

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA DE DERECHO**



**DERECHO A LA LIBRE EMPRESA Y EL TRATAMIENTO  
JURÍDICO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FRENTE AL  
DECRETO LEGISLATIVO N° 1476**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**CARLOS ENRIQUE PACHECO AVENDAÑO**

**ASESOR**

**VÍCTOR JAVIER SÁNCHEZ SECLÉN**

<https://orcid.org/0000-0002-3953-5526>

**Chiclayo, 2021**

**DERECHO A LA LIBRE EMPRESA Y EL TRATAMIENTO  
JURÍDICO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FRENTE  
AL DECRETO LEGISLATIVO N° 1476**

PRESENTADA POR:  
**CARLOS ENRIQUE PACHECO AVENDAÑO**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR

Carlos Augusto Tejada Lombardi  
PRESIDENTE

Freddy Ronald Centurión González  
SECRETARIO

Víctor Javier Sánchez Seclén  
VOCAL

## **Dedicatoria**

A aquella persona que hizo centrar mi camino no solo académico, sino también de vida, a mi madre, mi primo, mi tía y mis hermanos.

## **Agradecimientos**

Agradezco a Dios por ser luz en ese sendero constante de la vida.

A mis padres por guiarme en el camino del bien y lo justo.

A mis hermanos por darme instrucción de unión, paciencia y fortaleza.

A mi asesor temático, Dr. Víctor Sánchez Seclén, por haberme guiado en la parte final de esta investigación.

Y a mí asesora metodológica, Dra. Katherine Alvarado, por estar ahí siempre para absolver cada duda surgida en la redacción del presente artículo.

# ÍNDICE

<b>Resumen.....</b>	<b>6</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>7</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>8</b>
<b>I. Marco teórico - Conceptual.....</b>	<b>10</b>
1.1. Antecedentes .....	10
1.2. Bases Teóricas Conceptuales .....	11
1.2.1. Derecho a la Libre Empresa en el Estado de Emergencia .....	11
A) La constitución económica del Perú y la libre empresa .....	11
a.1. Origen del derecho a la libre empresa .....	13
a.2. La libre empresa como derecho fundamental.....	15
a.3. El contenido esencial de la libertad de empresa según el Tribunal Constitucional Peruano.....	17
B) Medidas excepcionales y temporales en el Estado de Emergencia .....	19
b.1. La afectación a la Libre Empresa .....	19
1.2.2. Protección al consumidor de servicios educativos.....	21
A) Marco normativo nacional .....	21
a.1. El consumidor en la Constitución Política del Perú.....	22
a.2. Código de Protección y Defensa del consumidor .....	24
B) La protección al consumidor de servicios educativos .....	26
b.1. Definición y alcances del consumidor de servicios educativos .....	26
<b>II. Materiales y Métodos .....</b>	<b>26</b>
<b>III. Resultados y Discusión.....</b>	<b>27</b>
3.1. Análisis del Decreto Legislativo 1476 a la luz de la Libertad de Empresa.....	27
3.1.1. Análisis General .....	27
A. Contexto .....	27
B. Objeto y Finalidad de la Ley .....	27
C. Ámbito de aplicación .....	28
3.1.2. Errores en la Ley .....	28
A. Transparencia de la información sobre prestaciones y costos .....	28
B. Correspondencia entre las pensiones y los servicios brindados .....	30
C. Supervisión o fiscalización .....	31
D. Correspondencia entre las pensiones y los servicios brindados.....	32
3.2. El equilibrio entre la libertad de empresa y la protección al consumidor de servicios educativos, en un carácter excepcional producto de la pandemia .....	33
3.2.1. El contexto excepcional del DL 1476 .....	33

3.2.2. Puntos medios entre el Derecho a la Libre Empresa y el consumidor de servicios educativos.....	34
<b>Conclusiones .....</b>	<b>35</b>
<b>Recomendaciones.....</b>	<b>35</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>35</b>
<b>Anexos.....</b>	<b>38</b>

## Resumen

El 4 de mayo del 2020, debido a la pandemia del Covid-19, el Congreso otorgó facultades al Poder Ejecutivo para que legislara en materia educativa, ya que empezaban a existir conflictos entre los padres de familia y los proveedores del servicio de educación básica, respecto si se debería bajar o no el monto de las pensiones y matrículas de los colegios debido a que ante las variaciones obvias de lo previamente pactado por el servicio educativo, muchos de los servicios que se podían antes brindar de forma presencial, en una modalidad virtual se harían imposible de cumplir

Es así como se da el Decreto Legislativo N° 1476, el mismo que lejos de armonizar la relación de consumo, trajo mayores problemas, puesto que no parece ser lo que esperaban los padres, un control de precios por parte del Estado.

La presente investigación es cualitativa, de tipo documental, haciendo un análisis del tratamiento de este Decreto Legislativo y su posible vulneración a la Libre Empresa criticando la transparencia de la información sobre las prestaciones y costos, la correspondencia entre las pensiones, los servicios brindados y otros, para finalmente determinar un equilibrio entre los Derechos a la Libre Empresa y el de Protección al Consumidor.

**PALABRAS CLAVES:** Libre Empresa, Economía social de mercado, Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 1476, Consumidor de servicios educativos.

## Abstract

On May 4, 2020, due to the COVID-19 pandemic, the Congress empowered the Executive Power to legislate on educational matters, since there were conflicts between parents and providers of basic education services, regarding whether or not to lower the amount of school fees and tuition, due to the obvious variations of the previously agreed upon educational service, many of the services that could previously be provided in person, in a virtual modality would become impossible to comply with.

This is how Legislative Decree No. 1476 came about, which far from harmonizing the consumer relationship, brought greater problems, since it does not seem to be what parents expected, a price control by the State.

The present research is qualitative, documentary type, making an analysis of the treatment of this Legislative Decree and its possible violation of Free Enterprise, criticizing the transparency of information on benefits and costs, the correspondence between pensions, services provided and others, to finally determine a balance between the Rights to Free Enterprise and Consumer Protection.

**Keywords:** Free Enterprise, Social Market Economy, Consumer Protection, Legislative Decree No. 1476, Consumer of educational services.

## Introducción

En el marco del Estado de Emergencia por el nuevo coronavirus, el Congreso de la República del Perú, otorgó facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre diversos temas; algunos de ellos ligados a las competencias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y el ámbito de la educación básica privada, tal es el caso del Decreto Legislativo N° 1476, el mismo que establece medidas para garantizar la transparencia, protección de usuarios y continuidad del servicio educativo no presencial en las instituciones educativas privadas de educación básica, en el marco de las acciones para prevenir la propagación del Covid-19, que busca mostrar a los usuarios los costos del servicio de educación básica ante los cambios que surgieron por la pandemia.

Por ello, la promulgación de dicho Decreto, ha creado gran controversia entre los consumidores del servicio educativo en razón de posibles vulneraciones en el servicio educativo (modalidad virtual), debido a que el mencionado cuerpo legislativo se emite en el marco del principio de protección al consumidor, el mismo que es de vital importancia ya que es entendido como aquel estatus del que debe gozarse el consumidor frente al prestador del servicio.

En este orden de ideas, el sector educativo ha sufrido cambios abruptos, como el desarrollo de clases bajo la modalidad virtual, la cual ha reemplazado a la presencial, que por la naturaleza de la pandemia ha hecho imposible su normal desarrollo, lo cual ha exigido una variación en el monto del cobro del servicio.

Es en este panorama que tomamos en cuenta a la libre empresa y la protección al consumidor, las cuales se desarrollan en una Economía Social de Mercado (ESM), la misma que es el modelo económico nacional, demostrando en qué medida la equidad y justicia están presentes en la libre dinámica de mercado y cuánta libertad hay en su ejercicio, quedando en evidencia que se necesita de la ESM para el correcto desarrollo de la protección al consumidor frente a relaciones asimétricas entre el proveedor y el consumidor, todo esto fundado en la constitución económica o modelo económico que rige nuestro país.

La libertad de empresa y el tratamiento jurídico de protección al consumidor como base de este estudio toman importante relevancia en la presente coyuntura, que ha obligado al Estado Peruano declarar un Estado de Emergencia, y a los peruanos a cambiar de forma precipitada sus habituales modos de vida, afectándose así sectores como educación, economía y otros.

Por lo tanto, resulta cierto que la situación de los padres y los colegios es muy complicada, ya que habrían llegado a renegociar en la mayor parte de casos de forma voluntaria la variación del contrato, en razón del distinto servicio recibido a causa de la pandemia; el hecho de que la cuarentena continúe hasta finalizar el año escolar, generó un desconcierto en los consumidores frente a los proveedores de servicio educativo respecto a la variación del servicio prestado, logrando afectar así el derecho a la Libre Empresa.

Luego de haber analizado la situación problemática planteamos la siguiente pregunta: ¿Los lineamientos dados en defensa del consumidor con el Decreto Legislativo N° 1476, están vulnerando la libertad de Empresa de los centros educativos de educación básica en un Estado de Emergencia producto de una pandemia?

Para responder dicha pregunta se plantea la siguiente hipótesis: Si los lineamientos en defensa del consumidor con el Decreto Legislativo N° 1476 están vulnerando de forma directa o indirecta a las estrategias que adoptan los centros educativos de educación básica como

empresa, entonces se estaría vulnerando el derecho a la libre empresa contenido en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú.

Para desarrollar la investigación se ha planteado como objetivo general: Determinar si los lineamientos en defensa del consumidor con el Decreto Legislativo N° 1476 están vulnerando u afectando de forma directa o indirecta a las estrategias que adoptan los centros educativos de educación básica como empresa. Como objetivos específicos: a) Analizar el tratamiento del Decreto Legislativo N° 1476 y su vulneración del derecho a la Libertad de Empresa bajo el panorama actual de Estado de Emergencia, b) Determinar un equilibrio entre la libertad de empresa y la protección al consumidor de servicios educativos bajo el Estado de Emergencia.

Considerando lo ya mencionado, es relevante con esta investigación determinar de forma exacta, en qué punto con el Decreto Legislativo N° 1476 se ha podido vulnerar el derecho a la Libre Empresa, y a su vez, contribuir con un tratamiento del ya mencionado Decreto bajo el panorama actual de la pandemia, donde se garantice el derecho a la Libre Empresa, sin dejar de lado la protección al consumidor.

Por último, este Decreto Legislativo, parece entonces incidir directamente en los ingresos de las Instituciones Educativas Particulares, los mismos que cubren gastos importantes como el pago de planillas, mantenimiento, alquiler de locales, pago de servicios, entre otros, llevando así a la empresa a un desequilibrio en cuanto a sus balances de ingresos lo cual afectaría sus políticas empresariales y con mayor razón, su permanencia en el mercado de educación básica.

## I. Marco teórico - Conceptual

### 1.1. Antecedentes

Los antecedentes que se detallan en el presente acápite comprenden algunas fuentes que analizan el desarrollo en nuestro país, de las figuras jurídicas que son de interés para nuestra investigación respecto del problema que tratamos, son los siguientes:

Alvear, J. (2016). Consumidor y Empresario: ¿Relaciones jurídicas conflictivas? Hacia una concepción relacional del derecho del consumidor. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 N.º 3.

A fin de buscar una concepción pacifista respecto de la protección al consumidor, la presente investigación desarrolla la doctrina y le legislación del derecho comparado a fin de buscar ese equilibrio entre consumidor y empresario.

