALIS

VOCES Y PRINCIPA RESOLUC DEL MES

universidades era, en absoluto. La violación de la calificación de la entidad

vulnerado el poder al prototipo que se encarnó en el desempeño, ya el ordenamiento y no establecimiento a satisfacer la voluntad universi-

Regulación educativa y Tribunal Constitucional: Cómo desarmar un modelo ineficiente*

Max SALAZAR GALLEGOS**

El autor del presente especial, tras puntualizar algunos conceptos referidos al derecho a la educación y, en específico, a la autonomía universitaria, examina acuciosamente la reciente sentencia de inconstitucionalidad en materia de educación universitaria. Al respecto, estima pertinente los cuestionamientos realizados por el Tribunal Constitucional al sistema de creación y autorización de funcionamiento de las universidades en nuestro país, criticando a su vez la labor del Congreso de la República al regular la materia.

Creemos necesario hacer un repaso anticipado de ciertos conceptos y preceptos fundamentales para poder analizar y entender la sentencia (STC Exp. N° 00019-2011-PI/TC) que aquí comentamos con las limitaciones de espacio y apretado resumen que exigen las circunstancias.

I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. La autonomía universitaria en sus orígenes

La autonomía universitaria se constituyó como una expresión de la libertad del claustro de

formación superior frente a los poderes políticos, en particular, de las universidades públicas. Así, el financiamiento por parte del Estado podía condicionar el desarrollo de dichas instituciones, cuestión que era necesaria desvincular¹.

Por supuesto, con el tiempo, esta misma nota de consideración relevante se hizo del común parecer también para aquellas instituciones que no forman parte del Estado, esto es, las universidades privadas².

* Nota de *Gaceta Constitucional*: La STC Exp. N° 00019-2011-PI/TC, materia del presente especial, ha sido publicada en *Gaceta Procesal Constitucional*. Tomo 23, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2013.

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

1 En esta línea de pensamiento ha escrito Enrique Bernales Ballesteros: "(...) La autonomía ha sufrido muchas vicisitudes en su aplicación que a veces la desvirtuaron o la condicionaron a intereses políticos". En: *La Constitución de 1993*. 5ª edición, RAO S.R.L., Lima, 1999, p. 237 y otras páginas más de este mismo texto que también conviene revisar; puede leerse a ORTIZ CABALLERO, René. *La matrícula universitaria ¿contrato privado o acto administrativo?* Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Civil, PUCP, Lima, 1995; donde ensaya el concepto y explicación de autonomía, partiendo de ideas kantianas; lo mismo conviene revisar: *Hacia una nueva universidad en el Perú*. Varios autores. Compilación de Óscar Augusto Zárate. 1ª edición, Fondo Editorial de la UNMSM, Unesco y Universidad Ricardo Palma. Lima, 2003, pp. 51 a 79; asimismo, a ORNELAS DELGADO, Jaime. *Reflexiones en torno a la autonomía universitaria*. Disponible en: <bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/reforAboit/05delgado.pdf>.

2 Casos específicos de regulación de autonomía universitaria en distintos países europeos pueden leerse en: <http://www.university-autonomy.eu/>; de igual forma en: <http://www.eua.be/university-autonomy-in-europe> y muchas otras.

Se ha escrito al respecto que: "Existe una abundante literatura sobre el tema de la autonomía universitaria, la que —si bien no siempre logra definir con precisión de qué estamos hablando— tiende a concebirla como una esfera libre de la intervención estatal que asegura la libertad de investigación científica y de docencia". "[E]l concepto de autonomía universitaria, que en general se predica por igual de universidades públicas y privadas"³.

Es muy cierto que, como sucede en el Perú, donde el Estado se ha propuesto ser un actor gravitante en la prestación de servicios educativos en los distintos segmentos de mercado en que subdivide (universitaria, superior no universitaria, parvularia, escolar, técnico-productiva, etc.) y según el modelo que se ha adoptado —este es, de gestión directa y suministro por parte del Estado— su administración constituye un gasto público⁴. En esta línea de razonamiento, la creación y subvención de instituciones educativas estatales, no pueden desinhibirse de ciertos objetivos de política pública, lo cual se trata de impermeabilizar merced de la consagración legal de la autonomía.

2. La autonomía universitaria como un derecho

En el Perú, la autonomía universitaria se encuentra consagrada en la Constitución Política, así la carta de 1993 establece:

Artículo 18.- "Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes".

En igual sentido, aunque bajo otro contexto constitucional, la ley universitaria peruana (Ley N° 23733, de 1983) señala también:

Artículo 4.- "La autonomía inherente a las universidades se ejerce de conformidad con la Constitución y las leyes de la República e implica los derechos siguientes:

- a) Aprobar su propio estatuto y gobernarse de acuerdo con él;
- b) Organizar su sistema académico, económico y administrativo;
- c) Administrar sus bienes y rentas, elaborar su presupuesto y aplicar sus fondos con la responsabilidad que impone la ley.

La violación de la autonomía de la universidad es sancionable conforme a ley" (sic).

Para la ley especial entonces, se trata de una garantía institucional que se irradia por igual a todas las universidades de forma indistinta.

Esta es una libertad que ha sido instituida y consagrada solamente para este tipo de instituciones, por tanto es ajena a los demás centros de educación. Su autonomía implica que ellas mismas aprueban los regímenes correspondientes a los aspectos identificados por la norma constitucional⁵.

No obstante ello, esto no siempre fue así, y no en todas las jurisdicciones nacionales tal atribución ha sido consagrada constitucionalmente como sí se ha hecho en el Perú.

La norma constitucional precedente proclamó:

Artículo 31.- "La educación universitaria tiene entre sus fines la creación intelectual y artística, la investigación científica y tecnológica y la formación profesional y cultural. Cada universidad es autónoma en lo académico, normativo y administrativo dentro de la ley"⁶.

3 LEÓN, José Julio. "El conflicto de las universidades desde una perspectiva jurídica: lo público y lo privado en el debate sobre la autonomía universitaria". En: *El conflicto de las universidades: entre lo público y lo privado*. José Joaquín Brunner y Carlos Peña (editores), 1ª edición, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, p. 299.

4 Para una mejor comprensión de lo que ello significa, sus fundamentos y repercusiones, atender a STIGLITZ, Joseph E. *La economía del Sector Público*. 3ª edición, Antoni Bosch Editor, España, 2000, pp. 445-472.

5 SALAZAR GALLEGOS, Max. *La Constitución Comentada*. 1ª edición, Congreso de la República del Perú y Gaceta Jurídica editores. Lima, 2005, p. 486.

6 Constitución Política del Perú de 1979.

No exi
tonces
do con
menta
legales
rios). E
de febr
sidad f

Art
teg
rua
nist
der
nes
la r

Por su
no ya h
do al re
que ha
haciend
que est

"De
tícu
se
prot
la a
con
pote
mier
sida
inter
Con
bert
tes o

3. La e
Conform
educaci

7 Funda
8 Es la
XXI"
9 La pu
"esenc
como
genera
Enton
ciales
das de
import

No existe otro antecedente constitucional (entonces, la autonomía universitaria alcanzó grado constitucional recién con esta última ley comentada), aunque sí existieron precedentes legales en otros niveles normativos (estatutarios). En este sentido, el D.L. N° 17437 del 18 de febrero de 1969, Ley Orgánica de la Universidad Peruana:

Artículo 23.- "Las universidades, como integrantes del sistema de la universidad peruana, tienen autonomía académica, administrativa, y económica, lo cual significa el derecho y la capacidad de tomar decisiones y ejecutarlas en todo lo concerniente a la realización de sus fines".

