

Frente a la Covid-19 y el cambio en la modalidad de la prestación del servicio educativo, ¿el estado puede fijar el precio de la educación? A propósito de la medida adoptada por el Estado Peruano con el Decreto Legislativo N° 1476.

Due to the Covid-19 and the change in the provision of educational services, can the state determine the price for education? Reflections upon the measure adopted by the State of Peru by the Legislative Decree N°. 1476.

Erick Giancarlo Beyá González¹

Resumen

La inesperada y repentina pandemia, producida por el COVID-19, transformó totalmente nuestras vidas. El confinamiento obligatorio decretado en muchos países afectó y sigue afectando al derecho fundamental a la educación. Ha transcurrido más de un año y medio desde que, tan solo días después de iniciar las clases presenciales en los colegios, se decretó el confinamiento. Desde entonces, se dispuso prestar el servicio educativo de manera remota. Este hecho supuso, para muchos alumnos y padres de familia, un evidente desmedro en la calidad de la educación; que, además, no se veía reflejado en la consecuente disminución de los costos mensuales por el servicio.

Frente a esta situación, el presente artículo parte por analizar la constitucionalidad, o no, de la medida adoptada por el Estado peruano a través del Decreto Legislativo N° 1476; y, luego, busca profundizar en las posibilidades que brinda nuestra constitución económica para afrontar crisis como la provocada por el Covid-19, que afecta directamente a derechos de tal envergadura como la educación.

Palabras claves

Covid-19, Constitución Económica, Derecho a la educación, control de precios, servicios públicos.

Abstract

The unexpected and sudden pandemic caused by the COVID-19 totally transformed our lives. The mandatory confinement decreed in many of our countries to prevent the spread of the virus affected and continues to affect several of our fundamental rights including education. Much more than a year has passed since, just days after starting “normal” classes in the schools, the confinement was decreed and, since then, the educational service went from a face-to-face modality to a remote modality. This fact meant, for many students and parents, an obvious detriment in the quality of education that also was not

¹ Abogado, Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú y maestrando en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente a tiempo parcial por asignaturas del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad de la PUCP (CRIDIS).

reflected in the consequent decrease in the monthly costs or “pension” for the educational service.

Upon this situation, this article start by analyzing the constitutionality, or not, of the measure adopted by the Peruvian State through Legislative Decree N° 1476; and then, it seeks to deepen the possibilities offered by our economic constitution to face crises such as the one caused by Covid-19 that directly affects rights of such magnitude as education.

Keywords

Covid-19, Economic Constitution, right to education, price control, public services.

1. Introducción

Producto de las consecuencias del Covid-19 se retomó la antigua discusión sobre la posibilidad que tiene el Estado de poder intervenir en los precios o controlar los mismos. El gobierno peruano, primero con la dación del Decreto Legislativo N° 1476 aplicable a colegios privados y luego para otros sectores, optó por buscar transparentar los costos sin realizar una intervención muy intensa en la relación contractual. De hecho, con la dación del mencionado dispositivo, no faltaron voces que tildaron al mismo como un “zarpazo intervencionista²” evidentemente inconstitucional que atentaba flagrantemente los derechos constitucionales a la propiedad, libertad de empresa, la reserva tributaria y la libertad contractual³, pues, vuelve realidad la temida “amenaza” del control de precios -indirecto-⁴, en este caso en las pensiones al, establecer, “de forma indirecta, que los centros educativos privados deban reducir sus pensiones⁵”. Incluso, el Consorcio de Centros Educativos Católicos emitió un comunicado institucional a la opinión pública, donde abiertamente lo tildaron de “inconstitucional” pues, además de vulnerar los derechos anteriores, también, “contraviene el principio de proporcionalidad y excede las facultades delegadas por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo para legislar sobre temas educativos⁶”.

En concreto, esta discusión ha generado que la población y la doctrina comiencen a cuestionarse sobre el contenido y límites de nuestro régimen económico constitucional al que nuestra Carta Magna se adscribe, incluso un sector de la doctrina aboga por el cambio total del mismo. En esa línea, el presente artículo busca abrir el debate y delinear a la llamada “constitución económica”, a partir de responder la interrogante de si realmente está prohibido en la Constitución intervenir en los precios y presentar nuestra opinión respecto a la actual solución del gobierno que se ha enfocada en la protección a los

² EDITORIAL LAMPADIA. “DL 1446 interviene los contratos y viola la Constitución. ¿El gobierno quiere acabar con la educación privada?, Lima, Lampadia. Muchos opinan. pocos analizan, 2020, <<https://www.lampadia.com/analisis/editorial/el-gobierno-quiere-acabar-con-la-educacion-privada>>

³ Ibídem.

⁴ Stucchi Pierino. La amenaza del control de precios hecha realidad, en Diario El Comercio, Lima, 2020, <<https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2020/05/la-amenaza-del-control-de-precios-hecha-realidad.html/?ref=gestr>>

⁵ Bernal Gallegos, Juan Pablo. Controlando la educación y sus precios, en El Gobierno, Lima, 2020. <<https://diarioelgobierno.pe/opinion/controlando-la-educacion-y-sus-precios-por-juan-pablo-bernal/>>

⁶ Consorcio de Centros Educativos Católicos. A la opinión pública, pronunciamiento por el Decreto Legislativo N° 1476-2020-MINEDU. Lima: Consorcio de Centros Educativos Católicos del Perú, <<http://www.ccec.edu.pe/wp-content/uploads/2020/05/PRONUNCIAMIENTO-SOBRE-EL-D.L.-1476-MINEDU.pdf>>

consumidores, inicialmente materializada en el Decreto Legislativo N° 1476 para el tema de colegios privados y su constitucionalidad o no.

2. El rol del Estado en la economía: ¿absoluta abstención?

Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional nacional han entendido que nuestra Constitución vigente no permite una intervención estatal en los precios. Así⁷, por ejemplo, Campos Torres⁸ señala que, si bien para la doctrina mayoritaria la imposibilidad de intervenir en los precios se sustentaría en los propios términos en que el artículo 58⁹ de nuestra Constitución ha consagrado la economía social de mercado, para él, el sustento estaría en otras normas¹⁰, que sin duda también le dan contenido al mismo, tales como: la llamada “santificación” de los contratos consagrado por el artículo 62¹¹, que permearía al pacto entre las partes de una protección ante leyes futuras¹²; la expresa consagración de la libre competencia¹³ del artículo 61¹⁴; y, principalmente, la garantía del pluralismo económico y el rol subsidiario¹⁵ del Estado en la actividad empresarial¹⁶ (artículo 60¹⁷).

⁷ Se realizará un pequeño resumen del estado de la cuestión por razones de espacio.

⁸ CAMPOS TORRES, Joseph “La economía contra las cuerdas y el debate jurídico: Una aproximación desde el modelo económico de la Constitución” En: La Ley El Ángulo Legal de la Noticia, Lima, 18 de abril de 2020, <<https://aley.pe/art/9580/la-economia-contra-las-cuerdas-y-el-debate-juridico-una-aproximacion-desde-el-modelo-economico-de-la-constitucion>>

⁹ 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.

