

LAS UNIVERSIDADES EN EL PERÚ: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y LEGAL DESDE SU CONDICIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS*

THE UNIVERSITIES IN PERU: CONSTITUTIONAL AND LEGAL ANALYSIS FROM THEIR LEGAL PERSONS STATUS

Gonzalo Monge Morales**

Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Estudio Echeconpar

Universities are special transcendent for the development of our country. However, very little attention has been taken into their legal regimen and the consequences derivate from their pre-existing condition of legal entities and independent of the type of universities that constitute.

Within the framework of the controversy generated by the new University Law (Law 30220), this article is enlightening in terms of its applicability, since the author presents his proposal based on a complete analysis of the universities, from a constitutional perspective, as from a legal and practical.

KEY WORDS: *Corporate Law; Constitutional Law; Legal Entities; Universities; University Law.*

Las universidades son de especial trascendencia para el desarrollo del país. Sin embargo, poca atención se le ha prestado a su régimen legal y a las implicancias que derivan de su condición pre-existente de personas jurídicas e independientes del tipo de universidades que constituyan.

En el marco de la polémica que generó la nueva Ley Universitaria (Ley 30220), el presente artículo resulta esclarecedor en cuanto a su aplicabilidad, dado que el autor nos presenta su propuesta en base a un completo análisis de las universidades, desde una perspectiva constitucional, como desde una legal y práctica.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Corporativo; Derecho Constitucional; Personas Jurídicas; Universidades; Ley Universitaria.*

* El presente artículo está basado, en parte, en el Informe sobre Expediente Único empleado por el autor para obtener el Título Profesional de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

** Abogado. Adjunto de Docencia del curso "Derecho Procesal Constitucional" en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú [en adelante, PUCP]. Adjunto de Docencia del curso "Personas Jurídicas" en la Facultad de Derecho de la PUCP. Co-Coordinador de Perspectiva Constitucional. Asociado del Estudio Echeconpar, member firm of Baker McKenzie International. Contacto: gmonge@pucp.edu.pe.

I. INTRODUCCIÓN

Las personas jurídicas son unos valiosos instrumentos que el Derecho pone a nuestra disposición para la mejor consecución de nuestros fines, nuestro desarrollo como personas y también el desarrollo de la sociedad. Sea que dichos fines sean altruistas, con finalidad lucrativa o sin ella, con propósitos educativos o no, lo cierto es que –en muchos ámbitos de nuestras vidas– dependemos de las personas jurídicas.

En este trabajo nos enfocaremos en las universidades. Desde ya debe decirse que, en el Perú, no existe el “tipo” de persona jurídica “universidad”. La posibilidad de brindar el servicio de educación superior universitaria en nuestro país depende de la obtención de una autorización estatal (a la que se le ha denominado “licencia institucional”). ¿Quién obtiene dicha autorización? Una persona jurídica pre-existente a la licencia institucional, la cual es constituida con arreglo a su régimen normativo propio como persona jurídica del Derecho Común, adaptándose –en lo que corresponda– a la Ley 30220 [en adelante, la “Ley Universitaria”].

Analizar a las universidades, partiendo de su condición de personas jurídicas, ayuda a tener claridad en muchas cosas. Desde temas registrales, pasando por fusiones, transformaciones e incluso en la aplicación misma de diversas normas, como la Ley Universitaria. Este análisis, además, nos permitirá ordenarnos y entender el funcionamiento de las universidades: actualmente coexisten universidades que fueron constituidas bajo marcos normativos hoy inexistentes y muy distintos entre sí, lo cual puede hacer complicado entender la razón de ser de las mismas. En las siguientes páginas, nos dedicaremos a dicha tarea.

II. BREVE EXPLICACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES EN EL PERÚ: ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y NORMATIVOS

Para los efectos que conciernen al presente artículo, se analizará la situación de las universidades

peruanas a partir de la Constitución de 1979. Entre otros temas, los artículos 30 y 31 de la Constitución de 1979¹ establecieron que: (i) la universidad debía avocarse a determinados fines; (ii) las universidades gozaban de la institución constitucionalmente garantizada de la “autonomía universitaria”; (iii) las universidades “nacen” (se constituyen) por ley; (iv) son públicas o privadas, dependiendo de la iniciativa en su creación (pero siendo necesario que sean constituidas por ley); y, (v) no podían tener finalidad lucrativa.