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ya hace un tiempo que se había pronunciado al respecto también, y así podemos revisar que había definido la autonomía universitaria, haciendo eco a su vez de la relación política que esta garantía pretende deslindar:

"De este modo, teniendo en cuenta el artículo 18 de la Constitución, debe precisarse que el contenido constitucionalmente protegido de la garantía institucional de la autonomía universitaria se encuentra constituido, prima facie, por el conjunto de potestades que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ha otorgado a la universidad, con el fin de evitar cualquier tipo de intervención de entes extraños en su seno. Con ello se consagra como pendón la libertad académica, ante los posibles embates del poder político"⁷.

3. La educación como servicio público⁸

Conforme a la Ley N° 28044, ley general de educación peruana, promulgada el mes de

julio del año 2003, la educación se constituye como un servicio público; así leemos:

Artículo 4.- Gratuidad de la educación

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

De esta manera, nos alejamos de cualquier discusión al respecto de la forma como debe ser instituida y formalizada legalmente esta actividad como tal (servicio público), sea que creamos en la necesidad de la previa publicación o no, pues la reserva normativa está hecha⁹.

Más tarde, el Tribunal Constitucional (TC) peruano reconoce el carácter de servicio público de dicha actividad (educativa):

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

⁷ Fundamento 28, de la STC recaída en el Exp. N° 04232-2004-AA/TC, de fecha 3 de marzo de 2005.

⁸ Es la opinión relevante más difundida su calidad de servicio público. Conviene revisar: "Educación, la agenda del siglo XXI". Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. 1ª edición, TM Editores, Colombia, 1998.

⁹ La publicación, también conocida como publicación, implica la titularidad pública de una actividad que es considerada "esencial", aunque hay quienes también se refieren a ella como "reserva". Esta se enfrenta a consideraciones no menores como el derecho a la libertad (como garantía) para desarrollar actividades económicas. De un lado, entonces, se haya la regla general, libertad para actuar, y de otro extremo la restricción (normativa), que tendría que ser especialmente fundamentada. Entonces, ello implica que ciertas actividades económicas se encuentran fuera de la actuación y potestades civiles - comerciales garantizadas para ejercicio libre, sino que requieren de una "autorización" pública para su desarrollo, al estar reguladas de esa manera. Extraña también que en las sentencias reseñadas del TC (ver cita 8), no se haga ninguna alusión a estas importantes consideraciones.

derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana¹⁰. (Sic).

¿Era necesario que el TC hiciera esto? Obviamente no, la ley ya lo regulaba de forma expresa, aunque el aporte no deja de ser importante.

Lo que resulta por lo menos curioso y a la vez preocupante, es que el TC haya emitido una sentencia como la citada, analizando temas de gran gravedad como es la educación y pronunciándose respecto de su validez como servicio público, casi dos años después de la vigencia de la ley más importante del sector, cuando esta última ya había efectuado la reserva legal necesaria (calificando a la educación como servicio público), y el TC no la cite (a la ley) y, muy por el contrario, se haya apoyado en argumentos poco convincentes para sustentar su posición y a continuación prosiguiera arrastrando tal error¹¹.

II. UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Resulta pertinente precisar la normativa que regula de manera expresa el caso de las universidades públicas como organizaciones funcionales.

En este sentido, el artículo 6 de la Ley N° 23733 señala:

“Las universidades son públicas o privadas según se creen por iniciativa del Estado o

“Impregnar un segmento de mercado únicamente de instituciones sin fines de lucro ... no impide que se brinde un servicio educativo de mala calidad.”

de particulares. Las primeras son personas jurídicas de Derecho Público interno y las segundas son personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro¹².

Una precisión es necesaria: ¿Si la norma declara los fines de una –persona jurídica privada–, porque no hace lo mismo

con los de la otra –persona jurídica pública–?

Así, la norma estaría aparentemente pecando por omisión, al atribuirse el derecho de definir una entidad en menoscabo de la otra, imponiendo de esta forma reglas de derecho distintas a sujetos iguales en organización y función, que se desenvuelven dentro de un mismo segmento del mercado.

La respuesta la podemos encontrar en el contexto histórico jurídico que la sustenta.

Al momento de la promulgación de la ley universitaria (1982) se encontraba vigente la Constitución Política de 1979. Esta última dictaminaba que: “[L]a educación impartida por el Estado es gratuita en todo sus niveles, con sujeción a las normas de ley” (artículo 25). Esta aproximación nos indica per se que el Estado no pretendía lucrar mediante el desarrollo de esta actividad, pues se trata de una de carácter gratuito, nada más claro. La gratuidad implica no cobrar por el servicio impartido; en consecuencia, mal podría generarse un excedente, superávit, utilidad o como quiera llamarse, que importen beneficio pecuniario alguno, por el contrario, esta actividad significaría una pérdida¹³.

10 Fundamento 11, de la STC recaída en el Exp. N° 04232-2004-AA/TC.

11 Basta revisar la jurisprudencia subsecuente del colegiado.

12 Imposible dejar de acotar que dicha ley era, a esa fecha en el Perú (año 1983), y hasta la promulgación de la actual Ley General de Educación, Ley N° 28044 (del año 2003), la única norma que reconocía la categoría jurídica de persona a un tipo de institución educativa (universidad), es decir, que todas las demás no gozaban de esta prerrogativa, cuestión de no menor gravedad y repercusión económica-jurídica. Para verificar las consecuencias de tal omisión normativa, imperdonable, sugiero revisar de mi autoría “Los sistemas de constitución de las personas jurídicas de Derecho Privado”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 148, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 49-55, donde se hace un recuento pormenorizado de las consecuencias de la atribución de la personalidad jurídica en el tráfico jurídico-mercantil.

13 Enrique Chirinos Soto –uno de los autores del texto constitucional–, al comentar este mismo artículo en su libro “La nueva Constitución al alcance de todos”. 4ª edición. Editores Importadores S.A., Lima, 1986, p. 59, indica que no es cierto que la educación sea gratuita, pues desde el punto de vista del Estado la educación pública le significa a este el gasto de

De esta ma necesario p ley específ cepto consi do cualquier labor del Es jos de lucra torno media

Más allá de ya mencion nanciamien a diferencia un régimen profesores régimen de cios (Ley N por lo demé cidias por la te idénticas blicas y priv

muchos m 1990. Para
14 Convien do colegin no se ha p los campo rales, la O tado se res las sentenc Ahora bier de la ley e por déficit dad social el precio d presas suje dades del c También le tado puede fiesta conv Es de citar de la Univ tivo N° 88 las constitu ciado en si fielmente l costumbre pp. 144-14
15 SALAZAI ceta Jurídi-
16 Artículo 5: las de los 1 Los profes por ley cur
17 Artículo 7(dores públi sonal admi

as primeras
icas de De-
no y las se-
as jurídicas
lo sin fines

necesaria:
ra los fines
ridica priva-
ce lo mismo
a pública-?

nte pecando
cho de defi-
la otra, im-
de derecho
anización y
entro de un

ar en el con-
nta.

e la ley uni-
vigente la
a última dic-
artida por el
ales, con su-
llo 25). Esta
que el Esta-
el desarrollo
a una de ca-
a gratuidad
mpartido; en
rse un exce-
uiera llamar-
uniario algu-
d significaría

a actual Ley Ge-
persona a un tipo
ción de no menor
nperdonable, su-
r: *Actualidad Ju-*
as consecuencias

su libro "La nue-
que no es cierto
este el gasto de

De esta manera, podemos inferir que era in-
necesario para el legislador repetir algo en la
ley específica—Ley N° 23733— cuando por pre-
cepto constitucional ya había quedado zanja-
do cualquier tipo de discusión al respecto¹⁴. La
labor del Estado en este campo específico, le-
jos de lucrar, ha sido la de gastar dinero sin re-
torno mediato o inmediato a la vista¹⁵.