¹⁰ De idéntica opinión son tanto Santistevan De Noriega como Kresalja para quienes si bien la Constitución de 1979 también consagraba la economía social de mercado no tenía este cariz de subsidiaridad donde el rol del estado es mucho más de corte económico liberal de estimulación, promoción de la libre competencia y orientación al desarrollo del país en áreas sustantivas -entre ellos la educación- para el funcionamiento de servicios esenciales. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge “Art 58: Estado orientador y promotor” En AA.VV, La Constitución Comentada: análisis artículo por artículo, Tomo II, segunda edición aumentada y revisada. Pg. 28.

¹¹ Artículo 62.- Libertad de contratar

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

(...)

¹²Y donde, por mandato constitucional, se asume que “sobre la base del principio de autonomía privada expresada a través de la libertad contractual o de configuración interna (posibilidad de fijar los términos y condiciones de un contrato) y la libertad de contratar o de conclusión (posibilidad de decidir si se contrata o no y con quién), las partes generalmente acuerdan con plena libertad los términos de un contrato”. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos “Autonomía Privada, Contrato y Constitución” en DE LA PUENTE Y LAVALLE et al., Manuel, contrato & mercado, Lima: Gaceta Jurídica S.A., primera edición, 2000, pp. 65-66

¹³ Para Tovar Mena, una posible fijación de precios o exhortar a la concertación de precios significaría una abierta vulneración a este artículo 61°. TOVAR MENA, Teresa ¿Con licencia para concentrar? A propósito del artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En: Revista Ius et Veritas, Lima: Ius et Veritas, 2009, p. 171.

¹⁴ Artículo 61.- Libre competencia

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.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

¹⁵ Para Bullard González esta imposibilidad de fijar precios encuentra sustento en el rol subsidiario que se le otorga al Estado a “solo en aquellos casos en los que el mercado podría no estar funcionando”. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “El control de precios en el Perú, por Alfredo Bullard” En: Diario El Comercio, Lima, 2016, <<https://elcomercio.pe/politica/opinion/control-precios-peru-alfredo-bullard-391583-noticia/?ref=ecr>>

¹⁶ Y a todo esto, se le conoce como parte de la llamada “Constitución económica” que es “el conjunto de normas mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos, las empresas y el Estado, y en virtud de las cuales se determinan los derechos, deberes y responsabilidades de cada cual”. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica” En: Revista Pensamiento Constitucional, N° 12, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 26

¹⁷ Artículo 60.- Pluralismo Económico

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Asimismo, Santistevan De Noriega, señala que esta visión de la economía también alcanza a los servicios públicos. Lo cual se traduce en que el deber estatal prácticamente se reduzca a garantizar que los mismos se proporcionen y funcionen adecuadamente a través de su gestión por parte de particulares¹⁸.

Por su parte, de manera pacífica, uniforme y reiterada¹⁹, nuestro TC²⁰ comparte esta visión señalando que la intervención estatal en el “campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa²¹ e incluso expresamente se ha manifestado en contra de la intervención en precios²².

Pese a ello, y aunque desde una primera mirada que pareciera contradictoria, el propio Tribunal admite que, sin dejar de lado este marco delineado por el principio de subsidiariedad y el ejercicio libre de la actividad económica, también debe reconocerse que nuestro régimen económico constitucional, por ejemplo en el mismo artículo 58, también se caracteriza por un Estado que asume unos “roles sociales en áreas tales como el de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura²³”.

Entonces, ¿cómo se conjugan ambas visiones? Creemos que la respuesta la podemos hallar en la propia naturaleza de la noción denominada “economía social de mercado”, en la cual, de acuerdo a nuestro TC, las funciones constitucionales del Estado en la economía son la supervisora, correctiva y reguladora²⁴²⁵; no debiendo confundirse a la economía social de mercado con los regímenes de economía mixta, planificado o interventora²⁶ pero tampoco se debe pensar, como sostiene SANTISTEVAN DE NORIEGA, que nuestra constitución se adscribirse a una noción de un “absoluto abstencionismo”; sino más bien de nos encontramos ante una donde al “estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad²⁷.” Así, la regla es la “no intervención”; sin embargo, sí puede existir una de corte correctiva, por ejemplo, ante “fallas del mercado”²⁸.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

¹⁸ Para el, este deber supone un reconocimiento constitucional -hoy ausente- de los organismos reguladores que permita que los mismos cuenten con las debidas garantías de manejo técnico y autónomo. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge “Art 58: Estado orientador y promotor” En AA.VV, La Constitución Comentada: análisis artículo por artículo, Tomo II, segunda edición aumentada y revisada, P. 36.

¹⁹ Nuevamente debemos advertir al lector que pese a existir abundante jurisprudencia, por razón de espacio, se ha escogido unas cuentas sentencias.

²⁰ Siglas para Tribunal Constitucional

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 23.

²² “Esto implica en principio que, siendo la oferta y la demanda en un mercado sin distorsiones, el mecanismo mediante el cual los precios y tarifas, no resulta admisible, prima facie, la intervención del Estado en este ámbito, bajo el supuesto de proteger la libre iniciativa privada y la libre empresa”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0034-2004-AI/TC del 15 de febrero de 2005, fundamento jurídico 13.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 24.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 35

²⁵ De modo que es un “regulador y catalizador de los procesos económicos” Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 40.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 41.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 42.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 49.

Por ello, LANDA ARROYO, refiere que la economía social de mercado es uno donde se busca de manera razonable y proporcional superar²⁹ esta aparente contradicción entre libertad e intervención estatal (o, en palabras del autor, entre el principio de libertad individual y subsidiariedad por un lado; y el principio de igualdad y solidaridad, por el otro³⁰). Se trata, entonces, de comprender cabalmente que existen problemas -particularmente, los que a pobreza y desigualdad se refiere- donde el Estado no puede simplemente desatenderse y dejar que la “mano invisible” de Smith se encargue de enfrentarlos sino que debe convertirse en un activo y legítimo actor que mediante medidas de índole positivo oriente su accionar hacia, por ejemplo, una adecuada distribución de la riqueza para enfrentar la pobreza y asumir un rol orientador para el desarrollo del país³¹.

Esta postura se enriquece con lo señalado por KRESALJA y OCHOA acerca de los derechos sociales y culturales -como la educación-; los mismos que los concibe, conceptualiza y valora como “derechos a acciones positivas del Estado”, y que, conforme al artículo 44^o de nuestra Carta Magna obligan al Estado a promover el bienestar general, basada en la justicia, de la población y la plena vigencia de sus derechos humanos. Para esta razón, como señala el autor, el Estado al deber velar por la vigencia irrestricta de los derechos humanos deberá necesariamente tener en consideración los derechos, deberes y obligaciones que emanan de los tratados de derechos humanos; de este modo, por ejemplo, el derecho a la educación se encontrará satisfecho acudiendo no solo a la normativa interna sino también internacional³².

Desde esta mirada es más fácil entender que si bien, la llamada “constitución económica” en su artículo 58^o reconoce como principio fundamental la libre iniciativa privada, también y a la vez de forma expresa -de algún modo reiterando el artículo 44^o previamente citado e incluso desde el propio título de dicho artículo-, señala que nuestra economía es una social de mercado donde para que este principio de libre iniciativa privada se ejerza legítimamente deberá cumplir con “una función social, que coadyuve al Estado a lograr el bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria³³”.