Esta investigación intenta dejar de lado la noción conflictiva que puede existir de la protección al consumidor, buscando así una parte media entre esta protección y la libertad de empresa del proveedor del bien o servicio.

Medina, W. (2020). Libertad de empresa y la COVID-19. *La Ley*.

El autor hace un análisis de la libertad de empresa frente al Decreto Supremo que amplía las actividades económicas de la fase 2 de reactivación económica, haciendo con esto hincapié a los cuestionamientos y/o beneficios existentes con este.

Este artículo plantea un panorama general y actual de la coyuntura que se está viviendo en el país a causa de la pandemia, que medidas económicas ha tomado el gobierno y que tan acertadas han resultado estas, siendo este análisis muy importante para la investigación.

Bringas, M. (2020). ¿Ha quedado en confinamiento la libre iniciativa privada en la educación? Análisis del Decreto Legislativo N° 1476 y del rol garante del Estado sobre el acceso a la educación. *La Ley*.

La autora al enfrentar el actual panorama vivido con la pandemia y el Decreto Legislativo 1476, precisa que esta resulta ser ineficaz y de suma afectación a la libertad de empresa y la libertad contractual.

Este artículo tiene importancia para nuestra investigación, puesto que engloba básicamente la situación en la cual se promulgó el Decreto Legislativo N° 1476 y dónde existe la afectación a la iniciativa privada de las empresas que brinda el servicio de educación básica.

Ravello, A. (2020). Una nueva realidad: deber de transparencia de costos para los colegios privados ante la modalidad educativa no presencial. *Revista Ius*.

Este artículo resalta que parámetros establece el Decreto Legislativo 1476 respecto del tipo de información que los colegios particulares están obligados a presentar a sus usuarios y que podrían hacer estos ante una información incompleta u errónea.

Esta investigación es de importancia ya que resalta la importancia del deber de transparencia de las empresas al momento de establecer precios, pero más que todo el deber de información para con los consumidores del servicio del servicio educativo.

## 1.2. Bases Teóricas Conceptuales

### 1.2.1. Derecho a la Libre Empresa en el Estado de Emergencia

#### A) La constitución económica del Perú y la libre empresa

En el carácter económico que establece la Constitución, respecto al rol Estatal, Landa (2002) menciona:

“[...] la intervención del Estado debe estar al servicio de los derechos fundamentales, entendida como una finalidad normativa y de alcance material de los derechos fundamentales para todos.”

La Constitución Económica es un agregado de principios y un sistema con el que la sociedad aborda el carácter económico de una nación, en su estructura intervienen instituciones con procedimientos y normas que contrastan el camino a seguir de un país en la materia referida. Nuestro país se encuentra bajo un régimen de economía social de mercado.

Al respecto Rodríguez (2016), indica:

El régimen económico de una Constitución Política es el conjunto de reglas de juego claras con rango constitucional en la que se determina el marco institucional económico de un país para un determinado tiempo de su devenir histórico, la organización jurídica de las estructuras, las relaciones económicas, así como el funcionamiento de las actividades económicas, las cuales se orientan a garantizar la gobernabilidad de un país. (p.16)

Ahora bien, resulta importante dar significado a la economía de mercado, siendo para Paniagua (2017):

[...] un conjunto de estructuras de coordinación de necesidades, de precios y de información, entre multitud de oferentes y demandantes que compiten sobre miles de bienes económicos que da respuesta, mediante el mercado y la concurrencia de la oferta y demanda sobre estos bienes, a las tres cuestiones fundamentales de toda organización económica: 1°) La producción de bienes y servicios y su volumen. 2°) Los recursos económicos y la tecnología empleados. 3°) Y, la atribución de las rentas o los beneficios. (p.859)

Estas tres cuestiones fundamentales son pilares básicos en una economía social de mercado; Aterrizando al ámbito nacional, en el Perú, desde 1979 la Constitución Política recogió este régimen para nuestro modelo económico, régimen que la Constitución vigente destina seis capítulos y refiere en su artículo 58°:

“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”.

Con esto se funda la idea que uno de los principios generales, específicamente la libre iniciativa privada, en la actualidad no se encuentren los países en la posición de crear o darse un modelo económico propio, sino solo estar en la capacidad de adherirse a los ya existentes, y por tal razón nuestra Constitución, se ha regido bajo el modelo liberal económico, no por ser esta la

mejor opción, sino por el hecho que hoy en día resulta ser el único posible, de modo que escapa de ser una opción ideológica sino que es una visión práctica.

Esta visión práctica ha significado para algunos la estabilidad necesaria para el despegue económico del país en la región y el mundo, para que el capital interno permanezca en el Perú y el externo sea convocado al país, pero de otro lado los contrarios a este régimen económico, acusan a esta llamada visión práctica de ser una profunda ceguera social puesto que, si bien este régimen económico ha sido el generador de las cifras macroeconómicas actuales, descuida a los productores de las mismas.

Desde el punto de vista constitucional, se podría explicar así:

La Constitución Económica vista como contenido será lo que se denomina la Constitución Económica Material, entendida como el ordenamiento real de la economía en una comunidad determinada. La Constitución Económica vista como norma jurídica suprema, será la Constitución Económica Formal, entendida por la manera como la constitución escrita recoge, reconoce o regula esta realidad. García (citado en Blume, 1997, p.31)

Dicho esto, debe quedar claro que existen dos formas de ver a la constitución económica, un material y otra formal, la primera que establece las reglas de juego en una sociedad económica y la segundo como se configuran estas reglas en la sociedad.

La Constitución Económica del Perú aparece por primera vez en la Constitución de 1979 y se ha mantenido vigente en la Constitución de 1993, aunque con considerables disimilitudes, al haber optado el legislador por un modelo liberal, en la teoría del Constitucionalismo Económico coherente o modelo cerrado, el cual es ajustado en menos artículos careciendo de la rigidez con que se estableció el tema en la Constitución anterior. Dedicó su Título III al “Régimen Económico”, comprendiendo seis capítulos y treinta y dos artículos: Capítulo I “Principios Generales”, (del artículo 58 al 65), Capítulo II “Del Ambiente y los Recursos Naturales”, (del artículo 66 al 69), capítulo III “De la Propiedad”, (del artículo 70 al 73), Capítulo IV “Del Régimen Tributario y Presupuestal”, (del 74 al 82), Capítulo V “De la Moneda y la Banca” (del artículo 83 al 87) y Capítulo VI “Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas”, (del artículo 88 al 89).

Ochoa (2015) partiendo de la premisa que la Constitución Económica Peruana de 1993 contiene tanto principios informadores del conjunto del ordenamiento jurídico como normas jurídicas constitucionales vinculantes, cabe señalar que sus bases fundamentales son el principio de subsidiariedad del Estado, el principio del pluralismo económico, la economía social de mercado, el principio de la libre competencia y la defensa de los consumidores y las garantías de la inversión nacional y extranjera. (p.87)

Tanto el principio de subsidiariedad del Estado, como el principio de pluralismo económico, el principio de la libre competencia y la defensa de los consumidores, así como también la protección de las garantías de la inversión nacionales y extranjera, son principios rectores de una economía social de mercado.

Todo ello en un marco donde, ha desaparecido todo principio valorativo inspirador del régimen económico, se ha producido una privatización generalizada de la vida económica, el Estado se ha convertido en un mero vigilante de la libre competencia, la libertad de contratación se ha tomado en inmune ante la ley, la propiedad privada resulta

sobre asegurada y se ha omitido cualquier referencia a los mecanismos de planificación. (Fernández, 1994, p.24)

Con esto Fernández refiere que, en una economía de libre mercado, el rol Estatal se resume en el de un celoso protector de principios como los de la libertad de contratación entre particulares y la libre competencia entre los ya mencionados, dejando de lado roles de planificación.

Es en el artículo 61° de nuestra Constitución Económica que se ha insertado la norma que se hará referencia, la misma que representa una novedad constitucional:

“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.”

El Estado es mayormente un vigilante en la actividad económica, prohibiendo así prácticas que destabilicen el correcto funcionamiento del mercado, para ello mediante la Constitución establece pautas de actuaciones permitidas y prohibidas bajo un régimen de libre mercado, como lo es el artículo anteriormente mencionado, pero para esto se debe también tener en cuenta que principios o valores rigen o inspiran a la Constitución Política.

En este orden de ideas, Sumar (2018) expresa lo siguiente:

“[...] la Constitución (y a los valores que la inspiran: eficiencia, redistribución y protección de derechos fundamentales) como un ancla que dirige y limita los tipos de acción (sean permisivos o restrictivos) en relación con las empresas.” (p.266)

Estos valores que inspiran a la Constitución dan bases y límites de acción para sobre todo la protección de derechos fundamentales frente a una controversia.

Una de las características de la Constitución Económica es la libertad de empresa, y si bien es cierto se abarca de forma más amplia en el siguiente punto, resulta prudente dejar sentado que es a grandes rasgos esta característica ya mencionada:

“La libertad de empresa es la discrecionalidad de la persona jurídica, nacional o extranjera, para – conforme a ley – poder desplegar su iniciativa, inventiva, potencialidad, inversión y/o productividad.” (Chanamé, 2013, p.58)

Dentro de los parámetros exigidos por la ley, toda persona tiene total derecho de constituir y hacer empresa, pero ¿Cómo nace este derecho? A continuación, se da respuesta a esta interrogante.

### **a.1. Origen del derecho a la libre empresa**

Kresalja (2007) menciona que:

[...] hay que hacer notar que la Constitución vigente de 1993 significó un cambio importante en el régimen económico constitucional. A diferencia de lo que ocurría con las Constitución anterior de 1979, el rol del Estado queda disminuido, pues ya no formula la política económica ni planifica, y su actuación empresarial queda muy limitada, de modo que desaparece la posibilidad de reservarse actividades económicas. (p.204)

Con lo que el Estado ya no tiene un rol de promotor del desarrollo en el mercado que tenía en la Constitución Política de 1979, esto deja al sector de la empresa privada como la principal promotora del rol económico Estatal. En este sentido Torres (s.f) refiere:

No se puede obligar a invertir o a no invertir a los empresarios, ya que estos últimos son libres para ello o tiene dicho derecho. sin embargo, es claro que la empresa puede ser una micro empresa, pequeña empresa, gran empresa o corporación.

Siendo estas libertades empresariales relacionadas al carácter económico, adheridas a nuestra Carta Magna, los cuales vienen siendo principios y derechos como la protección al consumidor, la libre competencia, la protección del trabajador frente al empleador, la libre iniciativa privada, así como también la empresarial, la libertad contractual, la propiedad, etc. Es sobre estas bases que se encuentra sentado nuestro actual Constitucionalismo Económico.

La constitución de 1993, defiende en sus artículos 58, y 59 principios como el de la libre iniciativa privada, la libertad de trabajo u la libertad de empresa, estos ejercidos en una economía social de mercado, para tener una visión más amplia de estos principios defendidos es necesario citar el artículo 1, el cual indica:

“[...] la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”

Además, en el artículo siguiente refiere en su inciso 1: que toda persona tiene derecho a su libre desarrollo y bienestar, en el inciso 2: la igualdad ante la ley, en el inciso 8: la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, en el inciso 14: defiende la libertad de contratar con fines lícitos, en el inciso 15: el trabajar libremente, en el inciso 16: a la propiedad y en el inciso 17: a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación. Es necesario también citar el artículo 65° de nuestra constitución, en el cual el Estado:

[...] defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Dicho esto, debe quedar sentado que La libertad de Empresa y La Defensa de la Competencia, están parcialmente unidos, de modo que:

“La igualdad de oportunidades en la iniciativa privada como límite estructural a la libertad de empresa... reflejo del paradigma de la economía de mercado.” (Torres, 2010, p.387)

Esto referido a que todos los participantes en el mercado tienen igualdad de oportunidades, así como también es decisión de ellos permanecer o salir del mismo al que han decidido emprender a partir de su derecho a la Libre Empresa.