Más allá de la distinción antes acotada, y las
ya mencionadas líneas atrás respecto de su fi-
nanciamiento, para las universidades públicas,
a diferencia de las privadas, se ha establecido
un régimen especial de remuneraciones para
profesores (artículo 53, Ley N° 23733¹⁶) y de
régimen de personal administrativo y de servi-
cios (Ley N° 23733, artículos 70 y 71¹⁷); pero
por lo demás, las formas de gobierno estable-
cidas por la ley universitaria son prácticamen-
te idénticas para todas las universidades, pú-
blicas y privadas.

1. El Decreto Ley N° 882 y los modelos de constitución, tipos sociales y ges- tión universitaria

La gran distinción y apertura de modalidades
de constitución y gestión en universidades en
el Perú se inició con la promulgación del De-
creto Ley N° 882, Ley de Promoción de la In-
versión en la Educación (1996).

Esta norma contiene importantes disposicio-
nes en materia de instituciones educativas, las
que modifican y segmentan la educación en
todos sus niveles. Debo mencionar algunos de
los aspectos positivos de la misma: i) A partir
de su vigencia obliga a las instituciones educa-
tivas—de cualquier nivel— a constituirse bajo la
forma jurídica que mejor convenga a sus inte-
reses, con lo que se reconoce personalidad a
dichas instituciones, un estatus del que hasta
ese entonces solo gozaban las universidades

muchos miles de millones de soles. En otra concepción, Milton y Rose Friedman. *Free to Choose*. Editora Harvest Book. 1990. Para quien la educación constituye una inversión, lo que suscribo.

- 14 Conviene revisar la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado, de diciembre del año 1988. De su articulado colegimos que las universidades públicas no están consideradas para sus efectos, ya que desde la materia constitucional no se ha previsto hacer de estas últimas modelos de "empresas". Si bien es cierto el artículo 4 de la norma señala que entre los campos en que se desarrolla la actividad empresarial del Estado se encuentra la provisión de servicios públicos y culturales, la Octava Disposición Final de la misma indica a su vez que un servicio público es aquel básico y esencial que el Estado se reserva para cumplir con su función social y global (norma que, vale la pena recordar, tampoco menciona el TC en las sentencias aquí citadas para justificar su definición de servicio público).

Ahora bien, esta reserva no es exclusiva, ciertamente, pero en el contexto legal atribuido y en tanto el artículo 62, literal b) de la ley expresa que: "(...) Las empresas del Estado aseguran su rentabilidad económica y no son sujeto de transferencia por déficit atribuibles a la gestión empresarial. Aquellas empresas con fines de servicio público, que buscan una rentabilidad social o económica y social, cubren sus costos operativos con recursos propios, a menos que por decisión del Gobierno el precio del bien o servicio llegue a niveles por debajo de un costo razonable de producción. En este caso, serán estas empresas sujetas a transferencias o subsidio, para cubrir los déficit (...)". La distinción entre el estatus atribuido a las universidades del que corresponde a las empresas está señalado.

También leer el artículo 60 de la Constitución Política del Perú de 1993 (vigente): "Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional (...)".

Es de citar también que históricamente las universidades fueron consideradas como entes no lucrativos, desde la creación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos hasta el día de hoy (con las distinciones surgidas por el Decreto Legislativo N° 882 que en este trabajo también se indican). Ninguna de las reformas efectuadas a los estatutos de las mismas ni a las constituciones o leyes pertinentes han efectuado declaración alguna respecto del lucro y, por el contrario, se han pronunciado en su contra. Así, nótese que el juramento de estilo del rector de la decana de América, asumió el deber de guardar fielmente los dineros y otros fondos que llegaren a su poder, cuestiones que han pertenecido desde siempre por derecho y costumbre a dicho oficio. VALCÁRCEL, Daniel. *Historia de la educación colonial*. Tomo II, Universo S.A., Lima, 1968, pp. 144-145.

- 15 SALAZAR GALLEGOS, Max. "La empresa educativa y los sujetos de Derecho". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 108, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 41-42.
- 16 Artículo 53.- "Las remuneraciones de los profesores de las universidades públicas se homologan con las correspondientes a las de los magistrados judiciales.
Los profesores tienen derecho a percibir además de sus sueldos básicos, las remuneraciones complementarias establecidas por ley cualquiera sea su denominación. La del profesor regular no puede ser inferior a la del juez de primera instancia".
- 17 Artículo 70.- "El personal administrativo y de los servicios de las universidades públicas están sujetos al régimen de los servidores públicos, con excepción del dedicado a las labores de producción, que se rige por la legislación laboral respectiva. El personal administrativo y de los servicios de las universidades privadas se rige por la legislación del trabajador privado".

y, por tanto, no el resto de instituciones educativas, como ya hemos acotado líneas atrás; asimismo, permite que se adecuen a dicha ley las instituciones educativas organizadas antes de su entrada en vigencia, mediante un procedimiento poco complejo, y así adquirir personería jurídica; ii) reconoce propiedad y derecho a beneficio patrimonial –utilidades– en la conducción de entidades educativas, por lo que obliga al pago de impuestos al erario nacional y promueve la inversión con retorno en este segmento de mercado; y iii) garantiza la iniciativa privada, libre competencia y acceso al mercado de estas entidades y de sus promotores –los propietarios propiamente dichos–. Dentro de los aspectos negativos nos damos cuenta que implica un desorden en el ordenamiento legal de las universidades, y pierde una valiosa oportunidad para legislar de forma adecuada el sistema universitario. Somos de la opinión que puede reglamentarse de forma eficaz.

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 abriganían si esta no existiera¹⁸. 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 decisiones de la demanda y oferta de y hacia los consumidores¹⁹. El mercado educativo, si bien está ampliamente regulado, necesita urgentes correctivos que incentiven una mejora cuantitativa y cualitativa de la situación presente.

Artículo 71.- "El personal administrativo al servicio de las universidades públicas con título o grado universitario, tiene derecho a que se le reconozca de abono hasta cuatro años, por concepto de formación profesional, al cumplir quince años de servicios efectivos los varones y doce y medio las mujeres, siempre que estos servicios no sean simultáneos con otros prestados al Sector Público".

18 LASHERAS, Miguel Ángel. *La regulación económica de los servicios públicos*. 1ª edición. Ariel S.A., España, octubre de 1999, p. 15.

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

A partir de la vigencia de la norma bajo comentario, actualmente el Perú cuenta con los siguientes tipos de universidades:

- Tradicionales: regidas por la Ley N° 23733
 - a) Constituidas como personas jurídicas de Derecho Público sin fines de lucro, creadas por ley. (Estas son las únicas que son promovidas por el Estado).
 - b) Constituidas como personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro, creadas por ley.
 - c) Constituidas como sujetos de Derecho Privado sin fines de lucro, autorizadas a funcionar por resolución administrativa emanada del Conafo.
- No tradicionales: autorizadas al amparo del Decreto Ley N° 882
 - a) Personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro: regidas por la ley 23733 y el Código Civil u otra ley específica de entidades no lucrativas.
 - b) Personas jurídicas de Derecho Privado con fines de lucro: regidas por la Ley N° 23733, la Ley General de Sociedades u otra norma específica de entidades comerciales.
- Adecuadas al amparo del Decreto Ley N° 882
 - a) Personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro: regidas por la Ley N° 23733 y el Código Civil u otra ley específica.
 - b) Personas jurídicas de Derecho Privado con fines de lucro: regidas por la

El Decr
cación p
el legis
ción, su
de las f
en el ré

III. EDU

Colegio
otras e
servicio

La may
vadas,
cir que
tividad,
utilidad

Dichos
ten en
rio es il
organiz

Por otra
cado ex
versida
dice de
neren e
lidad),
como re

20 SAL

rior."