No se trata, entonces, de la consagración constitucional de un *laissez faire* económico absoluto, sino de una libertad dentro de los lineamientos, límites, requisitos, prohibiciones, etc. que el Estado impone para su adecuado y satisfactorio funcionamiento. Solo así se logra entender que la regulación estatal debe concebirse, en palabras de BALDO y OCHOA³⁴, como un “proceso dinámico de corrección” donde el Estado busca que la misma no sucumba en un

²⁹ LANDA ARROYO, César Rodrigo. “Principio Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993” En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Circulo de Derecho Administrativo, 2007, p. 34.

³⁰ LANDA ARROYO, César Rodrigo. “Principio Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993” En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Circulo de Derecho Administrativo, 2007, p. 35.

³¹ LANDA ARROYO, César Rodrigo. “Principio Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993” En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Circulo de Derecho Administrativo, 2007, p. 35.

³² KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo Juan José y OCHOA CARDICH, César Augusto. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 567-571.

³³ LANDA ARROYO, César Rodrigo. “Principio Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993” En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Circulo de Derecho Administrativo, 2007, p. 31.

³⁴ Quienes a su vez siguen lo postulado por Mitnick.

intervencionismo excesivo sino más bien ser un “instrumento al servicio del mercado” al ser un facilitador y orientador que permite que el mercado funcione adecuadamente; por ello, no sólo es legítimo sino necesario para el mercado que exista una regulación económica estatal tendente a³⁵, por ejemplo, exigir “lealtad, estándares de calidad y de seguridad, favoreciendo el mayor flujo informativo, castigando la publicidad engañosa, etc³⁶”. El mercado y el Estado requirieron mutuamente que se establezcan determinadas “reglas de juego” y ante una falencia o deficiencia del propio mercado o el quebrantamiento de estas reglas, el Estado deberá intervenir corrigiendo, por ejemplo, una insuficiencia informativa, y restableciendo a un estado óptimo al mercado o incluso dejando de lado su rol subsidiario en la actividad empresarial e interviniendo directamente en las prestaciones de servicios.

Dicho esto y retomando al factor “social” de nuestra constitución económica, se comprende aún con mayor claridad que el Estado encuentra su razón de ser y es convocado a supervisar que el manejo de los instrumentos propios de la actividad económica tanto pública como privada se realicen de acuerdo a los principios y derechos fundamentales de la persona, por lo tanto, deberá remover, incluso en etapas de pandemia, los obstáculos que impidan su pleno disfrute y efectivo ejercicio³⁷, lo cual, se encuentra relacionado con emitir una regulación preventiva y correctiva para que el mercado “funcione” económicamente hablando. Solo así, se logra no sólo conseguir una economía justa y socialmente responsable sino también generar una mayor riqueza para los propios agentes económicos.

En suma, se trata de sí permitir la iniciativa libre y privada, pero vigilando, observando, dirigiendo e incluso impidiendo algunas de sus manifestaciones - mejor dicho “encausándolas”-, a fin de que la misma se desarrolle adecuadamente y se ejerza en armonía con el interés general o social y no en desmedro de los principios y derechos constitucionales, particularmente, de los derivados de la igualdad y la libertad³⁸.

3. El rol de los organismos reguladores para una economía social de mercado.

Es en este contexto que los organismos reguladores³⁹ cobran trascendental importancia para el “correcto desenvolvimiento del mercado”, al desarrollar mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión y tener la misión de, bajo principios de imparcialidad y transparencia, vigilar, en el marco de su sector, que entre los agentes económicos se genere verdadera competencia, beneficiando a los usuarios⁴⁰. Así, estos deberán, ya

³⁵ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo Juan José y OCHOA CARDICH, César Augusto. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 368

³⁶ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo Juan José y OCHOA CARDICH, César Augusto. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 368

³⁷ LANDA ARROYO, César Rodrigo. “Principio Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el Marco de la Constitución Económica de 1993” En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Circulo de Derecho Administrativo, 2007, p. 35-36

³⁸ KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo Juan José y OCHOA CARDICH, César Augusto. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 355

³⁹ Reconocidos aún en rango legal- Ley N° 27332 y cuyo labor, de acuerdo al TC se podría resumir en “suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 42.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 43.

sea mediante acciones ex ante o ex post, por ejemplo, controlar los estándares de calidad y la razonabilidad del precio de esta clase de servicios⁴¹; así como, empoderando a los usuarios, al capacitarlos y formarlos en sus derechos⁴². De este modo, se cumple con el deber constitucional, legal y social de hacer que las empresas que ofrecen servicios públicos, entre ellos la educación que, por mandato del artículo 16⁴³, el Estado supervisa y controla su calidad, no tengan como principal punto de partida ni finalidad un beneficio personal, sino el buscar brindar “un servicio digno, de calidad y a un costo razonable⁴⁴”.

4. En principio, el Estado no puede fijar precios.

Entonces, hasta aquí podríamos señalar que no es del todo errado que, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia y dentro de la propia lógica de la economía social de mercado y la interpretación mayoritaria del artículo 62º primer párrafo de la Constitución, se afirme que el Estado, en efecto, no podría intervenir en “fijar precios” -y mucho menos si nos encontramos ante una relación contractual ya iniciada- incluso si estamos frente a servicios públicos. En este esquema, incluso en contexto de tal gravedad como la actual pandemia, a lo sumo, la administración pública tendría un deber más de mera orientación y de procurar⁴⁵ que se brinde un servicio digno, de calidad y a costo razonable. Y, recién, ante una infracción o inadecuado accionar, tendría que sancionar a la entidad, por ejemplo, a un colegio privado, previo procedimiento, con una multa del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI.

5. Frente a situaciones extremas, soluciones extremas: tratando de dar una solución más justa acorde con un Estado Constitucional.

Pese a esta primera aproximación, consideramos que, siempre dentro del marco de la Constitución, es posible brindar otra respuesta que también es constitucional y jurídicamente viable y que se hace aún más necesaria -y digamos justa- en tiempos como los que lamentablemente enfrentamos a propósito de la pandemia producida por el COVID-19⁴⁶, respuesta que además, consideramos busca satisfacer, optimizar y proteger de mejor medida la mayor cantidad de derechos fundamentales.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 43.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 43.

⁴³ Artículo 16- Descentralización del sistema educativo

Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados.

El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación. Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

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

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 44.

⁴⁵ Hasta diríamos encaminar o anhelar

⁴⁶ Que propició la aplicación del artículo 137.1 de la Constitución. Resaltamos esto pues, en puridad, nuestro Sistema Constitucional a diferencia de la de otro país (estado de calamidad pública, estado de alarma, estado de alerta, entre otros) no ha previsto una figura de excepción que permita limitar directamente derechos como la libertad de contratación sino únicamente los clásicos cuatro derechos consagrados en el artículo 137.1 que se refieren a la libertad. A nivel existe la “emergencia sanitaria” de la Ley General de Salud que otorgaría una mayor posibilidad de maniobra pero, no existe, reiteramos, una consagración constitucional de un estado para hacer frente a una situación epidemiológica como la presente.