Pero pese a este reconocimiento Constitucional, ¿En realidad estos derechos son realmente reconocidos en un Estado que goza de una economía social de mercado?

Para dar respuesta a esta incógnita, primero analizaremos como funciona este derecho en el Derecho Comparado.

## a.2. La libre empresa como derecho fundamental

En el Perú es el máximo intérprete de la Constitución Política quien ha desarrollado de forma más amplia el derecho a la Libre Empresa, sus alcances y sus fundamentos, situándola y dándole un reconocimiento de Derecho Fundamental en el Expediente N° 0011-2013 PI/TC, el cual corresponde a una Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar respecto del pago de pensiones en Institutos, Escuelas Superiores, Universidades y Escuelas de Posgrado Públicos y Privados, interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte, en dicho expediente el tribunal se pronuncia respecto al derecho a la libre empresa de la siguiente forma:

La libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción o de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades.

Además, en el expediente N.° 01405-2010-PA/TC- Callao, el cual se trató de un Recurso de agravio constitucional interpuesto por Corporación Rey S.A., el Derecho a la Libre Empresa en el fundamento 13° de la referida es reconocido de la siguiente forma:

En este contexto, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución.

De modo que surge la incógnita si es verdaderamente en el Perú un derecho fundamental la libertad de empresa, desde una visión positiva, no lo es puesto que no forma parte de los derechos fundamentales en nuestra carta magna ; Capítulo I: Derechos Fundamentales de la persona, Título I: de la persona y de la sociedad), no puede considerarse como tal, de otro lado desde la visión interpretativa, es si un derecho fundamental, porque este derecho tiene total relación con la autorrealización de las personas para lograr un progreso optimo en una economía social de mercado, a ésta segunda teoría es a la que me acojo en mi investigación.

Sumado a esto el Derecho a la Libre Empresa cumple con presupuestos para considerar a un Derecho como Fundamental.

Tales presupuestos como afirma Ferrajoli (2001)

[...] los contenidos de los derechos fundamentales, o sea, a la naturaleza de las necesidades protegidas por ellos, es en gran parte consecuente al análisis que precede sobre sus caracteres estructurales: universalidad, igualdad, indisponibilidad, atribución ex lege y rango habitualmente constitucional y por ello supraordenado a los poderes públicos como parámetros de validez de su ejercicio. (p.35)

Estos presupuestos hacen que un Derecho por medio de la interpretación pueda ser reconocido como fundamental por el gran intérprete de la Constitución Política, El Tribunal Constitucional.

Zambrano (s.f), agrega que:

“Ningún derecho fundamental puede dejar de estar enunciado en la Constitución. Esto implica un nivel constitucional, es decir, un nivel normativo superior a cualquier otro rango normativo. Por ello no se puede negar este derecho.” (parr. 7)

Eso no significa que los Derechos Fundamentales pueden usarse anulando cualquier norma que se le enfrente. De existir alguna limitación de este tipo se deberá someter a una evaluación, sobre el rango o categoría normativa de la norma que está en oposición, para finalmente comprobar si esa norma anula el derecho o simplemente lo limita a intereses o principios superiores del Derecho.

De este modo, el Derecho a la Libertad de Empresa solo podrá ser limitado por otro Derecho constitucional, y no por un derecho de menor jerarquía. El Estado, la sociedad y la persona jurídica o natural están obligados al cumplimiento de esto, como un imperativo categórico.

Para Rubio (2010), la libertad de empresa, como norma constitucional, puede, de ser el caso, a la jerarquía de normas es la “regla según la cual hay normas superiores y normas inferiores en rango, de tal manera que las superiores y normas inferiores en rango, de tal manera que las superiores y normas inferiores en rango, de tal manera que las superiores condicionan tanto la forma de emisión de las normas (pues dicen quien las debe dictar y como) como su contenido (dado que hay jerarquía, las normas inferiores deben respetar los mandatos de los superiores). (p.17)

La jerarquía normativa implica subordinación de un grupo normativo frente a otro grupo normativo; Cabe resaltar que en el supuesto hecho en que sucediera una contradicción entre dos normas, primaría la de mayor rango

Una de las consecuencias de la contradicción normativa consiste en que:

Las normas inferiores no deben contradecir a los superiores de manera que resulten incompatibles con ellas. Si tal cosa sucediese (es decir, en caso de incompatibilidad entre la norma inferior y la superior), entonces la norma superior primará sobre la inferior y esta será, o bien no aplicada mediante el control difuso, o bien declarada inválida mediante el control concentrado de la jerarquía del orden jurídico. (Rubio, 2010, p.18)

Ante una contrariedad de normas, es claro que primará la norma de mayor rango y la inferior quedaría de lado

Es consecuencia de este razonamiento que cuando se ostenta, lesiona, vulnera o violenta una norma con rango constitucional, como el de la libertad de empresa, se puede, para proteger, salvaguardar o restituir el derecho, apelar al uso del control difuso y control concentrado, que en el derecho procesal se peticionan a través de un recurso dentro de un proceso judicial abierto (control difuso), o a través de la acción de inconstitucionalidad de las leyes, o mediante la acción popular (en el caso de control concentrado). (Rubio, 2010, p.18)

Ante la vulneración del Derecho a la Libre Empresa, éste será protegido mediante dos mecanismos como la Acción de Inconstitucionalidad, donde se declarará valga la redundancia la inconstitucionalidad de una norma al contrariar lo que dicta la Constitución, o mediante la

Acción Popular, el cual procederá contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que atenten contra la Constitución y la Ley.

### **a.3. El contenido esencial de la libertad de empresa según el Tribunal Constitucional Peruano**

Para desarrollar este punto se debe traer una vez más a colación la sentencia N° 3330-2004 emitida por el máximo intérprete de la Constitución, en adelante “TC” quien en su fundamento 13, siguiendo a Kresalja (2004) señala que:

“El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.” (p.540)

1. En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.

Esto indica que toda persona está facultada de iniciar una actividad empresarial, además de ingresar y salir del mercado cuando lo desea sin que exista impedimento alguno.

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

De este modo toda persona que emerge un negocio tiene la capacidad de gestión de su empresa, así como también de las funciones particulares de su poder de dirección de esta.

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

En este punto el TC se refiere a que en el mercado todos tienen de libertad de competir con todos los que se encuentren en su rubro de negocio, sean micro o macroempresas, estos pueden competir con cualquiera de ellos en relación a los productos o servicios que ofrezcan en el mercado.

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

Toda actividad empresarial iniciada puede cesar en el momento en que quien la emprendió así lo considere necesario por causas propias o de mercado o las que este crea conveniente.

Sumado a esto, Rodríguez (2001), menciona lo siguiente:

Parece que el TC concibe la libertad de empresa como un derecho que se desdobra en dos vertientes: el derecho a iniciar la actividad empresarial y el derecho a sostener en libertad la actividad empresarial. Pese a no referirse expresamente al derecho de cesar en la actividad empresarial, tal posibilidad podríamos entenderla contenida en el derecho a sostener libremente la actividad empresarial, ya que difícilmente ese “sostener podría calificarse como libre si no se tuviera la posibilidad de cesar en el mismo libremente. (p.97)

Por otro lado, si hablamos de como el TC resuelve estos casos de derechos económicos, como lo es la Libertad de Empresa dentro de su contenido esencial, hay dos conclusiones, refiere el Tribunal Constitucional del Perú (2018):

La primera es que cuando el Tribunal Constitucional utiliza el test de proporcionalidad, las probabilidades de que la demanda sea fundada son mayores. El problema – si consideramos deseable este tipo de protección – es que el Tribunal usa el test de proporcionalidad en menos de la mitad de los casos y, cuando lo hace, lo usa de forma inapropiada. La segunda conclusión es que, cuando el Tribunal enfrenta una demanda sobre derechos económicos, las probabilidades de la demanda de ser fundada son menores. Esto es llamativo si se toma en cuenta que en Perú – formalmente – no existe diferencia entre la importancia de los derechos fundamentales. (p.17)

El uso del test de proporcionalidad resulta ser el mecanismo más idóneo para la resolución de conflictos de dos derechos fundamentales, sobre todo cuando uno de ellos es el de Libre Empresa, aunque resulta desafortunado que, en conclusiones llegadas por el mismo TC, los procesos sobre derechos económicos en su mayoría sean infundados.

Respecto a la protección de las libertades económicas, Tribunal Constitucional del Perú (2018) refiere que:

En el Perú tenemos algo así como dos cortes supremas operando simultáneamente: una es parte del Poder Judicial (la Corte Suprema) y la otra es el Tribunal Constitucional (una corte independiente). Ambas derivan su autoridad de la propia Constitución. Una está destinada a resolver casos relacionados con la interpretación de leyes y la otra aplica una interpretación constitucional. En la práctica, ambos tipos de interpretaciones tienden a superponerse, por ende, la distinción de sus funciones es más teórica que real. (p.19)

Existen resoluciones emitidas por la Corte Suprema que bien pueden ser acreditadas en el TC o desacreditadas por considerarse que están contrariando Derechos Fundamentales, de modo que resulta cierto la afirmación que, en la realidad, sus pronunciamientos tanto de la Corte Suprema como del Tc tienden a superponerse, es por ello que:

En el ámbito del derecho privado, la constitucionalización en el país está vinculada a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados y los límites de la libertad contractual. Landa (citado en Alvites, 2018, p.367)

Con esto se da respuesta a la interrogante al inicio planteada, ¿En realidad estos derechos son realmente reconocidos en un Estado que goza de una economía social de mercado? Esto referido a los presupuestos mínimos que presupone el Derecho a la Libre Empresa, pues la respuesta es no, puesto que se enfrentan la protección de derechos de privados contra los límites de la libertad contractual así como también la libre empresa, esta última no siendo o no recibiendo mejor dicho la protección o reconocimiento merecido como Derecho fundamental el cual ha quedado sentado por el máximo intérprete de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional y sumado a esto se encuentra la afectación que sufre este derecho (Libre Empresa) en un Estado de Emergencia, esto producto de la actual pandemia que estamos viviendo, la cual ha devenido en la participación Estatal, haciendo uso así de su rol social, en el próximo apartado se identifica ésta problemática actual, cómo tuvo inicio y como se viene desarrollando.

## **B) Medidas excepcionales y temporales en el Estado de Emergencia**

Ahora, ¿Qué ha traído este Estado de Emergencia?, pues ha traído ciertas restricciones a Derechos constitucionalmente reconocidos para la búsqueda de fines mayores, como la salud pública y la vida misma de los ciudadanos. Entre estas restricciones o suspensiones se encuentran las de:

A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley. (Artículo 2, inc. 9 CPP)

Pudiendo entrar la policía o fuerzas armadas a domicilios para hacer detenciones a personas que de alguna u otra forma estén perturbando la realización del toque de queda, u otras razones análogas al Estado de Emergencia.