No existe claridad normativa ni histórica de por qué las universidades debían constituirse (obtener su personalidad jurídica) por ley. La Constitución de 1867, en su artículo 24, señalaba que la fundación de universidades era “completamente libre”, a condición de que “no se oponga a la moral, seguridad o salubridad pública”. Ni sus sucesoras de 1920 ni de 1933 regularon el tema. Sí lo hicieron en cambio, otras normas de rango legal, como la 13417 del 08 de abril de 1960, la cual estableció que las universidades públicas eran creadas por ley, mientras que para “fundar” universidades particulares se debía contar con “previa autorización del Gobierno”.

Así, hasta antes de 1979, y por diversos periodos, las universidades públicas eran creadas por ley, mientras que las universidades privadas eran creadas por ley o “reconocidas” por una norma del mismo rango u otros instrumentos normativos, como Decretos Supremos.

Entonces, ¿cuál sería la explicación para que, a fin de cuentas, siempre dependa del Estado la puesta en marcha de una universidad? Creemos que se debe a la **importancia de la educación**, particularmente de la superior universitaria. La educación es un asunto de interés público, por lo que podría tener sentido que se exija una autorización estatal para brindar el servicio de educación superior universitaria. Asimismo, se puede haber debido a la necesidad de “controlar” o “limitar” el número de universidades existentes.

Dicho ello, y volviendo a lo señalado en la Constitución de 1979, en diciembre de 1983 entró en

¹ **Artículo 30.** El Estado reconoce, ayuda y supervisa la educación privada, cooperativa, comunal y municipal que no tendrán fines de lucro. Ningún centro educativo puede ofrecer conocimiento de calidad inferior a los del nivel que le corresponde, conforme a ley. Toda persona natural o jurídica tiene derecho fundar, sin fines de lucro, centros educativos dentro del respeto a los principios constitucionales.

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

El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las universidades nacen por ley. Son públicas o privadas, según se creen por iniciativa del Estado o particulares. Se rigen por la ley y por sus estatutos. Las universidades están constituidas por sus profesores, graduados y estudiantes. La comunidad y las universidades se coordinan en la forma que la ley señala. Las universidades otorgan grados académicos y títulos profesionales a nombre de la Nación.

vigencia de la **Ley 23733** [en adelante, la “antigua Ley Universitaria”], publicada el 17 de diciembre de 1983 en el Diario Oficial “El Peruano”. La antigua Ley Universitaria desarrolló lo establecido en la Constitución de 1979, reiterando, en sus artículos 5 y 6, que: (i) las universidades sólo podían ser constituidas o suprimidas por ley; (ii) eran públicas o privadas, dependiendo de la iniciativa para su creación, con ciertas particularidades en su “Comisión Organizadora” (promotores); y, (iii) las primeras eran personas jurídicas de Derecho Público Interno y las segundas personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro.

Este modelo, sin embargo, cambiaría a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993. En primer lugar, el texto constitucional levantó la prohibición de que los centros educativos en general (como los universitarios)² tengan finalidad lucrativa. En segundo lugar, el actual artículo 18 cambió sustancialmente las disposiciones sobre la creación de las universidades³. Así, a diferencia de su antecesora, la vigente Constitución de 1993 señaló que la ley debía fijar “las condiciones para autorizar su funcionamiento”. Es decir, **se removió –a nivel constitucional– la obligación de constituir las universidades por ley**. No obstante ello, continuó vigente la Ley 23733, la cual sí exigía que todas las universidades, incluidas las privadas, se constituyan por ley.

Aunque no se derogó explícitamente, esta situación cambió en 1995 con la **Ley 26439**, por medio de la cual se creó el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades [en adelante, Conafu] como órgano autónomo de la Asamblea Nacional de Rectores - ANR. Entre sus principales atribuciones, se le otorgó la facultad de autorizar o denegar el funcionamiento de las universidades, mediante autorización provisional y, luego de verificarse ciertos criterios de calidad, mediante autorización definitiva. Efectivamente, a partir de dicha fecha, el Congreso de la República dejó de “crear” universidades privadas mediante leyes. Las universidades privadas se constituían como personas jurídicas del Derecho Común, principalmente como asociaciones civiles de acuerdo

al Código Civil de 1984, y procedían a obtener su autorización provisional de parte del Conafu, con intervención de sus promotores.