Antes de presentar esta visión complementaria⁴⁷, debemos advertir que la misma debe ser utilizada con mucha cautela, cuidado y ponderación, pues una postura totalmente permisiva al llamado “control de precios” podría tener el efecto contrario, retrocediendo, legitimando y dando cabida a medidas de corte populista, antitécnicas y, por demás inconstitucionales, en la economía.

Se trata, entonces, de brindar una respuesta constitucional que permita conciliar la visión neoliberal tradicional que se centra básicamente en la libertad de contratar, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, con los otros derechos fundamentales involucrados que, como hemos visto, privilegia a aquellos de naturaleza y tendencia más social.

Solución que no podrá terminar por ser una herramienta de poder político con una discrecionalidad absoluta para que “según su buen querer o imaginación, [permita] actuar más allá del ordenamiento jurídico”⁴⁸. Se trata de lograr encontrar, dentro de la propia lógica e hilo conductor de nuestro régimen económico constitucional⁴⁹ y los márgenes razonables de flexibilidad que el mismo otorga, un punto de equilibrio aceptable entre intervención estatal y la libertad de empresa⁵⁰, entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social⁵¹.

6. La excepción a la regla: el servicio público de la educación

Para aproximarnos a esta visión complementaria, nos es de suma ayuda el contexto que se presentó a propósito del cambio de modalidad de los servicios educativos.

Así, podemos apreciar que cuando se comenzó a visibilizar la preocupación y la necesidad de una “rebaja de pensiones”, algunos sostuvieron que la solución se encontraría en el artículo 4º del Decreto Legislativo 757⁵² que, si bien reconoce la libre fijación de precios producto de la competencia, dispone que por ley se puedan fijar las “tarifas” -léase el precio- de los servicios públicos. Pero ¿esta norma sería aplicable para el caso de educación? Consideramos que no.

Nos explicamos, si bien la educación, según lo ha establecido la ley y el propio Tribunal Constitucional (TC), es un servicio público⁵³, apreciamos que el Decreto

⁴⁷ No consideramos que la propuesta que plantearemos será discordante, sino que, en realidad, se complementa.

⁴⁸ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter “Art 59: Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo” En AA.VV, La Constitución Comentada: análisis artículo por artículo, Tomo II, segunda edición aumentada y revisada. Pg. 49

⁴⁹ 28.- No se trata, pues, no de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo [de] intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo; y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social (resaltado en el original). Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00034-2004-PI/TC del 15 de febrero de 2005, fundamento jurídico 28.

⁵⁰ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica” En Pensamiento Constitucional, N° 12, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 28

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00034-2004-PI/TC del 15 de febrero de 2005, fundamento jurídico 28.

⁵² Decreto Legislativo N° 757- Dictan Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada

Artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.

Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

⁵³ Entre otras, sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 04232-2004-AA/TC del 3 de marzo de 2005, fundamento jurídico 11; sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00026-2007-PI/TC del 26 de abril de 2009, fundamento jurídico 12 y sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 04646-2007-PA/TC del 17 de octubre de 2007, fundamento jurídico 21-22. En la primera de estas, señaló que además de ser un derecho fundamental, la educación “se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una

Legislativo N° 757 que se plantea como “solución” tiene como finalidad regular tarifas propias de bienes demaniales⁵⁴ donde existen monopolios naturales y no existe la posibilidad que surja una adecuada libre competencia⁵⁵. No sería, entonces, por su naturaleza y finalidad, aplicable a un servicio público como la educación del que no se puede predicar ser un bien demanial sino, por el contrario, ser un servicio que se oferta dentro de un mercado que, en términos económicos y de normalidad, sí funciona “adecuadamente” -o eso intenta- y donde no existe monopolio natural alguno sobre el mismo. Por lo demás, la norma exige que el Congreso de forma expresa disponga, mediante una norma, la forma y la posibilidad de fijar precios en dicho servicio público. En el caso del servicio educativo, como es de esperarse, tampoco encontramos esta norma habilitante, la misma que tampoco sería constitucionalmente válida aprobar por los argumentos antes esgrimidos.

Entonces, corresponde descartar esta primera posibilidad y buscar otra que nos pueda brindar, cuando menos, una solución intermedia y, por ende, un poco más justa.

Como sabemos, nuestra Constitución, en el inciso 14 del artículo 2⁵⁶, ha reconocido como derecho fundamental la libertad de contratar, pero siempre y cuando el acuerdo de voluntades que surja de su ejercicio se haga con fines lícitos y sin contravenir las leyes de orden público. Así, conforme a nuestro TC, estos últimos, su licitud y el respeto a las normas de orden público, constituyen los límites explícitos a este derecho⁵⁷ y sus límites implícitos lo constituyen la prohibición de pactar contra el contenido protegido de otros derechos fundamentales⁵⁸.

En esta línea, Rubio, Eguiguren y Bernalles han sido enfáticos en señalar que *“cuando haya normas de orden público y de bien común involucradas, especialmente si tienen que ver con derechos fundamentales, las personas deben tener cuidado de respetar armónicamente las diversas reglas jurídicas involucradas para no afectarlas con una libertad de contrato impropia ejercitada. Si el ejercicio fuera irregular, el Estado social y democrático de Derecho deberá corregir las arbitrariedades que se hubiera cometido”*⁵⁹

Para los autores, postura que se comparte, existe la posibilidad, particularmente en contratos de servicios públicos -donde existe una íntima relación con normas de orden público y un bien común involucrado -que la libertad contractual haya sido impropia ejercitada o que se “torne” en impropia producto de las circunstancias, es decir, que al momento de celebrarse el contrato no existía una

prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal”.

⁵⁴ Por eso, por ejemplo, para Landa lo medular es la titularidad que tiene el Estado sobre los mismos. LANDA ARROYO, César Rodrigo “El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú”. En: *Revista Forseti*, Lima: Derup Editores, 2016. P. 150.

⁵⁵ Lo que precisamente justifica plenamente la intervención regulando el mercado y fijando precios. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “El control de precios en el Perú, por Alfredo Bullard” En: *Diario El Comercio*, Lima, 2016, <<https://elcomercio.pe/politica/opinion/control-precios-peru-alfredo-bullard-391583-noticia/?ref=ecr>>

⁵⁶ Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2670-2002-AA/TC del 30 de enero de 2004, fundamento jurídico 3 e).

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2736-2004-PA/TC del 16 de diciembre de 2005, fundamento jurídico 11.

⁵⁹RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALLES BALLESTEROS, Enrique. *Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 477.

notoria asimetría pero que, al ser un servicio continuo, en el tiempo, por distintas circunstancias o factores, se transforma, se descubre o resalta su asimetría. Frente a estos casos, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los autores manifiestan que, el Estado tiene el deber constitucional de proteger a la parte *débil de sí misma* “reescribiendo” el contrato a fin de corregir cualquier arbitrariedad o inequidad que se pueda haber cometido, en especial, atendiendo a que las personas usuarias de los servicios públicos encuentran su derecho a la libertad contractual en una forma disminuida que las obliga a “*aceptar condiciones contractuales que las afectan*”⁶⁰, no hace falta recordar que el nivel de negociación y de acuerdo entre los padres de familia y el instituto educativo privado es casi nulo pues existe contratos prefabricados o contratos de adhesión donde el usuario solo debe aceptar o no.