A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería. (Artículo 2, inc. 11 CPP)

La salvedad a esto se encuentra las razones de sanidad, con lo que la libertad de tránsito quedará restringida, no perdiendo la libertad de forma absoluta, más si relativa, dentro del horario establecido para el toque de queda, con lo que se busca la protección de la salud pública.

A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas. (Artículo 2, inc. 12 CPP)

Quedando entonces también suspendido el derecho de reunión, bajo la premisa que la pandemia se propaga mediante las personas, evitándose entonces más contagios mediante el distanciamiento social, por tal motivo queda entonces restringida esta libertad, de darse el caso, no existe lo expuesto en el inciso 9, “la inviolabilidad de domicilio”.

A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia... (Artículo 2, inc. 24 CPP)

Pudiéndose detener a las personas durante el Estado de Emergencia sin necesidad de flagrancia, ni mandato judicial, pero sin perder el derecho a comunicarse con su abogado, ni el que un juez tome en conocimiento el momento inmediato de su detención, más sí ser detenidos ante el incumplimiento del toque de queda o alguna norma o mandato establecido dentro del Estado de Emergencia.

Estas medidas son algunas de las tomadas por el carácter excepcional que significa el Estado de Emergencia producto de la pandemia que estamos viviendo en este tiempo, la misma que ha hecho que el Estado busque mecanismos para incentivar la actividad empresarial y así lograr su reactivación de forma periódica.

### **b.1. La afectación a la Libre Empresa**

Aproximadamente en diciembre del año 2019 se anunció en China los primeros casos de una extraña enfermedad que se caracterizaba por atacar el sistema respiratorio de las víctimas, las cuales en tal país se fueron sumando muy rápidamente durante los tres primeros días, hasta que en el día quince, se determinó gracias a los test de detección que se trataba del Covid 19, en la antigüedad pudieron haber existido muchas enfermedades no teniendo la capacidad de contagio que ha tenido esta enfermedad gracias a la globalización ya que día a día gracias a la tecnología

estamos más conectados con ciudadanos de todos los continentes, siendo ahora más fáciles y accesibles los viajes a otros países del mundo.

Producto de la llegada de la pandemia a nuestro país una de las primera respuestas del país fue la emisión de un Decreto Supremo para declarar el Estado de Emergencia, emitido por el ejecutivo con el que entre otras medidas declaró iniciar una cuarentena a nivel nacional, con toques de queda por encima de horas determinadas, inmovilizaciones totales los días domingos y otras más, al día de hoy, las medidas adoptadas han sido variadas en razón de la reactivación económica nacional y el levantamiento de la cuarentena.

La pandemia ha traído una afectación a distintos sectores económicos, que, pese a los intentos del gobierno por reactivar la economía, no se ha logrado aún los resultados requeridos; en este punto plantaremos algunos de estos sectores y de que forma la pandemia ha interrumpido su actividad económica.

La Asociación Peruana de Agencias de Viaje y Turismo, a través de su representante, Ricardo Acosta refirió:

[...] hasta la semana pasada que 80% de las reservas habían sido canceladas, incluyendo paquetes para Semana Santa, viajes escolares para mayo, paquetes pactados para Fiestas Patrias y otras actividades en esta temporada alta de turismo. (Gestión, 2020, parr.5)

Habiendo quedado demostrado que el virus se transmite mediante el contacto de las personas, otra medida del Gobierno para evitar la continuación de la propagación de la pandemia fue limitar por completo los viajes nacionales e internacionales, mediante el cierre de fronteras, buscando así la disminución del porcentaje de contagio. Otro de los sectores afectados por la pandemia fue el rubro farmacéutico, el cual, debido a la escasez mundial de algunos medicamentos, no ha podido comprar los mismos a precios más bajos, por tal motivo los han estado ofreciendo a precios elevados dentro del mercado nacional, lo que provocó que el Congreso promulgue la “Ley de protección penal del consumidor contra el abuso de poder económico, la especulación y el acaparamiento”, buscando con esta ley como dice su artículo 1°:

[...] proteger al Consumidor de prácticas indebidas en la comercialización de bienes y servicios, sancionando adecuadamente el abuso del poder económico en el mercado, la especulación y el acaparamiento; y, con mayor rigor, en tiempos de emergencia nacional.

Pese a que tanto el acaparamiento como la especulación son delitos que deben ser castigados, no puede existir por parte del Estado un control de precios, más si podría existir una iniciativa por parte del Gobierno de permitir el ingreso de nuevas industrias farmacéuticas para que compitan con las ya existentes, pudiendo lograr así que los proveedores se vean obligados a bajar sus precios.

Otro sector afectado es el educativo. El Gobierno en esta materia introdujo La Resolución Viceministerial N° 090-2020 - Minedu, de fecha 3 de abril del 2020, la cual se denomina “Disposiciones para la prestación del servicio de educación básica a cargo de instituciones educativas de gestión privada, en el marco de la emergencia sanitaria para la prevención y control del covid-19”, la misma que regula la continuidad de las clases en las instituciones educativas privadas, de forma tal que el derecho fundamental de la educación no se ve interrumpido mediante la realización de las clases bajo la modalidad virtual, con disposiciones como la de recuperación de clases por el periodo donde se hizo la paralización de la actividad

escolar y la constante comunicación del proveedor del servicio educativo con los usuarios del mismo servicio.

Sin embargo, existen sectores económicos que pese a la pandemia no resultaron drásticamente afectados, entre ellos se encuentran el sector agropecuario, telecomunicaciones y financiero, al respecto la revista Andina (2020) refiere:

El INEI dio a conocer que el sector Financiero y Seguros se expandió 3.95% impulsado por el incremento de los créditos corporativos a grandes, medianas y pequeñas empresas en 7.64% principalmente los destinados a los sectores agropecuario, caza, y silvicultura; manufactura. (parr. 9)

Pero centrándonos en las medidas adoptadas por el Gobierno en cuanto el sector educativo es imperativo mencionar también la del Decreto Legislativo N° 1476, en adelante (DL), el cuál abordaremos en un punto específico, solo adelantando que el mencionado cuerpo legislativo hace mención específica del consumidor de servicios educativos, así mismo cómo está protegido en nuestro ordenamiento interno.

### **1.2.2. Protección al consumidor de servicios educativos**

#### **A) Marco normativo nacional**

Roca y Céspedes (2011) señalan que:

La protección del consumidor es uno de los instrumentos más importantes de una economía social de mercado. De su buen funcionamiento depende que la verdadera libertad de elección y el trato justo y equitativo predominen en las relaciones económicas y en el desarrollo del proceso competitivo. (p.486)

Con esto, queda en evidencia la importancia de la protección al consumidor en una economía social de mercado como la que existe en el país, de forma tal que se demuestra el grado de equidad y justicia que existe en las relaciones económicas en el mercado y además si existe o no libertad en su ejercicio.

Dicho esto, es necesario que, en la actualidad, tal reconocimiento se encuentra en el artículo 65° de la vigente Constitución, pero tiene como antecedente al artículo 110° de la Constitución de 1979, la misma que declaraba:

“El Estado... fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.”

Esta disposición Constitucional será desarrollada en el siguiente punto, pero por ahora diremos que fue desarrollada legislativamente por el nunca aplicado y poco conocido Decreto Supremo 036-83-JUS del 28 de julio de 1983, sobre medidas extraordinarias en materia económica en defensa del interés de los consumidores, la cual se denominaba: “Dictan medidas extraordinarias en materia económica en defensa del interés de los consumidores”. En ella se introdujo la primera definición normativa del consumidor:

“[...] quien mediante contrato verbal o escrito adquiere bienes, fungibles o no, o la prestación de algún servicio.”

Su vigencia fue simbólica por decirlo de alguna manera, puesto que, entre otros aspectos, jamás gozó de un marco institucional para su cumplimiento.

En la actualidad es la Constitución del año de 1993, la que en su artículo 65° desarrolla la protección al consumidor, la misma que se encuentra protegida por el Estado.

El rol Estatal no es meramente observador en cuanto al derecho del consumidor, sino también tiene un rol de garantía en cuanto a la información de bienes y servicios ofrecidos por los proveedores en el mercado o por lo menos es así como debería ser, expresado así es válido decir: “Los derechos inherentes a los consumidores y usuarios son parte indispensable de la concepción del Estado Social de Derecho y es parte integral del nuevo régimen económico de la globalización económica.” (Salazar, s.f, p.44)

Es por ello, que estos derechos en nuestro país tienen un reconocimiento Constitucional dando así, el Estado garantías de protección al consumidor en un orden de igualdad.

Dentro de la ya mencionada existe una economía eficiente y de asignación de recursos equitativa debe ser guiada por el Estado, el cual como se expresa líneas arriba no tiene un rol meramente observador, sino también protector de los derechos de uno de los pilares de la economía social del mercado, el respeto del consumidor, el cual tuvo su primer reconocimiento en la Constitución de 1979.

Al respecto, Tambussi (s.f) señala:

“El derecho del consumidor es, sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrados dentro del marco de lo que llamamos derechos humanos.”

Siendo reconocido así el derecho al consumidor como un derecho fundamental; en el siguiente punto se hablará de cómo era ese reconocimiento en nuestra Constitución Política.

### **a.1. El consumidor en la Constitución Política del Perú**

Como ya se dijo, en el Perú la protección al consumidor data desde la Constitución Política de 1979 con la cual adquirió una protección de carácter Constitucional, entonces ¿Qué mencionaba ese artículo?

Se trata del artículo 110° de la Constitución Política de 1979 y mencionaba literalmente lo siguiente:

El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.

En este artículo se habla del rol Estatal para la defensa del régimen económico a partir de la promoción de recursos, inversión de estos y el fomento del trabajo, dándole así un rol protagónico a la defensa del consumidor como la parte más débil en una relación comercial.

Existió en la Constitución Política de 1979 un principio de reconocimiento de la protección al consumidor; sin embargo, no resultó suficiente puesto que iba acompañado de otros principios

de protección a una economía social de mercado, dejando a la protección al consumidor como un bien accesorio, y no como uno principal en sí mismo.

Por ello, en la búsqueda de una buena dinámica comercial, el ordenamiento jurídico recoge estas inquietudes y, desde los años 90's comienza a establecer un nuevo campo normativo con el objeto de proteger a los consumidores por su rol importante en la economía de mercado. Se le reconoce derechos básicos que no sólo deben ser respetados por los proveedores sino por todos los agentes de mercado que participan en las actividades económicas y comerciales. (Salas, 2009, p.65)

Por esta razón se dictaron una serie de leyes, con el fin de regular, proteger y garantizar los derechos de los consumidores, estas fueron, el Decreto Legislativo N° 716 o también conocida como la “Ley de Protección al consumidor”, la cual después fue complementada por el Decreto Legislativo N° 1045 y el Decreto Legislativo N°691 “Ley de Publicidad en Defensa del Consumidor”, estos Decretos tuvieron un amparo constitucional en los años 90.

De modo que con el pasar de los años, llegamos a la actual Constitución Política vigente, que protege los intereses de los consumidores y los usuarios, sobre bienes jurídicos colectivos, como lo son: la información sobre bienes y servicios ofrecidos por el productor o proveedor, esta defensa se fundamenta en el artículo 65°, el cual establece lo siguiente:

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para al 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.