21 Decr

Artíco

vista

indiv

Cons

de m

insti

22 Est

Acci

educ

Univ

23 Con

na la

siste

sibil

costo

MEN

RAS

mal

24 SAL

GACETA

bajo comen-
a con los si-

ey Nº 23733

onas jurídi-
sin fines de
stas son las
vidas por el

ras jurídicas
nes de lucro,

s de Derecho
, autorizadas
n administra-

s al amparo

recho Priva-
das por la ley
otra ley espe-
rativas.

recho Priva-
gidas por la
neral de So-
específica de

Decreto Ley

recho Priva-
ias por la Ley
vil u otra ley

recho Priva-
gidas por la

rsitario, tiene de-
ir quince años de
s con otros pres-

paña, octubre de

studios Económi-

Ley Nº 23733 y la Ley General de So-
ciedades u otra norma²⁰.

El Decreto Legislativo Nº 882 solo es de apli-
cación para las universidades privadas, donde
el legislador permite a partir de su promulga-
ción, su organización jurídica bajo cualquiera
de las formas previstas en el derecho común y
en el régimen societario²¹.

III. EDUCACIÓN Y LUCRO²²

Colegios, institutos, universidades, Cetpros y
otras entidades, públicos y privados, brindan
servicios de educación.

La mayoría de estas entidades, públicas y pri-
vadas, no tienen fines de lucro; esto quiere de-
cir que no reparten los excedentes de su ac-
tividad, llámeme como usted quiera a estos:
utilidad, ganancia, plusvalía, renta, etc.²³.

Dichos excedentes ordinariamente se reinvien-
ten en la institución educativa; pues lo contra-
rio es ilegal, por la forma en que se encuentran
organizadas.

Por otra parte, en el mismo segmento de mer-
cado existen también colegios, institutos y uni-
versidades privados con fines de lucro; esto se
dice de aquellas instituciones que en caso ge-
neren excedentes (lo que es solo una posibi-
lidad), sus propietarios "pueden" repartírselos
como renta.

En todos los casos, públicos o privados, con o
sin fines de lucro, se requiere de recursos para
costear el servicio, esto es, entre otros: pago y
mantenimiento de local (arrendamiento o com-
praventa, mejoras, reparaciones, etc.); servi-
cios (luz, agua, teléfono, internet, etc.); útiles
de oficina; aseo; compra o alquiler de equipamien-
to (carpetas, pizarras, proyectores, labo-
ratorios, muebles en general, etc.); haberes
de personal administrativo y docente; capaci-
tación; entre otros.

La clásica distinción de entidades con o sin fi-
nes de lucro está basada en el factor resultan-
te de la organización y reparto de beneficios
internos entre los miembros que las conforman,
lo que se hace únicamente entre ellos,
siendo que, en puridad, de acuerdo a su fun-
cionamiento, aisladamente considerados los
resultados de la empresa con la de sus miem-
bros, siempre se buscará el fin de lucro como
expresión de una gestión eficiente y resultado
esperado para continuar en actividades²⁴.

En el caso de las entidades públicas, quien su-
fraga sus costos y gastos es el lector, merced
al pago de sus tributos, que luego se ven refle-
jados en un presupuesto público que en parte
se destina a aquellas.

En el caso de las entidades privadas, con o
sin fines de lucro, quien sufraga sus costos y

20 SALAZAR GALLEGOS, Max. "La acreditación universitaria. Globalización e internacionalización de la educación superior." En: *Hacia una Nueva Universidad en el Perú*. Ob. cit., pp. 105-113.

21 Decreto Legislativo Nº 882

Artículo 4.- "Las instituciones educativas particulares deberán organizarse jurídicamente bajo cualquiera de las formas previstas en el derecho común y en el régimen societario, incluyendo las de asociación civil, fundación, cooperativa, empresa individual de responsabilidad limitada y empresa unipersonal".

Considero indispensable señalar que la norma no se ha entendido de forma cabal a la fecha, por lo que se viene aplicando de manera errónea por los reguladores, léase el Conafu y el Minedu. Basta para ello repasar los TUPAs de cada una de estas instituciones. Ello es inconstitucional.

22 Estas mismas consideraciones ya las había efectuado yo antes por escrito durante el año 2006 en las páginas del Instituto Acción: <<http://www.institutoaccion.com/2006/08/08/educacion-y-lucro-i/>>. y por supuesto bastante atrás en: "La empresa educativa y los sujetos de Derecho". En: *Ius et Praxis*. Nº 33, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Universidad de Lima - Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 2002, pp. 102-122.

23 Conviene hacer la diferencia entre lucro (subjetivo) y lucro objetivo, que la doctrina reconoce. La primera expresión designa la posibilidad de la obtención de beneficios que provienen de la actividad de una corporación, indispensable para su subsistencia y desenvolvimiento. Este no es repartido entre los miembros del corporativo. La segunda expresión implica la posibilidad de que una vez obtenidos los beneficios por parte de la corporación, el excedente de los mismos (solventados los costos y gastos ordinarios inmediatos) pueda ser repartido entre los miembros de la misma. En este sentido: PEDREIRA MENÉNDEZ, José. "Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación". En: *Lex Nova*. España, 1999; BARRASSI, M. *La imposizionessulreddito degli enti non commerciali*. Giuffrè, Milano, Italia, 1996, p. 24, y FALSITTA, G. *Manuale di Diritto Tributario*. Cedam, Padova, Italia, 1997, p. 292.

24 SALAZAR GALLEGOS, Max. *La Constitución Comentada*. Ob. cit., p. 493.

gastos es, generalmente, ella misma; es decir, se autosostiene, merced a los cobros que se realizan a los padres o apoderados de los alumnos matriculados, y con ello solventa los costos y gastos antes aludidos.

Si cualquiera de las entidades enunciadas deja de sufragar los costos que supone su funcionamiento, lo más probable es que deba cerrar sus puertas, pues es difícil creer que pueda conseguir que se le suministre los bienes necesarios para su subsistencia de manera gratuita (en este mundo, normalmente, todo tiene un precio y alguien que lo paga). Más claro, toda entidad que presta este tipo de servicios por fuerza debe generar ella misma para su sostenimiento (v. gr. las privadas), o debe tener quien se lo provea (las públicas, por ejemplo); y es que el castigo que resulta del cese o desvío de los ingresos, —los pagos a terceros proveedores—, es la salida del mercado, o, de otro modo, la insolvencia y luego la quiebra.

Si se fija uno bien, un ente privado con fines de lucro que genere excedentes y desee repartirlos debe tomar en cuenta estas consideraciones, caso contrario, ya lo hemos expuesto, quebraría.

Se debe considerar, en el mismo sentido, que si hay reparto de excedentes, estos se deducen del patrimonio de la institución (si la institución recibe aporte estatal, corresponde al Estado supervigilar su buen uso, en otras palabras, regular apropiadamente). En una entidad sin fines de lucro esto no sucede (el reparto), con lo cual, si la gestión e ingresos fuese idéntica en una y otra, la entidad con fines de lucro que haya repartido utilidades contará con menores recursos para satisfacer su demanda interna, por lo menos al mediano y largo plazo (suponiendo que consiga un financiamiento externo, y aun así, es de sobra conocido que una entidad financiera no lo otorgará si no analiza primero los flujos de la solicitante

“ En cuanto a la calidad [educativa] ... el Estado difícilmente puede ser el patrón de seguimiento o el aval de esta. ”

y los considerara viables, lo mismo que debería hacer el Estado cuando presta y/o invierte recursos de todos los contribuyentes).

Puestas las cosas de esta manera, y con las mismas variables aplicables en uno y otro

extremo, aseguro al lector que hay entidades, públicas y privadas, con y sin fines de lucro, donde la calidad de la educación es mala, y otras donde la calidad es buena (en todos los casos citados).