Si ello no fuera suficiente, pese a que la doctrina mayoritaria comulga con la interpretación del primer párrafo del artículo 62 que otorga una “intangibilidad” y “santidad” a los contratos frente a toda clase de leyes futuras, somos de la opinión que esta postura no es del todo correcta⁶¹. Si bien, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de analizar detalladamente este primer párrafo del artículo, ha brindado algunos alcances⁶² -que casi han pasado desapercibidos- en las que ha dejado claro que su interpretación debe efectuarse necesariamente en forma conjunta con el artículo 2 inciso 14 previamente analizado; es decir, la lectura adecuada es que las cláusulas contractuales gozarán de “inmunidad” siempre que no sean contrarias a normas de orden público⁶³, tanto de aquellas vigentes al momento de su celebración como las expedidas durante la vigencia y ejecución del contrato⁶⁴, tal como lo establece el artículo 1355 de nuestro Código Civil⁶⁵. De este modo, en palabras del TC “salvo en los contratos ley, los cuales constituyen una excepción explícita a dicho principio [la aplicación inmediata de la norma], los contratos se rigen por las normas vigentes en cada momento y no, ultraactivamente⁶⁶”.

⁶⁰ RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 473-474.

⁶¹ De idéntica opinión son RUBIO, EGUIGUREN y BERNALES llegando incluso a señalar que una lectura en ese sentido sería otorgarle un nivel autárquico y absoluto. RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pg.481.

⁶² Nos referimos al fundamento jurídico 7 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 02175-2011-PA/TC del 20 de marzo de 2012 que se refiere precisamente a cobros en un colegio y, particularmente, el fundamento 3d) de la Sentencia recaída en el expediente N° 2670-2002-AA/TC del 30 de enero de 2004.

⁶³ Estas normas de orden público tratan de salvaguardar valores fundamentales de la sociedad, como la seguridad, la moral o la salud públicas. Para ello, establecen un ordenamiento imperativo, que no permite pacto contractual en sentido contrario, en ciertas materias o actividades especialmente protegidas o valoradas por la Constitución y el Ordenamiento Jurídico.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Peruano, en más de una ocasión ha definido el concepto de orden público y le ha reconocido al Estado la facultad de establecer medidas limitativas o restrictivas a la libertad de contratación en aras de salvaguardarlo. Así, por ejemplo, en la STC 03283-2003-AA/TC

⁶⁴ Para el hoy defensor del pueblo, Walter Gutiérrez, no entenderlo así implicaría otorgarle efectos “abrogantes”, siendo autodestructivo del propio ordenamiento jurídico al propiciar una “infinidad de islas normativas”. GUTIERREZ CAMACHO, Walter “Economía de mercado y contratación” en DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, I et al., *contrato & mercado*, Lima: Gaceta Jurídica S.A., primera edición, 2000, pp. 154. De igual modo, CÁRDENAS QUIRÓS señala que la interpretación mayoría estaría permitiendo que el Estado pueda delegar a las partes contractuales la posibilidad de su “jus imperium”, con la sola suscripción de un contrato ordinario. Cárdenas Quirós, Carlos, “Autonomía Privada, Contrato y Constitución” en, Bullard, Alfredo y Fernández, Gastón (editores), “Derecho Civil Patrimonial,” Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 54-56.

⁶⁵ Artículo 1355.- Regla y límites de la contratación

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

Este conflicto normativo entre el Código y la Constitución también fue advertido incluso por DE LA PUENTE Y LAVALLE. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, Lima: Palestra editores, tercera edición, pp. 195-197

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0006-2012-PI/TC del 12 de enero de 2016, fundamento jurídico 24.

Con esta idea en mente, otra solución podría ser que, asimilando la figura a la regulación de precios para bienes demaniales, el Congreso⁶⁷, mediante ley expresa, declare y establezca la forma de fijar el precio de este servicio público de educación. Sin embargo, estimamos que esta postura, además de peligrosa, podría permitir -y que no nos sorprenda con últimos Congresos- que todo pueda, eventualmente, ser declarado servicio público esencial atentando con la finalidad teleológica de la llamada “Constitución Económica”. Por otro lado, como ya hemos señalado, a diferencia de los servicios públicos de bienes demaniales donde el propietario es el Estado, aquí nos encontramos ante un servicio diremos “no material”, donde no existe monopolio y donde se libra la fijación de su precio, aunque con control y supervisión, al mercado y al pacto entre las partes. Además, estimamos que una norma que establezca un “precio fijo” en la educación difícilmente tendría un respaldo técnico y científico y podría constituir un abuso del derecho y violar el principio de interdicción de la arbitrariedad, pues cada colegio tiene distintos gastos y costos⁶⁸. Por todo lo antes mencionado, esta medida no sería idónea ni proporcional y, por tanto, se reputaría carente de constitucionalidad.

Entonces, ¿qué podemos hacer? En la sentencia de expediente N° 0011-2013-PI/TC, que se ocupa precisamente del tema educativo, el TC nos brinda algunas luces del camino a seguir para encontrar el equilibrio y balance del que hemos hablado.

En esta sentencia, aunque resalta la estrecha relación que existe entre la provisión de servicios públicos y la satisfacción de las necesidades básicas de la ciudadanía, lo cual constituiría la faceta social que debe tener el Estado⁶⁹, inmediatamente después, sin desarrollar los alcances de esa faceta social -o quizás ignora intencionalmente para limitarla- decide justificar que sea constitucionalmente legítimo el que exista una regulación estatal de mayor intensidad en los contratos de servicios públicos como la educación, no tanto por su faceta “social” -que sin duda merecía un mayor desarrollo- sino por la existencia de una evidente asimetría en dichas relaciones contractuales; la misma que justifica que el Estado tenga un rol regulatorio y de especial protección ante “condiciones abusivas en la contratación.”⁷⁰

La solución que el Tribunal encontró dentro del marco constitucional actual fue recurrir al artículo 65⁷¹ de la Constitución, a una mirada desde el deber del

⁶⁷ Especialmente en este Congreso, esta “tentadora” propuesta, se dirá que no sólo tiene respaldo en los principios de continuidad, regularidad, igualdad o universalidad y exigibilidad que tienen todos los servicios públicos sino que, en el caso de la educación, se hace más latente esta exigibilidad de la continuidad de la prestación pues se encuentra dentro de las funciones-fines explícitos que le corresponde al Estado y donde debe no sólo debe garantizarla, sino aumentar su cobertura y calidad; entendiéndose que la misma es un derecho fundamental que tiene como fundamento la dignidad humana y, por tanto, de acuerdo al artículo 44 de la Constitución debe, el Estado garantizar su plena vigencia. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica” En Revista Pensamiento Constitucional, N° 12, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 71 y Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 4232-2004-AA/TC del 3 de marzo de 2005, fundamento jurídico 11.

⁶⁸ Incluso, si bien, en la mayoría de los casos existe un menor gasto, quizás, algunos, ante el reto de la conectividad han tenido que tener mayores gastos que los ordinarios. Piénsese en colegios donde no todos los profesores tienen un aparato electrónico para poder brindar sus clases y el colegio ha tenido que adquirir los mismos, programas de conectividad para los alumnos, la virtualización, la compra de programas, etc.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0011-2013-PI/TC del 29 de agosto de 2014, fundamento jurídico 59.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0011-2013-PI/TC del 29 de agosto de 2014, fundamento jurídico 59.