Resulta significativo mencionar que con esta Constitución, la protección al consumidor es de carácter liberal, puesto que toda controversia surgida entre el consumidor y el proveedor será en razón de la existente asimetría informativa, donde es el proveedor quien en su posición de ventaja deberá informar de forma coherente al consumidor sobre el producto o servicio que le está ofreciendo, siendo el mercado quien solucionará esta problemática, quedando en evidencia además que no será el Estado quien intervendrá en el mercado, cosa contraria que si pasaba con la Constitución de 1979, esta no participación Estatal es parte también de lo ya señalado, nos encontramos en un Libre mercado.

Siguiendo la misma línea, Bullard (2003) refiere:

La persona es protegida en el rol del consumidor únicamente en tanto y en cuanto su actuación se da en el referido ámbito del mercado, instancia que se reconoce y persigue consagrar el derecho libre de elegir qué consumir y qué producir por parte de los proveedores y los consumidores. (p.860)

Esta protección se da en razón del reconocimiento de la persona como consumidor, así como también de la libre elección del proveedor de que producir y ofertar y del consumidor de que consumir y demandar en el mercado.

Entonces podría surgir la incógnita, ¿De qué trata entonces el derecho del consumo respecto del consumidor?

Cuadros, J (2010) la responde así: “[...] El derecho de consumo pone en primer plano la tutela del mercado de consumo, mientras que el derecho del consumidor realiza la protección de la persona del consumidor.” (p.23)

Siendo así uno prácticamente parte del otro, el consumo, parte de la persona quien en este caso es denominado “consumidor” quien como se mencionó antes, en una economía de libre mercado tiene plena libertad sobre qué productos o servicios consumir o demandar dentro del mercado.

### **a.2. Código de Protección y Defensa del consumidor**

Es pertinente para dar respuesta a la anterior interrogante formulada que de forma introductoria se mencione que:

“El trato estrictamente igualitario conduce a poca competitividad, poca calidad y mucho desperdicio de recursos escasos.” (Bullard, 2003, p. 879)

Esto referido a qué dentro de una economía de libre mercado, resulta importantísima la existencia de una libre competencia, donde puedan competir las grandes empresas con las pequeñas y viceversa, ya que, de existir una igualdad de productos, servicios y precios, esto causaría una deformación en el mercado y no tendría sentido la protección del consumidor.

En efecto, si entendemos por consumidor, por ejemplo, solo al destinatario final que no se dedica a una actividad productiva, los protegidos serán muy pocos; al contrario, si se entiende que consumidor puede ser todo aquel que adquiere un producto o servicio, el espectro de potenciales consumidores es infinitamente amplio. En igual sentido, si se considera que el consumidor es uno “razonable”, se presume que este tuvo (o debió tener) cuidado y cierta diligencia al adquirir un bien o servicio, por lo que no podría reclamar ante su negligencia o falta de información; y más bien, si consideramos al consumidor “promedio”, será protegido incluso ante situaciones de aparente descuido, o posible exceso por parte de las empresas, si son cuestiones de las que no se hubiera percatado un consumidor común en condiciones normales. (Sosa, 2011, p.146)

Dicho esto, resulta imperativo mencionar algunos pronunciamientos de La Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en adelante SDC, sobre la protección del consumidor y quienes serán considerados como tal.

Aldana y Gagliuffi (2004) mencionan:

[...] el primer precedente de observancia obligatoria emitido por la SDC en el que se estableció cuál era el criterio para definir el concepto de Consumidor Final es el precedente de observancia obligatoria recaído en la Resolución N° 101 – 96/TDC – INDECOPI del 1 de enero de 1997, caso Cheenyi E.I.R.L vs Kónica S.A.

En este, la SDC, en el considerando uno y dos menciona que:

Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3 del Decreto Legislativo 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o

servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1 y 3 inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser consideradas consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes.

Al respecto, en cuanto a los Lineamientos sobre Protección al Consumidor, Indecopi (2019) establece en resolución del 30 de noviembre de 2006:

Para ser considerado consumidor no es necesario ser el adquirente del bien o el contratante del servicio. En efecto, puede ser considerado consumidor aquel que disfruta o utiliza los mismos, aunque no los hubiera adquirido. En este sentido, una persona puede entrar en contacto con un bien o servicio de muchas maneras, sin que necesariamente lo haya adquirido directamente como propietario o sin que incluso medie una relación contractual con el proveedor. Como puede verse, bajo la lógica de las normas de protección al consumidor, la noción de consumidor no se restringe a la persona que adquirió el producto, sino que tiene un alcance mayor, una significación amplia, pudiendo abarcar a personas que, si bien no adquirieron el producto, disfrutaban de este, algo impensable bajo la lógica de la responsabilidad civil. (Resolución N° 001-2006- LIN-CPC/INDECOPI, considerando 6, p.29)

Este caso aplica para los usuarios que utilizan una línea telefónica sin ser titulares de la misma.

Dicho esto, es necesario conocer la base de la relación entre el Consumidor y el proveedor, es claro que en una analogía de consumo o, mejor dicho, en una relación de oferta y demanda, ambos sujetos tienen roles protagónicos en el mercado.

Pero en este apartado nos interesa cómo se activa la protección al consumidor, entonces surge la interrogante ¿Existe un tipo de oferta al consumidor?

Durand (2013), menciona que las normas de protección al consumidor, y en especial la peruana, ha creado un tipo de oferta, la cual viene a ser la “Oferta al consumidor”, menciona respecto a ello que sus características son las siguientes:

- a) Puede o no ser recepticia, es decir, puede estar dirigida a una persona determinada o ser dirigida al mercado.
- b) Siempre es vinculante, a diferencia de la oferta al público regulada en el Código Civil.
- c) Sus alcances rebasan el mero documento contractual.
- d) En caso de ofertas promocionales, el deber de información del proveedor es agravado al punto de exigirle precisiones sobre la duración de la promoción y unidades disponibles.

Con esto se responde a la existencia de la oferta al consumidor, la cual tiene características que están referidas a los productos y servicios ofrecidos por los proveedores en el mercado, donde es el consumidor quien los demanda, y partir de sus intereses propios hace elección de alguno de ellos, puesto que éstos serán dirigidos a un grupo de consumidores o un tipo de consumidor en especial, de modo que al ser ofertados estos no pueden escapar de la realidad en cuanto a la información ofrecida, ya que de hacerlo, estarían propensos a una sanción por la afectación al consumidor además de una posible restitución del monto pagado o un cambio del producto o servicio ofrecido de forma defectuosa.

Entonces, existe la oferta al consumidor mediante la cual el proveedor ofrece bienes o servicios al ya mencionado, ahora si estos bienes son distintos a los ofrecidos por el proveedor, es responsabilidad del consumidor probar que ha sido afectado con la adquisición de un bien y servicio para lograr la restitución.

Dentro de la protección al consumidor nos centraremos de forma específica en aquel consumidor de servicios educativos, el cual en el siguiente punto pasaremos a identificarlo, a definirlo y finalmente a expresar algunos alcances respecto de este.

## **B) La protección al consumidor de servicios educativos**

Tal protección se trata principalmente de la protección al consumidor, por parte de Indecopi regulador en cuanto a la información que es ofrecida por los proveedores del servicio educativo, para que esta no solo sea correcta, sino también idónea en cuanto a los bienes o servicios que son prestados u ofrecidos.

Siendo así, es labor de Indecopi velar principalmente por el cumplimiento de lo dispuesto por el Código de Protección al Consumidor, el cual establece disposiciones respecto de servicios tales como el educativo, sector en el cual puede vigilar y supervisar a todas las instituciones de educación privada.

### **b.1. Definición y alcances del consumidor de servicios educativos**

Para el Código de Protección al consumidor, son reconocidos como consumidores de servicios educativos los padres de familia, los tutores y los alumnos, por tanto, son ellos los interesados en presentar algún tipo de reclamo ante una arbitrariedad o violación de los derechos principales que en su calidad de consumidores Indecopi protege mediante el cuerpo normativo ya mencionado.

Tal normativa establece dos obligaciones principales de los proveedores para los consumidores, estos son el deber de información y el de idoneidad, el primero debe ir referido a aquella obligación del proveedor de dar toda la información necesaria para que exista una buena elección en la relación de consumo, la cual debe de ser no solo veraz, sino también oportuna, apropiada, accesible, suficiente y de fácil comprensión; por otro lado en cuanto a la idoneidad, debe de existir perfecta relación entre lo que se espera en cuanto al bien o servicio ofrecido y el que es recibido por parte del proveedor, dependiendo de, las condiciones ofrecidas, el precio, las características y naturaleza del producto y servicio, la publicidad e información transmitida, etc.

Del otro lado de la relación de consumo, están los proveedores del bien o servicio, estos en los servicios educativos, pueden ser, los Centros Educativos de Educación Superior, los de Educación Técnico-productiva y los de Educación Básica, los cuales ofrecen su servicio por medio de una contraprestación dineraria de parte del consumidor.

## **II. Materiales y Métodos**

La presente investigación es cualitativa, de tipo documental. Como parte de su desarrollo se ha seguido un diseño de investigación bibliográfica. Se ha utilizado el método analítico para hacer una descomposición del objeto de estudio en sus elementos constitutivos (Derecho a la Libre Empresa en un Estado de Emergencia y La protección al consumidor de servicios educativos)

y la técnica del fichaje (fichas textuales, de resumen y bibliográficas) para sistematizar el fundamento teórico de la investigación. El procedimiento utilizado involucra la observación, descripción y redacción de la realidad problemática, planteamiento del problema, y objetivos (general y específicos), propuesta de la hipótesis, recopilación y selección de documentos afines al trabajo de investigación sobre el que se ha realizado una exhaustiva, sistemática y rigurosa revisión. Finalmente, se ha realizado una lectura analítica aplicando la técnica del fichaje para la redacción del informe final con las conclusiones.

### **III. Resultados y Discusión**

#### **3.1. Análisis del Decreto Legislativo 1476 a la luz de la Libertad de Empresa**

##### **3.1.1. Análisis General**

###### **A. Contexto**

En el contexto y panorama actual, el Estado ha venido haciendo esfuerzos para la mejora del sector educativo y su regulación, explorando mayores beneficios para los que buscan tener acceso a este servicio, estos esfuerzos se han visto interrumpidos debido a la pandemia que en la actualidad nos afecta y ha traído cambios drásticos en este sector.

En consecuencia, a raíz de la pandemia del COVID- 19, el Congreso dio facultades al Poder Ejecutivo para poder legislar en materia educativa, en razón de la variación de la modalidad del servicio educativo. Por ello, surgió la premisa que, si ante estos cambios era necesario reducir los costos, a lo que dando una respuesta favorable nace el DL N° 1476, el cual se promulgó el cuatro de mayo del presente año, con lo que, en vez de dar solución al problema, parece haber dado mayores preguntas que respuestas entre los proveedores del servicio de educación básica y los consumidores, en este orden de ideas, Tejada (2020) refiere:

[...] dicha norma únicamente ordenó a los colegios a desnudar sus costos para que, obligados algunos, reajusten sus pensiones. La norma llegó, incluso tarde, pues muchos colegios ya habían hecho reajustes a sus pensiones, en un acto de sinceramiento, solidaridad y válida fidelización con su cliente, el padre de familia.