Le pregunto ahora al lector, ¿cree usted que tiene algo que ver la forma como se organiza una de estas instituciones (pública, privada, con o sin fines de lucro) para verificar si brinda un servicio de calidad o no?

No son las estructuras corporativas las responsables de los intereses particulares que puedan tener sus miembros, tal cuestión se decanta de la neutralidad del vehículo jurídico respecto de estos miembros. Resulta absurdo culpar a una construcción legal de las acciones que los seres humanos viabilizan a través de ellas de buena o mala fe. Esta construcción no es más que un vehículo jurídico que sirve para viabilizar los intereses de los ciudadanos.

Esta es la discusión respecto del criterio causal frente al criterio estructural de las corporaciones. No es la caracterización del tipo social y sus fines lo que define al ente, sino su comportamiento, organización y funciones. Su estructura ha de venir considerándose como neutral e independiente frente al ánimo de lucro o la carencia de este²⁵. Las razones que conllevaron al sometimiento estricto del fin sobre la estructura son históricas y se remontan a la edad media. La proscripción de las corporaciones que no tuvieran un móvil lucrativo por parte del liberalismo político fue la causante de tal consideración. Las entidades no lucrativas fueron (y aún lo son) consideradas amenazas para el orden constitucional y el poder político

25 PAZ ARES, Cándido. "Ánimo de lucro y concepto de sociedad". En: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*. 1ª edición, Madrid - España, 1991, p. 668 y ss.

de tur
sión d
de ba
civil y
tos qu

Obvia
que, e
justifi
tructu
reses
Estad

No ob
puest
nunci
entida
sector
cia. E
signifi
y fisca
incapa
mica,
hacer
cho d
turales
semej

Tamp
cimier

26 MU
27 Ley
Art.
28 Ley
Art.
tod
com
cion
los.
Para
cho
29 Para
"vic
tade
tade
pp.
que
es h
pora
épos
rech
co s
atrib
plim

a viables, lo
ría hacer el
resta y/o in-
te todos los

de esta ma-
ismas varia-
n uno y otro
ay entidades,
res de lucro,
n es mala, y
(en todos los

se usted que
o se organi-
lica, privada,
icar si brinda

ivas las res-
iculares que
cuestión se
hículo jurídi-
Resulta ab-
legal de las
viabilizan a
». Esta cons-
culo jurídico
reses de los

criterio cau-
e las corpo-
del tipo so-
nte, sino su
nciones. Su
ndose como
ánimo de lu-
razones que
to del fin so-
se remontan
te las corpo-
lucrativo por
causante de
ro lucrativas
s amenazas
oder político

dad Económica

de turno. El temor del fraccionamiento de la visión directa del interés colectivo y la creación de barreras innecesarias entre la colectividad civil y el Estado fueron parte de los fundamentos que llevaron a esta consideración²⁶.

Obviamente, esto no nos abstrae del hecho de que, efectivamente, se hayan hecho usos injustificados en determinados casos de las estructuras corporativas, en contra de los intereses de la comunidad y de la voluntad del Estado.

No obstante ello, y justamente por la tesis expuesta, no me convence aún la política de renuncia por la que se aboga para eliminar a las entidades corporativas con fines de lucro del sector educación, restringiendo la competencia. En términos de regulación pública, esto significa claudicar de la labor de supervisión y fiscalización. Cuando el Estado se declara incapaz de supervisar una actividad económica, el camino más simple es renunciar a hacerlo, proscribiéndola. Todo esto dice mucho de las intenciones de las personas (naturales) y de nuestra actitud ante nuestros semejantes.

Tampoco escapa a nuestro criterio y conocimiento que impregnar un segmento de

mercado únicamente de instituciones sin fines de lucro (como ya se hizo hasta antes del año de 1993 en el Perú), no impide que se brinde un servicio educativo de mala calidad y se de-traigan ganancias de dichas actividades a favor de los promotores o propietarios de estas, incluso a través de métodos ilegítimos.

IV. CÓMO SE CREAN LAS UNIVERSIDADES EN EL PERÚ Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Conforme a la ley especial de la materia (Ley N° 23773, de 1983, vigente), las universidades se crean por ley²⁷.

Esto necesariamente se debe hacer a través del Congreso de la República, el que respondería a una iniciativa pública o privada y, por ello, nacia una universidad como ente corporativo y dotada de personalidad (jurídica, valga la redundancia)²⁸.

Esta forma de creación responde al sistema de concesión (simple)²⁹ que otorga y reconoce capacidad jurídica en virtud del reconocimiento de personalidad que realiza el Estado (normalmente mediante la promulgación de una ley en sentido formal). En otras palabras, la atribución de la personalidad jurídica

26 MURILLO DE LA CUEVA, Enrique Lucas. *El Derecho de Asociación*. Tecnos S.A. Madrid, 1996, pp. 35-43.

27 Ley N° 23733

Artículo 5.- "Las universidades nacen o son suprimidas solo por ley (...)".

28 Ley N° 23733

Artículo 6.- "Las universidades son públicas o privadas, según se creen por iniciativa del Estado o de particulares (...)". No todos los entes corporativos nacen con la atribución normativa esencial de la personalidad. Recomiendo leer para una cabal comprensión de estos institutos a: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*. T. II. 6ª edición, Grijley, Lima - Perú, 2012. Asimismo: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. 4ª edición, Cultural Cuzco S.A., Lima-Perú, 1990, p. 28.

Para el caso de instituciones educativas en particular, el ensayo de mi autoría "La empresa educativa y los sujetos de Derecho". Ob. cit., pp. 102-122.

29 Para los sistemas de constitución corporativos y la actividad administrativa concesional (es decir, las formas de otorgar "vida", y en nuestro caso calificar a una entidad -cualquiera- de persona), revisar: ENNECCERUS, Kipp y Wolff. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I*. Tomo I, Bosch, Barcelona, 1974, pp. 457-458; asimismo: SPOTA, Alberto. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, Vol. 3, El sujeto de derecho, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968, pp. 219 a 230. También FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Reus, Madrid, 1929, pp. 746 a 754, aunque este último declara enfáticamente que: "(...) los hombres no pueden producir por su voluntad sujetos de derecho; esta es la misión del Estado, dominio suyo. El reconocimiento, por lo tanto, tiene eficacia constitutiva, y no solo en las corporaciones, sino también en las fundaciones". Debemos aclarar adicionalmente que la cita efectuada corresponde por la época de su fundamento a un estadio de concepciones jurídicas en el cual se confundían los conceptos de sujeto de derecho y persona, cuestión que posteriormente devino aclarada por la doctrina. Conviene mencionar que no es este el único sistema de constitución corporativa vigente en el Perú, el sistema de las determinaciones normativas o normativo, que atribuye personalidad y por ende capacidad jurídica a un ente cuando se cumplen determinados requisitos legales, cumplimiento que es atestiguado por un acto de autoridad -que comprueba si las condiciones exigidas por la ley se han cumplido-

constituye una concesión pública, pues es siempre el Estado el que debe otorgarla, ya que no es una libertad o atribución de los particulares hacerlo sin autorización previa³⁰.

Sin embargo, la Ley N° 26439 de 1995, que crea el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (Conafu), señaló lo siguiente:

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 verificación del cumplimiento efectivo de los requisitos y condiciones establecidos".

Artículo 6.- "Para autorizar el funcionamiento de las universidades públicas se requiere la ley de creación, la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la capacidad del Estado para financiar su funcionamiento y la aprobación del estudio de factibilidad por el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (Conafu)".

Entonces, a partir de esta nueva ley, las universidades públicas seguirían siendo creadas por ley, como de hecho lo fueron.