⁷¹ Artículo 65.- Protección al consumidor

Estado de defender los intereses de los usuarios y consumidores; es decir: virar hacia otro derecho fundamental que podría haberse visto menguado para que, en defensa del mismo, siguiendo la idea ya reseñada de Rubio, Eguiguren y Bernales, el Estado pueda constitucionalmente reescribir el contrato.

No descalificamos del todo esta argumentación, de hecho, consideramos que la solución va por allí pero no deberá quedarse exclusivamente en una visión de protección al consumidor de servicios públicos, debido a su posición de debilidad frente a las empresas prestadoras; sino que deberá tomar en consideración aún más la faceta social de la economía *social* de mercado, elemento constitutivo que, incluso en situaciones de extrema calamidad como la sufrida, se suele olvidar. Cabe preguntar, por ejemplo, cuál habría sido el desarrollo del TC ante servicios públicos relacionados con la salud - derecho que, sin lugar a duda, ha sido uno de los más conculcados y explotados económicamente en esta pandemia - que de acuerdo con el propio artículo 65, el Estado debe velar y proteger y que, conforme al artículo 59 constituye un límite expresamente consagrado del ejercicio de la libertad de empresa. ¿Se hubiera limitado a señalar la asimetría o sí hubiera entrado a analizar el valor y peso en sí del derecho a la salud en las relaciones contractuales?

Así, conforme hemos visto, en virtud de esta faceta social, las funciones constitucionales del Estado en el mercado y la economía son la supervisora, vigilante, garantista, correctiva y reguladora. De este modo el Estado, en este caso en los colegios privados, mediante el MINEDU tiene el deber de ejercer estas funciones generando, bajo el principio de imparcialidad y transparencia, que la “libre competencia” se adecue a parámetros de una real, leal y sana competencia, por ejemplo, controlando los estándares de calidad, la razonabilidad del precio y, por otro lado, empoderando a los usuarios -padres y niñas, niños y adolescentes- haciendo que conozcan sus derechos. Solo así se podrá brindar el servicio educativo digno, de calidad y a un costo razonable que se exige o que exige un estado social y democrático de derecho.

Esta exigencia de transparencia, idoneidad y calidad, que es mucho más intensa en el caso de la educación, se materializa, entre otras normas, en el artículo 18 sobre la idoneidad y los artículos 73 al 75 sobre entidades educativas del Código de Protección al Consumidor, norma que desarrolla el mandato constitucional del artículo 65 antes citado.

7. La solución adoptada por el Estado Peruano: el Decreto Legislativo N° 1476 y la Resolución Ministerial N° 178-2020-MINEDU.

Entonces, nos enfrentamos ante una realidad dispar entre colegios que deberán, ante una nueva coyuntura, seguir brindando un servicio público como el educativo bajo estándares de calidad, pero adecuándolo a un precio razonable y sin desconocer los derechos esenciales que tienen los usuarios -padres y madres de familia y niños, niñas y adolescentes-, tales como el derecho a que se le brinde por escrito información veraz, oportuna, completa, objetiva y de buena fe sobre las características, condiciones económicas, ventajas y demás términos y condiciones del servicio educativo; así como el derecho a que se cobre una

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.

contraprestación económica acorde con la prestación efectivamente recibida o efectuada por el proveedor de servicios educativos, entre otros.

Ahora bien, como normalmente las disputas sobre la idoneidad se suelen “solucionar” ante el INDECOPI, con la demora que un procedimiento, con las debidas garantías, suele demorar; el Gobierno, en un inicio, optó por exhortar a los colegios a transparentar y a disminuir las pensiones en atención al cambio de modalidad de presencial a virtual; sin embargo, dicha exortación no hizo eco alguno en las instituciones educativas. Frente a ello, y ante la posibilidad de una afectación irreparable⁷², el Gobierno cambió de estrategia y optó por emitir normas de carácter impetativo y de orden público⁷³; las cuales, aunque pudieran haber sido de mayor intervención e intensidad, en líneas generales consideramos adecuada la opción legislativa⁷⁴ tomada y que se materializó, principalmente, mediante el Decreto Legislativo N° 1476 y la Resolución Ministerial N° 178-2020-MINEDU que, a grandes rasgos, defiende el interés de los consumidores e ingresa sólo de forma subsidiaria a brindar el servicio⁷⁵.

⁷² Para el TC, justifica que exista una intervención cuando la misma “resulte imperiosa ante los riesgos que una situación como esta produciría en la población”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0034-2004-AI/TC del 15 de febrero de 2005, fundamento jurídico 39.

⁷³ Véase, por ejemplo, la prohibición absoluta de los pactos de no devolución consagrada en el artículo 6.3 (i) del Decreto N° 1476.

⁷⁴ Sí bien pueden existir partes de las normas que puedan ser reputadas de inconstitucionales, en líneas generales, su finalidad la encontramos apegada al ordenamiento constitucional nacional. Por tanto, no compartimos la postura de una parte de la comunidad jurídica, que han sostenido que la norma en sí es inconstitucional por, básicamente, violar la llamada “Constitución Económica”. Algunas de estas opiniones se pueden apreciar en los siguientes links: <https://www.lampadia.com/analisis/editorial/el-gobierno-quiere-acabar-con-la-educacion-privada/>, <https://gestion.pe/peru/colegios-privados-minedu-transparentar-costos-a-padres-de-familia-tal-como-lo-pide-el-gobierno-no-alterara-las-pensiones-noticia/?ref=gesr>, <https://www.peruweek.pe/la-amenaza-del-control-de-precios-hecha-realidad/>, <http://www.ccec.edu.pe/wp-content/uploads/2020/05/PRONUNCIAMIENTO-SOBRE-EL-D.L.-1476-MINEDU.pdf>, entre otras.

⁷⁵ Sobre el particular se recomienda la lectura minuciosa de la sentencia recaída en el expediente N° 018-2003-AI/TC, en especial, su fundamento 2, que transcribimos a continuación:

(...)

La economía social de mercado y el papel institucional del Estado

Esta noción se refiere a un tipo de organización económica regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado,

el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa, para participar en la actividad económica, y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general.

En ese ámbito de concurrencia e intercambio autodeterminativo, en donde aparecen de un lado los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los

consumidores o usuarios, el Estado cumple plurales funciones, a saber:

- a) Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos.
- b) Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras. Por ende, como bien afirma Walter Gutiérrez Camacho [“Derecho del Consumo y Constitución: El contratante débil” - En Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, N.º 65, febrero 2004, pág. 108], tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa que se efectúe en nuestro ordenamiento, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor; es decir, a un especial deber de protección.
- c) Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o defección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.
- d) Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).
- e) Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.

En puridad, el mercado se instala dentro de ese “espacio”, donde el objetivo último no es el simple y libre intercambio de bienes y servicios, sino el aseguramiento de la calidad de vida de la población y la transformación de la productividad individual en progreso social para todos.