###### **B. Objeto y Finalidad de la Ley**

El DL 1476, tiene por objeto según señala su artículo 1, establecer disposiciones que garanticen la transparencia, el derecho a la información y la protección de los/as usuarios/as de los servicios educativos brindados por instituciones educativas durante la pandemia producto del COVID- 19.

Por otro lado, este DL, tiene por finalidad como lo expresa su artículo 2, hacer efectiva la transparencia en cuanto a la información vertida por los proveedores de servicios de educación básica a los consumidores de este servicio en los tiempos de pandemia por el que atravesamos

Este Decreto, es muy criticado y en este apartado haremos mención de una de estas críticas que desarrollaremos más adelante en la investigación, la llamada “transparencia de precios”, medida la cual obliga a los promotores de los colegios dar información respecto de gastos totales hechos por los colegios, esto interviene en políticas empresariales, con el objeto de coaccionar a rebajas significativas en el cobro de pensiones, ya que de no hacerlo, estaría dejándose sin efecto el contrato ya suscrito entre las partes (consumidores del servicio educativo y el proveedor del mismo servicio) teniendo esta medida por objeto la búsqueda de un control de precios indirecto, ya que, dada la coyuntura actual, es imposible el cumplimiento de las prestaciones habituales

por parte del proveedor del servicio, lo cual lo obliga a una reducción significativa en el cobro del servicio prestado.

Sin embargo, Cáceres (2020), señala:

[...] no es acertado afirmar que el gobierno esté propugnando un control indirecto de precios, al contrario, lo que se está incentivando es el cumplimiento de una genuina obligación legal que se cristaliza en reducir el monto de las pensiones de forma proporcional a los servicios educativos no prestados. (Párr. 7).

Esta postura, no es compartida por la investigación, pues se estaría variando lo previamente pactado por las partes, causando ineficiencia al contratar y vulnerando directamente el principio de “Pacta sunt servanda”, lo cual indica que toda convención debe ser mediante la buena fe cumplida por las partes.

### **C. Ámbito de aplicación**

El artículo 3 de la norma establece su aplicación a nivel nacional para las instituciones educativas privadas que den servicios de educación básica en todas sus modalidades, niveles y ciclos, las unidades de gestión educativa local, las direcciones regionales de educación y el ministerio de educación.

El DL tiene como función principal ser aquel criterio de actuación de estas entidades e instituciones frente a problemas suscitados a partir de los cambios en la variación inicial de contratación del servicio educativo por parte de los consumidores.

Este ámbito de aplicación parece subrayar funciones ya establecidas por parte de órganos reguladores como Indecopi, que ya había conceptualizado al consumidor de servicios educativos y además expresado cuáles eran las faltas en las que recaerían los proveedores del servicio de educación básica de atentar contra los derechos de los consumidores. Así también existe el Reglamento de infracciones y sanciones para instituciones educativas particulares, el cual desarrolla la ley N° 27665 “Ley de Protección a la Economía Familiar respecto al pago de pensiones en Centros y Programas Educativos privados”, la misma que divide entre sus faltas, las leves y graves en cuanto a sanciones ante la vulneración al principio del Interés Superior del Niño. Con ello se pone en duda el carácter de necesidad de la promulgación del DL.

#### **3.1.2. Errores en la Ley**

Después de un exhaustivo análisis del DL y su reglamento, hemos advertido algunas falencias no sólo en cuanto a la necesidad de promulgación de este cuerpo normativo, sino también en cuanto a su aplicación y desarrollo.

##### **A. Transparencia de la información sobre prestaciones y costos**

Existe un deber de información por parte de las Instituciones educativas privadas, mediante el cual están obligados a informar a los padres de familia u apoderados respecto de variaciones al momento de contratar el servicio requerido de educación básica, tal derecho de información está referida a las prestaciones y costos de estos, tales conceptos están reconocidos en el artículo 4 y 5 de la presente ley.

Esto en razón que es labor del Estado el velar por el respeto de este derecho del consumidor frente al proveedor del servicio educativo, ya que es evidente la relación de ventaja que existe del proveedor del bien o servicio, frente al consumidor de estos, dicha ventaja versa en cuanto es el proveedor quien sabe cuáles son los bienes y servicios que ofrece en el mercado, teniendo

así conocimiento exacto del nivel de calidad del mencionado, mientras que el consumidor tiene total desconocimiento del bien o servicio adquirido o a contratar, necesitando así de parte del proveedor toda la información necesaria para poder hacer elección de la mejor opción de lo ofrecido en el mercado. Tal relación donde uno tiene conocimiento de lo ofrecido y el otro debe informarse sobre esto, es la llamada asimetría informativa, que dicho por Andrade (2013)

La interpretación tradicional sobre la *ratio legis* de las normas de protección al consumidor surge en la existencia de un desequilibrio inherente en la relación de consumo, caracterizada por un proveedor que ejerce habitualmente su oficio, y que en consecuencia (i) conocería de mejor manera las aptitudes y atributos de los bienes y servicios que provee y (ii) estaría en posición de definir el alcance y contenido de la relación contractual; y por un consumidor que, enfrentado a la necesidad de adquirir un bien, (i) no contaría ex-ante con la información adecuada para adoptar la decisión más eficiente en vista de sus intereses y (ii) no tendría a su alcance herramientas adecuadas para defender tales intereses al momento de acceder a los términos y condiciones presentados por el proveedor. Desde la perspectiva de la teoría neoclásica, la diferencia entre la información que dispone una parte respecto de la otra produce una situación de “asimetría informativa” que deviene en una falla del mercado (p. 6-7).

En la misma línea de ideas, Indecopi refiere que:

El fundamento de las normas de protección al consumidor es “otorgar una especial protección a los consumidores como consecuencia de la desigualdad de información (asimetría informativa) que padecen frente a los proveedores. Éstos cuentan con mayor información respecto del proceso de producción o comercialización de los bienes y servicios que ofrecen al mercado, como es la relativa a los insumos o ingredientes del producto, los plazos en los que se puede garantizar un adecuado funcionamiento, los atributos o bondades del producto, el cumplimiento de condiciones mínimas de seguridad, las fechas de caducidad, las reacciones adversas o contraindicaciones, la tercerización o subcontratación de actividades, etc (Cfr. la Resolución N° 0102-2008/TDC-INDECOPI, emitida el 23 de enero 2008 en el Expediente No 1197-2007/CPC)

Tal fundamento da explicación del porque el consumidor, siendo la parte más sensible en la relación de consumo debe de ser protegida ante posibles abusos del proveedor teniendo este una posición de ventaja por la ya mencionada asimetría informativa de la que goza.

No se trata de estar en contra de la transparencia y veracidad de la información vertida al consumidor (los padres de familia), pero parece ser que la información que se debe dar resulta ser incluso innecesaria para llegar a dar solución al problema que aqueja a las partes.

Al respecto Bringas (2020) menciona:

[...] muchos de los gastos e inversiones de los centros educativos se proyectan anualmente, pues de hecho el servicio educativo es de periodicidad anual, al margen de que se distribuya su pago en pensiones pagaderas de marzo a diciembre. Es más, los colegios se encuentran obligados a comunicar a los padres de familia cada mes de diciembre, el importe de la pensión que se cobrará el año siguiente.

Reconocemos el derecho a la información que ostenta el consumidor, sin embargo, también defendemos garantías mínimas en las relaciones de consumo de las partes en una economía social de mercado, donde ambos tendrán igualdad de oportunidades ante un conflicto, pese a la

relación de desequilibrio que existe debido a la asimetría informativa, donde será obligación del proveedor del servicio brindar toda la información posible al consumidor para que este haga la mejor elección del bien o servicio que desea adquirir o contratar.

En este orden de ideas, el DL puede estar vulnerando derechos tales como el de la intimidad económica pues cae en intervencionismos como el del acceso a estados financieros, balances generales, estados de cambio de patrimonios netos y demás, datos que las instituciones educativas privadas como empresas del mismo sector declaran únicamente a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT). Es precisamente esta exposición de datos a terceros lo que vulnera directamente a las empresas de educación básica, ya que se corre peligro que esta información sea divulgada con total facilidad de forma maliciosa y perjudicial, más aún cuando este DL no expone mecanismos para evitar esto, perjudicando así de forma directa el derecho a la Libre empresa.

Al respecto de la transparencia de información, mediante sentencia del 04 de marzo de 2016, recaída en el Exp. N° 00009-2014-PI/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 5 de la Ley N° 29720, “Ley que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales”, donde el artículo disponía que toda sociedad anónima que, pese a no cotizar en bolsa, pero que tuviera ingresos anuales por venta de bienes o prestación de servicios o que sus activos totales fueran iguales o excedan a tres mil unidades impositivas tributarias (UIT), deberían presentar ante la Superintendencia de Mercado de Valores, sus estados financieros auditados por sociedades de auditoría habilitadas, siendo estos estados financieros presentados de acceso al público.

En la actualidad, toda empresa que quiera invertir en la bolsa, deberá presentar sus estados financieros y estos serán de acceso público, dicho esto, en el caso en concreto de los colegios, develar sus estados financieros a los padres de familia, no ayudaría a procurar una decisión informada respecto de la matrícula de sus hijos, ya que los estados tienen como verdadero fin, los tributarios.

Estos detalles que se solicitan en la información financiera, se deducen a gastos e inversiones que son contratados para todo un año, dividiéndose durante todos los meses del mismo, por tal motivo es que la reducción inmotivada de las pensiones o costos de los colegios, está afectando a las instituciones educativas, pudiendo causarles crisis financieras que amenazarían con su continuidad en el mercado.

## **B. Correspondencia entre las pensiones y los servicios brindados**

Respecto de esta, es correcto expresar que las instituciones educativas no podrán cobrar por servicios no brindados producto de la pandemia suscitada por el Covid-19, así como también la propuesta de negociación del contrato por la evidente variación a causa de lo ya mencionado. Al respecto el DL expone dos salidas para el usuario: (i) Dejar sin efecto el contrato antes celebrado ante su negativa de condiciones de contrato o (ii) Permanecer en la institución educativa aceptando nuevas condiciones, donde entrará a tallar la labor de fiscalización tanto de Indecopi como de la UGEL, ante una distorsión entre lo pactado y finalmente ofrecido al usuario.

Ante esto hacemos una crítica respecto de la primera medida, puesto que el desacuerdo en las nuevas reglas de juego da facultad al usuario de dejar sin efecto el contrato y retirar al menor del colegio, lo cual ha afectado a muchas medianas y pequeñas empresas en el rubro de la educación básica, ya que tales bajas de alumnados ha afectado su existencia en el mercado, esta medida deja carta abierta para que de forma masiva, muchos usuarios retiren a sus hijos de los colegios donde se encontraban matriculados, esto imposibilita se mire la otra cara de la moneda,

el preguntarse ¿Cómo afecta esto a tales empresas de educación básica? Y es que, estos montos dinerarios dejados de percibir, eran destinados, para pagos de personal, mantenimiento y muchas veces para pagos de alquiler del local, que en pequeñas y medianas empresas no siempre es propio, por lo que no se han visto mayormente afectadas los consorcios de educación básica, los cuales constan con un gran número de alumnado. Sin embargo, no podemos soslayar que: “...más del 70% de los colegios privados en el Perú no tienen más de 300 alumnos, sólo los consorcios educativos son los que superan tal cifra.” (Bringas, 2020, párr. 25)

Con este Decreto existe una afectación a la libre empresa y a la libertad contractual, puesto que el primero se trata de un libre desarrollo de cualquier ciudadano en la actividad económica de su libre elección, de forma colectiva o individual, sin ningún obstáculo por parte del Estado y el segundo desprende básicamente dos libertades, la de contratar que es aquella facultad de decisión en la contratación y la de libertad de contratación que viene siendo aquel marco contractual en el cual que se decide realizar el acto jurídico entre los sujetos de derecho participantes, siendo las partes quienes decidirán o departirán sobre las cláusulas de contratación.