La norma no dice nada al respecto de las universidades privadas, por lo que cabe

preguntarse si en efecto derogó tácitamente la creación por ley de universidades privadas, pues, en efecto, el Congreso de la República ya no volvió a promulgar las leyes de creación de universidades privadas, sino que estas ingresaban al mercado simplemente y en virtud de la autorización de funcionamiento provisional que emitía Conafu en cada caso.

La respuesta entonces tendrá que ser positiva. El problema es que esto crea una consecuencia que el lector atento podrá haber advertido, y es que se negó desde entonces la categoría de persona (jurídica) a las universidades creadas por resolución emitida por Conafu, debido a la sencilla aunque no siempre obvia razón de que la personalidad jurídica no se presume, sino que debe ser atribuida de manera expresa por la ley³¹.

1. La relevancia de las consideraciones esgrimidas en la STC Exp. N° 00019-2011-PI/TC

Es difícil no estar de acuerdo con el TC en este caso, compartiendo, si me permiten expresarlo, la indignación legítima de sus miembros respecto de las políticas públicas en materia de educación que son cuestionadas en este fallo, diseñadas a su vez por el Congreso de la República y el Ejecutivo.

En efecto, y al amparo del contenido del derecho constitucional a la autonomía universitaria explicitado por las leyes líneas atrás citadas y

generalmente por medio de la inscripción en un registro de carácter público, también es utilizado hoy, y de hecho con bastante mayor frecuencia que el anterior (aunque en puridad siempre es el Estado el que en última instancia "concede" la personalidad). Es con esta última atestiguación (la inscripción registral) que se produce el nacimiento de la persona jurídica. En el Perú, ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Personas Jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*. Ob. cit., p. 9; y en América Latina, por ejemplo: FERNÁNDEZ VILLAMAYOR, Angel. *La sociedad anónima*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1972, pp. 23-25.

30 Puede ser necesario revisar el precedente de observancia obligatoria del Tribunal Registral peruano: Res. N° 065-2005-SU-NARP-TR-T (26/09/2005): "Solo mediante ley del congreso o norma de igual jerarquía (excepto ordenanzas municipales) pueden crearse personas jurídicas. En tal caso, la personalidad jurídica de Derecho Público deberá ser atribuida expresamente (...)". Esto, siguiendo la línea de razonamiento de la cita anterior, que no descarta la existencia del sistema normativo de forma conjunta.

31 Código Civil

Artículo 76.- "La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas. La persona jurídica de Derecho Público interno se rige por la ley de su creación".

Artículo 77.- "La existencia de la persona jurídica de Derecho Privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley (...)"

Por otro lado, la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades -en adelante indistintamente la LGS- siguiendo el precepto civil dispone en su artículo 6 que: "La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción".

tácitamente
es privadas,
a República
de creación
ue estas in-
a y en virtud
nto provisio-
so.

ser positiva.
consecuen-
er advertido,
la categoría
idades crea-
nafu, debido
obvia razón
io se presu-
manera ex-

deraciones
N° 00019-

el TC en este
an expresar-
s miembros
; en materia
das en este
ngreso de la

do del dere-
universitaria
ás citadas y

hecho con bas-
concede" la per-
sona jurídica. En
personas no ins-
d anónima. Edi-

1º 065-2005-SU-
zas municipales)
ida expresamen-
na normativo de

determinan por
terno se rige por

n el registro res-

o el precepto ci-
stro y la mantie-

el TC³², La Ley N° 29780 violó de forma expresa y flagrante la autonomía de la Universidad Nacional del Centro del Perú (Uncp) y Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión (Undac) en todas sus manifestaciones (ver cita 32).

V. EL TC Y LA LIBRE INICIATIVA PARA REALIZAR ACTIVIDADES DE EDUCACIÓN

Como en efecto se ha reseñado y el TC apunta de manera cierta, obtener una licencia para ejecutar este tipo de servicios (educativos), no es sinónimo de libertad irrestricta, desvinculada de la normatividad que regula la materia³³.

Al ser catalogada como un servicio público, los agentes que compiten ofertando estos servicios se ciñen a la normativa constitucional y especial sobre el particular. El Estado de ninguna manera puede renunciar a su rol supervisor y fiscalizador, además de la coordinación que le corresponde.

Esta autonomía, entonces, si bien dota a las universidades de un grado de libertad, no las

exime del cumplimiento de las normas de carácter imperativo que regulan el sector. La independencia así reseñada es el paralelo de lo que en derecho corporativo se conoce como control³⁴.

Quizás, entender, apuntar y aclarar, que la autonomía universitaria fue diseñada de manera especial y principalmente para las universidades públicas, no obstante alcanzar a las privadas³⁵.

Asimismo, que las universidades creadas por ley, sean públicas o privadas, no se institucionalizan tras el inicio de su funcionamiento simplemente, sino que son y deben ser pasibles de un procedimiento de evaluación permanente (hoy realizado por Conafu, antes por la Asamblea Nacional de Rectores), luego de lo cual recién se institucionalizan, es decir, obtienen autonomía funcional. Eso explica por qué reciben una resolución de autorización de funcionamiento provisional (que puede ser denegatoria también), y al cabo del periodo de evaluación (supuestamente exitoso), reciben

32 Fundamento 28, STC Exp. N° 04232-2004-AA/TC (marzo 2005):

"28. De este modo, teniendo en cuenta el artículo 18 de la Constitución, debe precisarse que el contenido constitucionalmente protegido de la garantía institucional de la autonomía universitaria se encuentra constituido, prima facie, por el conjunto de potestades que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se ha otorgado a la universidad, con el fin de evitar cualquier tipo de intervención de entes extraños en su seno. Con ello se consagra como pendón la libertad académica, ante los posibles embates del poder político. La autonomía inherente a las universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución y las leyes. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes cinco planos:

a) Régimen normativo.

Implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinados a regular, por su parte, la institución universitaria.

b) Régimen de gobierno.

Implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir, por su parte, la institución universitaria. Es formalmente dependiente del régimen normativo.

c) Régimen académico.

Implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria.

Ello comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria.

d) Régimen administrativo.

Implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria.

e) Régimen económico.

Implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros".

Ver también al respecto y muchos años antes en el Perú, el art. 23 del D. L. N° 17437 (febrero de 1969).

33 Fundamento 6 de la STC bajo comentario.

34 Fundamento 9 de la STC bajo comentario.

35 Fundamento 8 de la STC bajo comentario, que entiende el concepto al revés.

una autorización de funcionamiento definitiva (ambas emitidas por Conafu) o de cierre (denegando su funcionamiento, si no cumpliera con los requisitos de ley)³⁶.

Resulta en efecto atingente la cita al respecto de que la creación de una universidad por vía legal concesional, solo es aplicable como exigencia a las públicas, y no a las privadas³⁷. Ello explica por qué las universidades privadas no creadas por ley y no adecuadas al D.L. N° 882, no son personas jurídicas, y que la resolución de autorización de funcionamiento provisional emitida por Conafu en estos últimos casos es solo eso, una autorización, como se entiende en el Derecho Administrativo, pero lejanas de las autorizaciones concesionales que cierta doctrina también ha advertido y estudiado³⁸.

Resulta más que evidente que el Congreso a través de la ley materia de demanda violó también la Ley N° 26439 cuando esta exige, como bien anota el TC, la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas y la aprobación de

“ [L]a Ley [N° 23733] ... impulsa las concentraciones, monopolios, oligopolios, y el abuso de posiciones de dominio. ”

un estudio de factibilidad, ambos requisitos inexistentes en este caso³⁹.

A su vez, y en evidencia que nos exime de mayores comentarios, la ley cuya inconstitucionalidad se demanda violentó el artículo 7 de la Ley N° 26439, al no prever el estudio de mercado sobre la conveniencia regional y nacional para la creación de una universidad pública, así como la previsión económica financiera proyectada a diez años⁴⁰, y que de forma correcta denuncia el fundamento 13 de la sentencia.