El establecimiento de las políticas legislativas en materia económica y social implica la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes destinados a la obtención del pleno empleo, la extensión del mercado, el fomento de la inversión, la distribución equitativa del ingreso, la prestación eficaz, eficiente y plenaria de los servicios sociales, el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución y la verificación del principio de igualdad en lo atinente a la elaboración y aplicación de la ley; y, singularmente, en lo pertinente a la consolidación de la igualdad real de oportunidades.

Así, con la primera, cumple con “empoderar” a los usuarios, padres, perfilando un poco más el deber de los colegios a precisamente transparentar el precio, sustentado sus costos y, a raíz de eso, proponer las modificaciones contractuales que sean necesarias para adecuar la prestación a la nueva modalidad virtual; otorgando a los padres la posibilidad de aceptarlos o no, pudiendo estos últimos rescindir el contrato, hecho que genera consecuente la obligación por parte del colegio de devolver, de forma proporcional en base al tiempo de permanencia del alumno y los servicios efectivamente prestados, los pagos realizados por concepto de cuota de ingreso, matrícula y pensiones.

De este modo, frente a las excepcionales y particulares circunstancias producto de COVID, apreciamos que el Decreto Legislativo N° 1476 constituye un claro ejemplo de cómo utilizando la mirada del artículo 62 de nuestra Constitución se estableció una norma de orden público para que, en el mejor de los casos, las partes contractuales puedan, con una mayor libertad y simetría de poder, *reescribir* el contrato de servicios educativos para beneficio de ambas.

Incluso, se podría señalar que, en realidad, al solo acudir al derecho a la protección al consumidor, en realidad, la norma tuvo una intensidad bastante leve de intervención pues no llegó, por mandato de la ley, a “reescribir” el contrato sino que buscó, mediante el artículo 6.3 de la norma, buscó transparentar los costos y que el colegio pueda suministrar información a la contraparte contractual para que de este modo se propicie que las propias partes puedan autonomamente buscar una solución adecuada para ambas; la norma no cambió la condiciones ni reescribió el contrato educativo y, por ello, se comprende que previó la posibilidad que el padre de por concluido el contrato.

Por ello, en realidad, lo único que hizo la norma en clara defensa de los derechos constitucionales en protección al consumidor - allí donde sabía, como lo ha reconocido el propio TC, existen condiciones abusivas de contratación, contratos de adhesión, asimetría, etc -, atendiendo a la naturaleza de servicio público del derecho a la educación, a la naturaleza misma del derecho constitucional de la educación y frente a una situación imprevisible y extraordinaria que supuso que, pese al obligatorio y necesario cambio de la modalidad del servicio contratado, la parte débil -el consumidor- se encontrara aún en una situación de mayor vulnerabilidad al ver que su derecho a la libertad contractual para modificar las condiciones contractuales era insignificante o nula. Este hecho, un contrato que, en su momento fue completamente legal y constitucionalmente suscrito cumpliendo el inciso 14 del artículo 2, en algunos casos -por no decir todos-, se transformó y traspasó los límites explícitos de la libertad contractual convirtiéndola, en su ejecución, en una relación indebida que requería de una respuesta del Estado para que efectivamente el servicio educativo pueda ser brindado de forma digna, de calidad y a un precio adecuado, proporcional y razonable al servicio que efectivamente se presta; para que, de este modo, pese al cambio de modalidad, no se vean menoscabados los otros derechos constitucionales en juego, a decir, el derecho al consumidor y al de educación.

Con la expresión “política legislativa en materia económica y social” debe entenderse integralmente tanto al conjunto de medidas que adopta el Estado para regular jurídicamente las actividades de producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios; como a la pluralidad de previsiones que se adopten para propender a la realización de las posibilidades y la consecución del progreso y el bienestar general de la población. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 018-2003-AI/TC del 26 de abril de 2004

Por otro lado, la segunda norma, la Resolución Ministerial N° 178-2020-MINEDU, corrobora que la medida adoptada no fue intensa y de algún modo siguió la “lógica del mercado” pues, el Estado, en busca de no afectar los principios de continuidad, regularidad, universalidad y exigibilidad propios de los servicios públicos y de mayor envergadura cuando se trata del derecho a la educación y, a la par, hacer que el Estado cumpla explícitamente con su función de proveedor -directo o indirecto- y garante de que este derecho fundamental se brinde; ingresa al mercado y permite que los alumnos de colegios privados se trasladen a colegios públicos, con lo cual, el Estado satisface su deber de ofrecer y asegurar la continuidad del servicio educativo precisamente ante “fallas del mercado”, es decir, de forma subsidiaria, cumpliendo así con el mandato del artículo 44 y 16 de nuestra Constitución y satisfaciendo la mayor cantidad de derechos fundamentales involucrados, sin atacar indebidamente la “constitución económica”, generando el menor costo⁷⁶ y preservando el Estado Social y Democrático de Derecho.

8. Reflexión y exhortación final

La medida, en suma, aunque quizás para algunos bastante débil, es, sin duda, un paso importante en encontrar herramientas para que dentro de la propia lógica del mercado y del régimen económico que nuestra Constitución consagra, se pueda para brindar soluciones a esta clase de situaciones. Sin embargo, este breve ensayo, más que nada, busca alertar que el derecho constitucional peruano, especialmente nuestro TC y la academia, aún tiene la tarea pendiente de profundizar y aportar soluciones constitucionales que no sólo se circunscriban a la mirada de libre mercado y economía de mercado, sino que realmente viren y tome en consideración con mayor profundidad el enfoque social que nuestro modelo económico constitucional exige, máxime cuando nos encontramos ante la provisión de servicios públicos de derechos constitucionales. Solo así, se podrá demostrar que la supuesta contradicción -ampliamente exagerada en estos últimos tiempos- que hemos señalado no es tal y, por el contrario, es el ADN del modelo constitucional que nuestra constitución optó.

Por ello, en el presente artículo hemos esbozado brevemente nuestra postura sobre la adecuada interpretación del primer párrafo del artículo 62 de nuestra Constitución, es decir, que se debe efectuar necesariamente en comunión con el numeral 14 del numeral 2. Obviamente, esta postura requiere un trabajo posterior con mayor desarrollo que indudablemente escapa de los fines del presente artículo, pero esperamos poder realizarlo en un futuro o que la doctrina, poco a poco, pueda delinear y perfeccionar esta mirada de modo que tampoco termine por “vaciar” de contenido el artículo 62.

9. Bibliografía

a. Doctrina

⁷⁶ Resalto esto pues, en estos tiempos de crisis, el Estado ha realizado una importante inyección económica que se estima cerca al 12% del PBI. Esta, conforme a la ministra Alva traerá consecuencia en la economía nacional por generaciones. Evidentemente su impacto también se verá reflejado en el avance en lo que se refiere a los DESC. Por eso, no compartimos ni hemos analizado que la solución, que se ha escuchado en algunos medios, para permitir la continuidad del servicio y no vulnerar en especial, los artículos 58°, 60° y 62°, es que el Estado, cumpliendo con el mandato del artículo 17 constitucional debería subvencionar las boletas de los alumnos de los colegios privados que se han visto imposibilitados de pagarlas.

Bernal Gallegos, Juan Pablo. Controlando la educación y sus precios, en El Gobierno, Lima, 2020.