Tanto en la libre empresa, como en la libertad contractual se ve una clara limitación de la actuación del Estado, mediante este DL, que obstaculiza el desarrollo de la actividad económica al intervenir en la facultad de contratar de las partes intervinientes en el contrato (el consumidor y el proveedor).

### **C. Supervisión o fiscalización**

Ante los incumplimientos de parte de proveedor de los que se hizo referencia líneas arriba, será labor de las Unidades de Gestión Educativa Local (según el artículo 7 del DL), la supervisión o fiscalización a fin de evitar posibles vulneraciones de los derechos de los consumidores de servicios educativos.

Cabe señalar que esta función, ya se encontraba atribuida a Indecopi, tal como lo expresa en su portal

“Posee órganos administrativos competentes y especializados para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en ella.” (Indecopi, s.f, parr.1)

Tales órganos son los más competentes y especializados para la labor de supervisión o fiscalización ante posibles amenazas a los derechos del consumidor, por tanto, no se puede concebir como idea que un órgano no especializado intervenga en labores o funciones ya ostentadas por un órgano competente de protección al consumidor como lo es Indecopi.

Además, el DL en uno de sus numerales del presente artículo sostiene también que sus facultades pese a ser las de salvaguardar derechos de usuarios del servicio educativo, no perjudica funciones ya establecidas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) por medio del Código de protección y Defensa del Consumidor, sin embargo lo hace, porque este órgano fiscalizador, tiene un apartado en la normativa mencionada, del Título IV, denominado “La protección del consumidor en productos o servicios específicos” donde desarrolla en su Capítulo III, “Productos o servicios educativos”, donde no sólo precisa los derechos del consumidor de servicios educativos, sino también lo identifica y hace expresa su defensa, existiendo entonces una evidente duplicidad de funciones.

## D. Correspondencia entre las pensiones y los servicios brindados

Parece ser que, lejos de lograr lo que se buscaba con su promulgación, (el acercamiento tanto del consumidor como del proveedor del servicio de educación básica); este DL ha logrado el distanciamiento de las partes. Esto impide que lleguen a una solución, en caso se determine que los proveedores del servicio educativo insisten en cobros de servicios que ya no brindan en la actualidad, pues como ya se mencionó, deja abierta la posibilidad a los padres de familia para recurrir a Indecopi y realizar las denuncias administrativas pertinentes. La otra opción es la de iniciar un procedimiento sancionador a las instituciones educativas a cargo de la UGEL.

Al respecto, el artículo 6, inciso 3 dispone:

### Artículo 6: Correspondencia entre las pensiones y los servicios brindados

6.3 En los supuestos de que los/as usuarios/as no se encuentren de acuerdo con la propuesta de modificación del contrato o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo, no la reciban, o la institución educativa privada les informe que no cuenta con esta, pueden:

(i) Resolver el contrato o documento que detalla las condiciones de prestación del servicio educativo.

(ii) Sujetarse a las nuevas condiciones planteadas por la institución educativa privada respecto del servicio educativo. Sin perjuicio que, de considerarlo, acuda a las instancias administrativas y judiciales correspondientes con la finalidad de que se evalúe en dichas instancias las condiciones contractuales aplicadas por la institución educativa privada.

Esto indica que si los consumidores del servicio educativo, después de verificar la información financiera mostrada por el colegio, decidiera que su hijo continúe estudiando en esta institución, deberán entonces adecuarse a estas nuevas condiciones establecidas por la institución educativa, no afectando en lo absoluto su derecho a acudir a las instancias administrativas o judiciales correspondientes, con la finalidad de que se evalúe en estas instituciones si las condiciones contractuales aplicadas por la institución educativa privada fueron las más correctas.

Esto causa una gran complicación no solo en entenderlo, sino también por el hecho que, pese a no estar de acuerdo con las modificaciones en la contratación, el padre podrá continuar la relación y pese a esto mantener su derecho a recurrir a las instancias administrativas (UGEL O INDECOPI) o al poder judicial. Con lo que surge la interrogante ¿Qué pasaría si el padre recurre a alguna de estas instancias, administrativa o judicial?

Al respecto Carlos Tejada Lombardi (2020) señala:

[...] lo primero es que una reducción de la pensión, dispuesta por autoridad judicial (un juez civil) es imposible por el marco jurídico peruano y en la realidad misma, un proceso judicial de esa naturaleza, en una línea de tiempo, puede demorar toda la vida escolar del alumno. A ello, se suma que la UGEL y el Indecopi (las instancias administrativas a las que se refiere la norma) únicamente pueden sancionar, si el colegio no cumple lo que ordena la ley: comunicar y cumplir la reprogramación, cobrar por servicios que realmente brinde el colegio, entregar al padre de familia la información financiera, entre otros. Ninguna de las medidas que pueda adoptar cualquiera de las instancias señaladas, podrá obligar a los colegios a reducir sus pensiones.

Es decir, tanto en la Instancia Judicial, como en las instancias administrativas (UGEL O INDECOPI) por su misma naturaleza, no podrán disponer ninguna reducción respecto de la pensión previamente pactada, por otro lado, la institución educativa sólo podrá cobrar por los servicios que pueda brindar dentro del Estado de Emergencia y con ello transparentar su información.

### **3.2. El equilibrio entre la libertad de empresa y la protección al consumidor de servicios educativos, en un carácter excepcional producto de la pandemia**

#### **3.2.1. El contexto excepcional del DL 1476**

Habiendo expuesto ya de forma específica los antecedentes de la pandemia en la que surge el DL y haber hecho un análisis de este en cuanto a sus medidas y su naturaleza, siendo un carácter excepcional en el que surge este cuerpo legal, que parece medir el uso de ciertos Derechos de los proveedores del servicio educativo, con lo que surge la incógnita ¿Existe acaso una suspensión del Estado de Derecho en un Estado de Emergencia? La respuesta a esto es un rotundo no, ya que, por el contrario, como lo reconoce la Constitución, el Estado de emergencia es una INSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL que emana del Estado de Derecho, el cual surge a partir de la existencia de una clara amenaza a la salud pública o a la seguridad nacional como lo expresa el inciso 1 del artículo 137° de nuestra carta magna

[...] estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo.

Esta “Institución Constitucional” hace posible que las instituciones del Estado las cuales se encargan no sólo de reconocer los derechos de los ciudadanos sino también de garantizarlos, de forma momentánea mediante su actuación limiten estos, con el fin de la protección de un fin mayor, la vida humana ante una “Grave circunstancia que afecte la vida de la Nación” la cual en nuestro caso en concreto viene siendo la pandemia.

Pese a la existencia de esta “Grave circunstancia que afecte la vida de la Nación”, el Estado de Emergencia no suspende el Estado de Derecho y mucho menos derechos como la libertad contractual, la libre empresa o su libre iniciativa, los mismos que se están viendo vulnerados ante medidas expuestas por este DL.

No se toma en cuenta que, ante la no aceptación de las nuevas condiciones de contratación, los padres están habilitados a de forma masiva retirarse a instituciones educativas con costos menores, dejando así desprotegidas a estas empresas, lo cual producirá una eventual salida del mercado educativo.

Cómo ya está ocurriendo, en el mes de julio, la Asociación de Colegios Privados de Perú (Acopril), indicó: “...unos 2,000 colegios privados ya habrían cerrado a nivel nacional” (Rpp, 2020, párrafo 5)

Así mismo indicó que es muy probable que no puedan reabrir el próximo año debido al gran retiro de alumnado que sufrieron afectando sus finanzas, cómo informó el ex ministro de educación el pasado mes de julio:

“[...] ya se ha logrado hacer 110.000 traslados de escuelas privadas a públicas y que en total se han presentado 125.000 solicitudes de padres de familia que no pueden seguir financiando la educación de sus hijos.” (Gestión, 2020, párrafo 2)

Estas referencias periodísticas dejan claro cómo ha afectado el DL a las empresas de educación básica respecto de su permanencia en el mercado de consumo, pero es necesario plantear algún mecanismo para mediar los derechos en conflicto (la libre empresa y la protección al consumidor de servicios educativos), y es que, pese a los errores hallados en el presente DL, se cree existe una solución de mediación de estos derechos que a continuación trataremos.

### **3.2.2. Decreto de Urgencia N° 02-2020**

La autorización de funcionamiento habilita a la institución educativa privada a brindar uno o más servicios educativos en las edades o grados de estudios, ciclos o niveles y modalidades de la Educación Básica, en uno o más locales educativos que se encuentren dentro el ámbito de competencia territorial de una misma Unidad de Gestión Educativa Local.

Una vez otorgada la autorización de funcionamiento se procede con el registro de la institución educativa privada en los medios y/o sistemas informáticos puestos a disposición por el Ministerio de Educación, en los plazos establecidos por la citada entidad.

El Ministerio de Educación cuenta con competencia para establecer los requisitos, las condiciones y los plazos aplicables a los procedimientos de ampliación de servicio educativo, traslado, reapertura, fusión o división, cierre o receso de servicios educativos, cierre de la institución educativa privada, o cualquier otra modificación a la autorización de funcionamiento inicial; así como, para determinar la instancia de gestión educativa descentralizada competente para resolver estos pedidos, los que se desarrollan en el reglamento de la presente Ley.

La institución educativa privada debe informar a los usuarios del servicio respecto de su cierre total, o en su caso, del receso o cierre de sus servicios educativos; así como, de la fecha aproximada en la que planea efectuar su ejecución.

El Ministerio de Educación y los Gobiernos Regionales, a través de sus órganos competentes, cuentan con facultad para revocar la autorización de funcionamiento otorgada a favor de la institución educativa privada en el caso que se verifique alguno de los siguientes supuestos:

(i) Hubieran desaparecido uno o más requisitos o condiciones bajo los cuales se obtuvo la autorización de funcionamiento, traslado, reapertura o ampliación para brindar el servicio educativo, por causal atribuible a la propia institución educativa privada

### **3.2.3. Puntos medios entre el Derecho a la Libre Empresa y el consumidor de servicios educativos**

- Debe existir la transparencia para contratar, el consumidor tiene derecho a la transparencia de precios y a la veracidad de los bienes o servicios a contratar o adquirir y es Indecopi, el encargado de velar por esto, no las Unidades de Gestión Educativa Local, quien no es un órgano especializado en la materia, el DL al darle facultades que tiene ya Indecopi esta incurriendo en una duplicidad de funciones.
- Ya que existe siempre un enfrentamiento entre estos derechos (la libertad de empresa, y

la protección al consumidor), se deberá ponderar uno de los dos derechos ante la existencia de la vulneración de derechos fundamentales. En el caso en concreto, el DL busca garantizar la continuidad de la educación básica en centros educativos particulares para no vulnerar así “el interés superior del niño” o “el derecho a la educación”, pero no se advierte que el hecho que existan más colegios en el mercado, da más oportunidades a los consumidores de contratar con el proveedor que más se adecue a sus necesidades y presupuestos, por tanto el no bajar de forma abrupta las pensiones, no afecta en absoluto derechos inherentes del consumidor de servicios educativos.