Es lamentable comprobar el nivel de carencia institucional en que vivimos y que sea el Congreso de la República el que demuestre de la forma más desencarnada esta realidad. En consecuencia, tendríamos que pensar, como de otros políticos se ha dicho, que no gozan de un juicio instintivo que les impida cometer dichos errores⁴¹.

El fundamento 14 de la sentencia del TC hace una reflexión válida en torno a las exigencias

36 Ley N° 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 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 (...).

37 Fundamento 13 de la STC bajo comentario.

38 Recomendando leer a VERGARA BLANCO, Alejandro. "El nuevo servicio público abierto a la competencia: De la *publicatio* al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional". En: *Servicio Público y Policía*. Editora El Derecho. Buenos Aires - Argentina, 2003, pp. 41-62.

39 Fundamento 13 de la STC bajo comentario.

Ley N° 26439

Artículo 6.- "Para autorizar el funcionamiento de las universidades públicas se requiere la ley de creación, la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la capacidad del Estado para financiar su funcionamiento y la aprobación del estudio de factibilidad por el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (Conafu)".

40 Ley N° 26439

Artículo 7.- "Para otorgar la autorización provisional de funcionamiento de una universidad, la entidad promotora debe acreditar ante el Conafu:

a) Conveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga ofrecer y las proyecciones a los diez años de funcionamiento; (...) c) Disponibilidad de personal docente calificado. (...) e) Previsión económica y financiera de la universidad, proyectada para los primeros diez años de funcionamiento (...).

41 MAYNARD KEYNES, John. *Essays in Persuasion*. Editora Harcourt, Brace and Co. Nueva York - USA, 1932, p. 246. La cita es en singular y se refería a Sir Winston Churchill, quien como canceller de hacienda británico propuso regresar al patrón oro, un grave error en la época.

de la ley p
namiento
momento
este tipo
la obtenc

Con el o
universid
se (es de
creación)
la Ley N°
dad de p
de recurs
servicios
nadas se
nantes p
de funcio
ver cita 4
de aquel
la ley de

Es de su
tificado l
titucional
norma ha
nacimiento

Concuere
caso afir
tente ent
lógica qu
go, creó
sagrada
la promu
con lo qu
sacciona
infundad.

Un acápi
fundame
"El Estad
que la e
nalizació

42 Ley N°
Artículo
ditar pr
ciencia

43 Ley N°
Artículo
del M
estudio

44 Confor

ibilidad, am-
xistentes en

idencia que
mayores co-
cuya incons-
emanda vio-
7 de la Ley
prever el es-
iencia regio-
una universi-
económica
s⁴⁰, y que de
mento 13 de

de carencia
sea el Con-
nuestre de la
realidad. En
ensar, como
ue no gozan
ida cometer

del TC hace
is exigencias

nivel nacional, y
limiento efectivo

versidades, hasta
ser concedida an-
ento (...)"

: De la *publicatio
oficia*. Editora El

n, la intervención
la aprobación del
:(Conafu)".

motora debe acre-

proponga ofrecer
do. (...); e)
tiento (...)"

. 1932, p. 246. La
so regresar al pa-

de la ley para otorgar la autorización de funcio-
namiento provisional. Hay que identificar dos
momentos distintos y primigenios en la vida de
este tipo de instituciones, la ley de creación, y
la obtención de la autorización para funcionar.

Con el orden anterior a la Ley N° 26439, las
universidades (todas) debían, antes de crear-
se (es decir, antes de promulgarse su ley de
creación) acreditar, conforme al artículo 5 de
la Ley N° 23733, su necesidad y la disponibili-
dad de personal docente calificado, así como
de recursos que aseguren la eficiencia de sus
servicios⁴². La primera de las normas mencio-
nadas señala que tales requisitos son determi-
nantes para otorgar la autorización provisional
de funcionamiento (art. 7 de la Ley N° 26439,
ver cita 40), y este artículo está situado luego
de aquel que señala que es necesaria también
la ley de creación⁴³.

Es de suponer que, dado que ya hemos iden-
tificado los dos momentos de inicio en la ins-
titucionalización de estas entidades, la nueva
norma hace las mismas exigencias *ex post* al
nacimiento de la universidad.

Concuerdo con el TC en la respuesta, en este
caso afirmativa, dada la incompatibilidad exis-
tente entre las leyes citadas, su cronología y la
lógica que subyace al argumento. Sin embar-
go, creo más eficiente la fórmula anterior, con-
sagrada en la Ley N° 23733, ya que impedía
la promulgación de una ley no fundamentada,
con lo que ello exige y significa en costos tran-
saccionales, y la generación de expectativas
infundadas, tan fácilmente como lo es ahora.

Un acápite importante es aquel indicado en el
fundamento 16 de la sentencia, cuando dice:
"El Estado tiene la obligación de garantizar
que la educación universitaria y la institucio-
nalización de carreras que las universidades

formalicen, guarden correspondencia con la
demanda del mercado laboral".

Este es un tema bastante discutible por va-
rias razones. La educación superior tiene que
cumplir con múltiples propósitos por manda-
to constitucional y legal especial. Estos no se
agotan ni se direccionan aislada y únicamente
a la demanda del mercado. La formación inte-
gral no es una formación esencial y únicamen-
te técnica y verificada para el cumplimiento de
un rol en un determinado puesto laboral (la
denominada competencia laboral) de traba-
jo, desprovista de humanidad, pensamiento
crítico, análisis e interés por distintos aspek-
tos vivenciales. No se puede dejar de lado ni
esperar conculcar las expectativas particula-
res (muchas y diversas), que pueden estar re-
ñidas con la conciencia comercial, para ase-
gurar y viabilizar el proyecto de vida de cada
cual. Habría que contrastar que se considera
eficiente como criterios de empleabilidad para
el mercado⁴⁴, el Estado y las personas indivi-
dualmente consideradas.

A nuestro criterio, el Estado tiene la obligación
de garantizar que ha hecho todo lo que le co-
rresponde sobre estos aspectos, maximizando
la utilización de sus recursos, para que la ofer-
ta de estos servicios cumpla con las expecta-
tivas mínimas de los usuarios de estos. Ello
implica también que sea el Estado el que lle-
ve a cabo, imponga y mantenga efectivo, por
sí o a través de terceros el servicio. Además,
crear y mantener vigentes las condiciones ne-
cesarias para su prestación, inversión y crea-
ción por parte de los particulares, fomentando
la competencia.

Esto último guarda estrecha relación con lo
que el TC predica en líneas posteriores en
ese mismo fundamento (16) respecto de la

42 Ley N° 23733

Artículo 5.- "Las Universidades nacen o son suprimidas solo por ley. (...) Para la creación de una universidad se deberá acre-
ditar previamente su necesidad, así como la disponibilidad de personal docente calificado y los recursos que aseguren la efi-
ciencia de sus servicios (...)".

43 Ley N° 26439

Artículo 6.- "Para autorizar el funcionamiento de las universidades públicas se requiere la ley de creación, la intervención
del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la capacidad del Estado para financiar su funcionamiento y la aprobación del
estudio de factibilidad por el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (Conafu)".

44 Conformado por empresas unipersonales, corporaciones lucrativas y corporaciones no lucrativas.

"creación desmesurada de universidades privadas" (sic) y la de filiales universitarias (fundamento 23, citando a su vez la STC Exp. N° 00017-2008-PI/TC).

Comparto nuevamente el sentir del TC en lo que atañe a la creación para mí injustificada de universidades privadas, en la medida en que el Estado ha renunciado a su labor de supervisión (¿e interés?) desde la creación de Conafu. La evidencia empírica señala que se han otorgado autorizaciones de funcionamiento a universidades sin ningún criterio técnico, lo cual es gravísimo.