<<https://diarioelgobierno.pe/opinion/controlando-la-educacion-y-sus-precios-por-juan-pablo-bernal/>>

Bullard González, Alfredo. “El control de precios en el Perú, por Alfredo Bullard”, en Diario El Comercio, Lima, 2016, <<https://elcomercio.pe/politica/opinion/control-precios-peru-alfredo-bullard-391583-noticia/?ref=ecr>>

Campos Torres, Joseph. “La economía contra las cuerdas y el debate jurídico: Una aproximación desde el modelo económico de la Constitución”, en la Ley El Ángulo Legal de la Noticia, Lima, 18 de abril de 2020, <<https://laley.pe/art/9580/la-economia-contra-las-cuerdas-y-el-debate-juridico-una-aproximacion-desde-el-modelo-economico-de-la-constitucion>>

Cárdenas Quirós, Carlos. “Autonomía Privada, Contrato y Constitución”, en De La Puente y Lavallo Manuel, et al.: contrato & mercado, Lima, Gaceta Jurídica S.A., primera edición, 2000, pág. 65-85.

Cárdenas Quirós, Carlos. “Autonomía Privada, Contrato y Constitución” en Bullard, Alfredo y Fernández, Gastón (editores): Derecho Civil Patrimonial, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pág. 39-60.

Consortio de Centros Educativos Católicos. A la opinión pública, pronunciamiento por el Decreto Legislativo N° 1476-2020-MINEDU. Lima: Consortio de Centros Educativos Católicos del Perú, <<http://www.ccec.edu.pe/wp-content/uploads/2020/05/PRONUNCIAMIENTO-SOBRE-EL-D.L.-1476-MINEDU.pdf>>

De la Puente y Lavallo, Manuel. El Contrato en general, comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I, Lima, Palestra editores, tercera edición, 2017.

EDITORIAL LAMPADIA. “DL 1446 interviene los contratos y viola la Constitución. ¿El gobierno quiere acabar con la educación privada?, Lima, Lampadia. Muchos opinan. pocos analizan, 2020, <<https://www.lampadia.com/analisis/editorial/el-gobierno-quiere-acabar-con-la-educacion-privada>>

Gutiérrez Camacho, Walter. “Economía de mercado y contratación”, en De La Puente y Lavallo, Manuel, et.al.: Contrato & mercado, Lima, Gaceta Jurídica S.A., primera edición, 2000, pág. 129-155

Gutiérrez Camacho, Walter. “art 58: estado orientador y promotor” en AA.VV: La Constitución Comentada: análisis artículo por artículo, tomo ii, segunda edición aumentada y revisada, 2013, pág. 13-26.

Gutiérrez Camacho, Walter. “art 59: libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo” en AA.VV: La Constitución Comentada. análisis artículo por artículo, tomo ii, segunda edición aumentada y revisada, 2013, pág. 38-56.

Kresalja Roselló, Baldo. “Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica” en: Pensamiento constitucional, nº 12, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pág. 17-117.

Kresalja Roselló, Baldo y Ochoa Cardich, César Augusto. Derecho Constitucional Económico. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

Landa Arroyo, César Rodrigo. “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la constitución económica de 1993”, en: revista de derecho administrativo, lima: Circulo de Derecho Administrativo, 2007, pág. 29-46.

Landa Arroyo, César Rodrigo. “El principio de subsidiaridad en el marco de la constitución económica del Perú”, en: Revista Forseti, Lima, DERUP editores, 2016, pág. 145-157.

Rubio Correa, Marcial, Eguiguren Praeli, Francisco y Bernales Ballesteros, Enrique. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la constitución, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

Santistevan de Noriega, Jorge “art 58: estado orientador y promotor”, en AA.VV, La constitución comentada. análisis artículo por artículo, tomo ii, segunda edición aumentada y revisada, 2013, pág. 27-37.

Stucchi Pierino. La amenaza del control de precios hecha realidad, en Diario gestión, Lima, 2020, <<https://gestion.pe/blog/reglasdejuego/2020/05/la-amenaza-del-control-de-precios-hecha-realidad.html/?ref=gesr>>

Tovar Mena, Teresa. “¿con licencia para concentrar? a propósito del artículo 3 de la ley de represión de conductas anticompetitivas”. en: revista ius et veritas, Lima, ius et veritas, 2009, pág. 162-177.

b. Legislación

Poder Ejecutivo de Perú. Decreto Legislativo N° 757, Lima, 1991

Congreso Constituyente Democrático. Constitución Política del Perú, Lima, 1993

Congreso de la República del Perú. Ley N° 27332, Lima, 2000

Poder Ejecutivo de Perú. Decreto Legislativo n° 1476, Lima, 2020

Ministerio de educación de Perú. Resolución Ministerial N° 178-2020-MINEDU, Lima, 2020.

c. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional de Perú: acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N° 140-2001. Expediente N° 0008-2003-AI/TC, sentencia final del 11 de noviembre de 2003.

Tribunal Constitucional de Perú: Cooperativa de trabajo y fomento de empleo Santo Domingo y otras. Expediente N° 02670-2002-AA/TC, sentencia final del 30 de enero de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley N° 27633, modificatoria de la Ley N° 27143. Expediente N° 018-2003-AI/TC, sentencia final del 26 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú: Taj Mahal Discoteque y otra. Expediente N° 03282-2003-AA/TC, sentencia final del 15 de junio de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú: demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley N° 26271. Expediente N° 0034-2004-AI/TC, sentencia final del 15 de febrero de 2005.

Tribunal Constitucional de Perú: Larry Jimmy Ormeño Cabrera. Expediente N° 04232-2004-AA/TC, sentencia final del 3 de marzo de 2005.

Tribunal Constitucional de Perú: Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre. Expediente N° 2736-2004-PA/TC, sentencia final del 16 de diciembre de 2005.

Tribunal Constitucional de Perú: Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre. Expediente N° 2736-2004-PA/TC, sentencia final del 16 de diciembre de 2005.

Tribunal Constitucional de Perú: Feliciano Contreras Arana. Expediente N° 04646-2007-PA/TC, sentencia final del 17 de octubre de 2007.

Tribunal Constitucional de Perú: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley N° 28988-Ley que declara a la educación básica como servicio público esencial. Expediente N° 00026-2007-PI/TC, sentencia final del 28 de abril de 2009.

Tribunal Constitucional de Perú: demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28564, Ley que deroga la Ley N° 27504 y restituye el tercer párrafo del artículo 5º de Ley Universitaria. Expediente N° 00017-2008-PI/TC, sentencia final del 15 de junio de 2010.

Tribunal Constitucional de Perú: colegio particular San Francisco de Asís. Expediente N° 02715-2011-PA/TC, sentencia final del 20 de marzo de 2012.

Tribunal Constitucional de Perú: Caso Ley de Protección a la Economía Familiar. Expediente N° 0011-2013-PI/TC, sentencia final del 29 de agosto de 2014.

Tribunal Constitucional de Perú: Caso Ley Universitaria. Expedientes N° 0014-2014-PI/TC, 0016-2014- PI/TC, 0019-2014- PI/TC y 0007-2015- PI/TC, sentencia final del 10 de noviembre de 2015.