## Conclusiones

- El Decreto Legislativo N° 1476, establece un nuevo procedimiento en cuanto a las controversias surgidas entre el centro de educación básica y el consumidor de servicios educativos, pero pese a las críticas dadas en la presente investigación, no vulnera el derecho a la Libertad de Empresa bajo el panorama actual de Estado de Emergencia, puesto.
- Si bien existen errores en el Decreto Legislativo N°1476, el equilibrio entre ambos derechos en conflicto debe de existir mediante una ponderación donde se prevea que estará por encima del otro aquel derecho que no vulnere derechos fundamentales, buscando así que ambos derechos vayan de la mano existiendo en la empresa una obligación de equilibrar la asimetría informativa en favor del consumidor de servicios educativos.

## Recomendaciones

1. Realizar un estudio comparativo donde se diferencie la solución a las controversias entre el centro de educación básica y el consumidor de servicios educativos antes del DL 1476, en el que se determine hasta donde las funciones de Indecopi se ven complementadas con lo que ahora establece el mencionado cuerpo legislativo.
2. Hacer un estudio estadístico en cuanto al resultado de los padres que optaron por continuar en el mismo centro educativo y aquellos que optaron por el cambio a otro colegio de sus menores.

## Referencias

1. Aldana, E y Gagliuffi, I (2004). La noción de consumidor final: El ámbito de aplicación subjetiva de la ley de protección al consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria del Indecopi. Obtenido en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11722>
2. Alvear, J. (2016). Consumidor y Empresario: ¿Relaciones jurídicas conflictivas? Hacia una concepción relacional del derecho del consumidor. Revista Chilena de Derecho, vol. 43 N.º 3.
3. Alvites, E (2018). La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico Peruano: Avances y Obstáculos del Proceso. Revistas PUCP. Obtenido de: <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n80/a10n80.pdf>
4. Andrade, V. (2013). La protección al consumidor de tarjetas de crédito: ¿son suficientes los deberes de información? III Congreso Estudiantil de Derecho Civil – Universidad de Chile.

5. Blume, E (1997). La Constitución Económica del Perú y la Libre Empresa. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109698.pdf>
6. Bringas, M (2020) ¿Ha quedado en confinamiento la libre iniciativa privada en la educación? Análisis del decreto legislativo N° 1476 y del rol garante del Estado sobre el acceso a la educación. Revista La Ley. Obtenido en <https://laley.pe/art/9754/ha-que-dado-en-confinamiento-la-libre-iniciativa-privada-en-la-educacion-analisis-del-decreto-legislativo-n-1476-y-del-rol-garante-del-estado-sobre-el-acceso-a-la-educacion>
7. Bullard, A (2003). “Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales”, Lima, Ed. Palestra.
8. Cáceres (2020) ¿El DL 1476 ejerce un control indirecto de los precios de las pensiones escolares? Revista jurídica Lp, pasión por el derecho. Obtenido en: <https://lpderecho.pe/dl-1476-control-indirecto-precios-pensiones-escolares/>
9. Carlos Tejada Lombardi. (2020). Home [página de Facebook]. Facebook. Consultado el 25 de agosto del 2020. <https://web.facebook.com/CarlosTejadaLombardiAbogado/posts/2714067375478635>
10. Chanamé, R (2013). Constitución Económica, Revistas PUCP. Obtenido de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/12788/13345/0>
11. Cuadros, J (2010). ¿El código de consumo defiende a las empresas o a los consumidores? Obtenido en: <http://vlex.com/vid/codigo-defiende-empresas-consumidores-192910341>
12. Durand, J (2013), El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil frente a la contratación de consumo en el mercado. Obtenido en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171123.pdf>
13. Fernández, F (1994). El ordenamiento Constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993. En Lecturas sobre Temas Constitucionales. N°10. Comisión Andina de Juristas. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27275>
14. Ferrajoli, L (2001). Los fundamentos de los Derechos Fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, Obtenido de: [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8\\_o-DI71A0J:https://ecaths1.s3.amazonaws.com/derechoshumanos/1485517429.Fundamentos%2520de%2520los%2520derechos%2520fundamentales.%2520Ferrajoli.pdf+%cd=6&hl=es&ct=clnk&gl=pe](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8_o-DI71A0J:https://ecaths1.s3.amazonaws.com/derechoshumanos/1485517429.Fundamentos%2520de%2520los%2520derechos%2520fundamentales.%2520Ferrajoli.pdf+%cd=6&hl=es&ct=clnk&gl=pe)
15. Gestión (2020) Cinco mil colegios privados ya no abrirán sus puertas el 2021, estima asociación de escuelas particulares, Obtenido de: <https://gestion.pe/peru/coronavirus-peru-cinco-mil-colegios-privados-ya-no-abririan-sus-puertas-el-2021-estima-asociacion-de-escuelas-particulares-nndc-noticia/?ref=gesr>
16. Indecopi (s.f). Protección al Consumidor. Obtenido en: <https://www.indecopi.gob.pe/en/proteccionalconsumidor>
17. Kresalja, B (2004). La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En: Libro Homenaje a Jorge Avendaño, Fondo Editorial de la PUCP. Lima.
18. Kresalja, B (2007). Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica. Obtenido de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2267/2218>
19. Landa, C (2002). Reforma de la Constitución Económica: Desde una Perspectiva del Estado Social de Derecho. Obtenido de: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/114>

20. Medina, W. (2020). Libertad de empresa y la COVID-19. La Ley.
21. Ochoa, C (2015). El Contenido Esencial y Los Límites del Derecho Fundamental a La Libertad de Empresa. En Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional N° 90, Lima.
22. Paniagua, M (2017). La Libertad de Empresa: El Marco Institucional y su Contenido Esencial. Obtenido de: <http://search.proquest.com/openview/9226115cbd4ab7a937eb67874c02b9c3/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2040952>
23. Ravello, A. (2020). Una nueva realidad: deber de transparencia de costos para los colegios privados ante la modalidad educativa no presencial. Revista Ius.
24. Revista Andina (2020). Conoce los sectores que crecieron en Perú pese a pandemia. Obtenido de: <https://andina.pe/Agencia/noticia-conoce-los-sectores-economicos-crecieron-peru-pese-a-pandemia-797479.aspx>
25. Roca y Céspedes (2011). La ley y las prácticas de protección al consumidor en Perú, Revista de Gestión política pública, vol.20 no.2 México. Obtenido de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-10792011000200008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-10792011000200008)
26. Rodríguez, M (2001). El Contenido Esencial de La Libertad de Empresa. Revista Derecho y Opinión N° 9. Universidad de Córdoba, España. Obtenido de: [https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/7567/dyo9\\_9.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/7567/dyo9_9.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
27. Rodríguez, V (2016). Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú. Obtenido de <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/download/12475/1162/>
28. Rpp (2020) ¿Cuántos colegios privados cerrarían debido a la pandemia? Obtenido de: <https://rpp.pe/economia/economia/cuantos-colegios-privados-cerrarían-debido-a-la-pandemia-coronavirus-en-peru-covid-19-noticia-1288315?ref=rpp>
29. RPP (2020). Coronavirus en Perú: Estos son los sectores económicos más afectados por la pandemia rpp. Obtenido en <https://rpp.pe/economia/economia/coronavirus-en-peru-estos-son-los-sectores-economicos-mas-afectados-por-la-pandemia-noticia-1255455>
30. Rubio, M (2010). La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
31. Salas, R (2009). Derecho de los consumidores: La necesidad de un código de consumo en el Perú. Obtenido en: <http://vlex.com/vid/consumidores-necesidad-codigo-peru-72362464>
32. Salazar, R (s.f). La tutela constitucional del consumidor. Obtenido en: <http://reventazon.meic.go.cr/informacion/cnc/tutelaconstitucional.pdf>
33. Sosa, J (2011). Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del tribunal constitucional. Obtenido en: [https://www.academia.edu/3827655/Una\\_mirada\\_constitucional\\_a\\_la\\_defensa\\_del\\_consumidor\\_con\\_especial\\_referencia\\_a\\_la\\_jurisprudencia\\_del\\_Tribunal\\_Constitucional](https://www.academia.edu/3827655/Una_mirada_constitucional_a_la_defensa_del_consumidor_con_especial_referencia_a_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional)
34. Súmar, O (2008). Derecho empresarial y constitución: límites constitucionales a la libertad de empresa y a su regulación (un análisis de casos) Revistas PUCP. Obtenido de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9237/9651>
35. Tambussi, C (s.f). Los derechos del consumidor como derechos humanos. Obtenido en: <http://www.gordillo.com/DH6/capVII.pdf>
36. Tejada, C (2020). Control de precios, observatorios y consumidores, Obtenido de: <https://carlostejadalombardiabogado.wordpress.com/2020/05/20/control-de-precios-observatorios-y->

consumidores/?fbclid=IwAR2\_PbVzhlfmzqi6nrT69CGFunHCARvN7E3DqzS37ePZcS0sFZRAXn4BgRM

37. Torres, F (s.f), Libertad de Empresa. Revista Electrónica de Derecho Comercial, Obtenido de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/torres01.pdf>
38. Torres, I (2010). Dos lecturas sobre La Libertad de Empresa, Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3345501.pdf>
39. Tribunal Constitucional del Perú (2018). Constitución Económica: Desarrollo, Medio Ambiente y Conflicto Social, Revista Peruana de Derecho Constitucional. Obtenido de: [https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista\\_peruana-der\\_consti\\_5.pdf](https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana-der_consti_5.pdf)
40. Zambrano, A (s.f). La libertad de Empresa como Derecho Constitucional. Obtenido de: <https://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>

## Anexos

1. Congreso de la República del Perú. (2020, 30 de mayo). *Reglamento del decreto supremo 1476. Decreto legislativo que establece medidas para garantizar la transparencia, protección de usuarios y continuidad del servicio educativo no presencial en las instituciones educativas privadas de educación básica, en el marco de las acciones para prevenir la propagación*. Diario Oficial el peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-del-decreto-legisl-decreto-supremo-n-007-2020-minedu-1867053-1/#:~:text=Apru%C3%A9base%20el%20Reglamento%20del%20Decreto,las%20acciones%20para%20prevenir%20la>
2. Congreso de la República del Perú. (2020, 05 de mayo). *Decreto Legislativo 1476. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N1476, Decreto Legislativo que establece medidas para garantizar la transparencia, protección de usuarios y continuidad del servicio educativo no presencial en las instituciones educativas privadas de Educación Básica, en el marco de las acciones para prevenir la propagación del COVID-19*. Diario Oficial el peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-del-decreto-legisl-decreto-supremo-n-007-2020-minedu-1867053-1/#:~:text=Apru%C3%A9base%20el%20Reglamento%20del%20Decreto,las%20acciones%20para%20prevenir%20la>
3. Congreso de la República del Perú. (2010, 02 de septiembre). *Ley 29571 de 2010. Código de protección y defensa del consumidor*. Diario Oficial el peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-ley-n-29571-538113-1/>
4. Tribunal Constitucional (2016, 04 de marzo). Sentencia C-00009/2014 (Lima Ciudadanos). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00009-2014-AI.pdf>