No se me mal interprete, la competencia es buena, pero no la proliferación de entidades descalificadas para prestar el servicio de educación. Menos aún ante "una masa poblacional desinformada y ávida de títulos profesionales laboralmente inútiles" (fundamento 16 de la sentencia). Entonces, no solo se ha permitido el funcionamiento de entidades que no ofrecen un buen servicio (en algunos casos malísimo), sino que no se ha puesto de manera fácilmente accesible a la población, la información e índices que les permitan identificar cuáles son las ventajas y desventajas de cada una de estas entidades, 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) 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 como declaración jurada, en formato electrónico e impreso, debidamente certificada por cada rector.

Hace bien el TC en regresar al enunciado de su anterior sentencia (STC Exp. N° 00017-2008-PI/TC) de julio de 2010, que desautorizó el funcionamiento del Conafu, y que el Congreso de manera vergonzosa obvió hasta hoy, y que es, en palabras del TC, "representativa del incumplimiento por parte de los poderes y organismos públicos involucrados en la materia, y de determinadas entidades públicas y privadas, de sendos deberes constitucionales fundamentales, derivados de los artículos 13, 14, 16, 17 y 18 de la Constitución".

Tal sentencia prohibió a Conafu emitir nuevas resoluciones a partir del mes de junio del año 2010, y solicitó al Congreso para que dicte nueva normativa sobre la materia, enunciando y poniendo de relieve que esta medida era exigida ante la renuncia por parte del Estado a su deber de supervisar la calidad de la educación universitaria.

En cuanto a la calidad, es menester ser cauto, pues el Estado difícilmente puede ser el patrón de seguimiento o su aval, toda vez que no lo ha demostrado a lo largo de su gestión, además de tratarse de una cuestión muy discutible lo que entendemos por calidad. Estamos de acuerdo en exigir requisitos mínimos indispensables, pero toda la tecnología a disposición no hace una buena educación, ni catedráticos con una plétora de títulos hace talento, como tampoco lo puede hacer un presupuesto casi ilimitado (de ser accesible una o más de estas características).

Casi como una revancha legal vergonzante para todos los peruanos, el Congreso de la República, el último día en funciones antes del cambio de gobierno y legisladores, publicó la Ley N° 29780 que restableció ciertas competencias al Conafu. Vale la pena leer la ley, estudiarla, verificar quién la firma, y quiénes la aprobaron, para quizás darnos cuenta de cuáles eran sus móviles. Muy al margen de ellos,

le hicieron del país, o

La sentencia ensayo de tadísima, dad de la a Conafu resolución adelante a mente se ciones al el deber de forma sole

Nuevamente vulgar una el Conafu sión, voluntaria cesaría pa

VI. FILIALES

El caso de comentario

Parece existir una gran número de usuarios restrictivo de producción: la cual se soslaya regular cuestiones que es peculiar usuario, se hacen a la restringiendo impide que o, en otras nadas entidades usuarios baja calidad

Veamos la filiales universitarias

45 Fundamento

46 El número de la Ley institucionales entre

47 Cuadro de

le hicieron magro favor a la institucionalidad del país, como a todos sus ciudadanos.

La sentencia del TC que es materia de este ensayo declara, a mi juicio de manera acertadísima, la inconstitucionalidad por conexidad de la Ley N° 29780, dejando nuevamente a Conafu desautorizado para seguir emitiendo resoluciones de cualquier tipo. Incluso va más adelante al declarar que si en el futuro tozudamente se emitiese una ley que restituya funciones al Conafu, los poderes públicos tienen el deber de no cumplirla⁴⁵, lo que adhiero de forma solemne.

Nuevamente, es el Congreso el llamado a promulgar una ley que llene el espacio dejado por el Conafu. Esperemos que cuente con la visión, voluntad política y asesoría técnica necesaria para ello.

VI. FILIALES UNIVERSITARIAS

El caso de las filiales universitarias merece un comentario aparte.

Parece extraño que en un sector en el que existe una gran cantidad de ofertantes y un gran número de demandantes⁴⁶ se prevean diversos mecanismos regulatorios de carácter restrictivo y no se voltee la mirada hacia el factor de productividad más importante en su acción: 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 permiten que determinadas entidades brinden servicios a potenciales usuarios, pues presumen que estos son de baja calidad.

Veamos la regulación peruana en materia de filiales universitarias:

El tercer párrafo del artículo 5 de la Ley N° 23733 establece que una universidad no cuenta con filiales o anexos; sin embargo, la ley universitaria no cumple con definir lo que es una filial.

Régimen normativo para la creación de filiales universitarias ⁴⁷	
NORMA	RÉGIMEN NORMATIVO
Tercer párrafo de la Ley N° 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° 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° 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° 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 al 3 de julio del año 2005.

Se puede verificar, evidentemente, una situación absurda, y es que se permite la apertura de filiales, para luego prohibir la creación de nuevas filiales, con lo que se autoriza la subsistencia de las ya existentes, siempre que estas hayan sido ratificadas o creadas regularmente. Y es absurdo porque, en principio, y además de los argumentos esgrimidos por el TC en la sentencia bajo comentario y su antecedente próximo (STC Exp. N° 00017-2008-PI/TC), tal situación crea una

⁴⁵ Fundamento 36 de la STC bajo comentario.

⁴⁶ El número de universidades en el Perú supera largamente las proyecciones que se tenían al año 1983 cuando entró en vigencia la Ley N° 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.

⁴⁷ Cuadro normativo que hemos tomado del fundamento 24 de la STC Exp. N° 00017-2008-PI/TC.

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, generando un oligopolio legal. Pensamientos más abstractos que los míos pretenden ver causalidad y favores políticos en tal supuesto. Así, el escenario generado por estos despropósitos legales nos presenta un grupo de universidades con filiales y otras sin ellas. Entre otros (claramente especificados en las sentencias del TC) se violenta el derecho a la igualdad⁴⁸ y la libre competencia⁴⁹.

Más allá, también considero que la aplicación del precepto de la Ley N° 23733 (artículo 5), implica la restricción consciente de la competencia, de tal forma que la reduce y confina territorialmente. La reduce prohibiendo la posibilidad de que una universidad pueda prestar sus servicios 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 ningún incentivo para destacar).

Esto es, la ley crea 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. Esta reducción implica varios efectos: i) Si en una determinada circunscripción territorial solo existe 1 o 2 universidades, el universo de ofertas se reduce a ellas, pues aunque en el resto del país existan 100 adicionales,

los pobladores de esa región no podrían adquirir sus servicios, salvo trasladen su propio domicilio, hacia donde si exista una verdadera competencia, esto es, pluralidad de ofertas. 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 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), o no ofrece determinada carrera (oferta nula o inexistente), la posibilidad de adquirir otra es también nula, salvo la excepción ya comentada de trasladar su domicilio.

Se ha dicho que: "[E]l 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"⁵⁰, en lo que estoy parcialmente de acuerdo. La existencia misma 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 garantizaran per se una educación de calidad.

Si bien hay mucho más por comentar, el espacio y tiempo no lo permiten, y en todo caso, aplaudo desde esta tribuna las resoluciones del TC citadas, en casi toda su extensión.

48 Constitución Política del Perú

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".

49 Constitución Política del Perú

Artículo 61.- "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios".

50 Considerando 11 de la resolución aclaratoria de la STC Exp. N° 0017-2008-PI.

INTRODU

A raíz de
en el Exp
Constituci
de la Rep
blicas viola
titución; es
constitucio
que crea l
Altoandina

En el pres
ma minu
pero adem
de la labo
gislativo e
la creación

* Nota de G
Gaceta Pi
** Abogado.
lica del Pe
Constituci