Hasta ese momento, entonces, teníamos: (i) universidades públicas, sujetos de Derecho Público Interno; (ii) universidades privadas, creadas, autorizadas o reconocidas por ley u otro instrumento normativo, como sujetos de Derecho Privado sin finalidad lucrativa; y, (iii) universidades privadas, constituidas como asociaciones civiles, de acuerdo al Código Civil de 1984, y como sujetos de Derecho Privado sin finalidad lucrativa.

En 1996, sin embargo, se daría el cambio más importante sobre las universidades en su calidad de personas jurídicas. Sobre la base de la habilitación constitucional sobre la finalidad lucrativa, se emitió el **Decreto Legislativo 882**, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación. Con la entrada en vigencia del mencionado Decreto se desarrolló –a nivel legal– que los privados constituyan centros de educación con finalidad lucrativa (incluyendo universidades) y que otras universidades ya existentes se adecúen a su marco normativo. Es decir, con su vigencia, el servicio educativo se volvió “legalmente una actividad lucrativa” (Ortiz en Foy, 2006, p. 191).

Así, a partir de dicho momento, a la relación antes mencionada se le añadieron las universidades privadas constituidas como **sociedades anónimas** (u otro tipo permitido por la Ley General de Sociedades). Es decir, sujetos de Derecho Privado con finalidad lucrativa.

Esto fue sumamente importante pues vemos que, además de las universidades públicas creadas y/o reconocidas y/o autorizadas por ley u otro instrumento normativo, también tenemos ahora a **universidades privadas constituidas como personas jurídicas del Derecho Común (asociaciones civiles o sociedades anónimas, por ejemplo), las cuales obtenían una autorización estatal para operar como universidades**. Esta situación sería confirmada por la Ley 30220, vigente desde el 10 de julio de 2014, según la cual, entre otras cosas:

² El último párrafo del artículo 15 de la Constitución vigente señala que: “**Artículo 15.-** [...] Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley”.

³ **Artículo 18.-** La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

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

- (i) **Se estableció que las universidades privadas podían ser asociativas (sin finalidad lucrativa) o societarias (con finalidad lucrativa):** En el artículo 115 se señaló que cuando la promotora de la universidad tenga fines lucrativos, la universidad se constituía bajo la forma societaria (sociedades, Ley General de Sociedades); mientras que, en caso no tenga fines de lucro, bajo la forma asociativa (asociación civil, Código Civil). Ello implicó y sigue implicando un defecto técnico en materia de personas jurídicas, pues hemos visto que existen universidades privadas sin finalidad lucrativa que no son asociaciones en sentido estricto, sino que tienen la condición de personas jurídicas de Derecho Privado, creadas y/o reconocidas por ley u otro instrumento normativo.

La importancia de ello radica en que, según el artículo 122 de la Ley Universitaria, las universidades privadas adecuaban su Estatuto “de conformidad con su naturaleza jurídica”. ¿Cuál sería la naturaleza jurídica de alguna de las universidades antes mencionadas? No son asociativas en sentido estricto (asociaciones civiles), ni societarias en sentido estricto (sociedades anónimas). Tampoco son universidades públicas. ¿Cuál sería su margen de acción para adecuarse a la Ley Universitaria? Ello es importante e incide en la aplicación y eficacia de la Ley 30220 en la realidad.

- (ii) **Se estableció un régimen de supervisión a todas las universidades, incluyendo a las privadas, así como una prohibición del cambio de personería jurídica:** De los artículos 116 a 121 se dispusieron los límites que tenían las universidades privadas (asociativas y societarias) para el uso de sus bienes. Asimismo, se reguló el régimen tributario aplicable a las universidades privadas. Se estableció, además, la obligatoriedad de las universidades privadas de presentar programas de reinversión a la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria [en adelante, Sunedu], para su supervisión y fiscalización. Finalmente, en el artículo 121 se prohibió expresamente que una universidad privada asociativa pase a ser una universidad privada societaria (transformación).
- (iii) **Para operar como universidades, se requiere una “licencia” emitida por la Sunedu:** Por disposición de la Ley Universitaria, la Sunedu es la autoridad central de la supervisión de la calidad bajo el ámbito de su competencia, incluyendo el “licenciamiento” y

supervisión de las condiciones del servicio educativo de nivel superior universitario. El “licenciamiento” no es otra cosa que un procedimiento administrativo en el cual se verifican “condiciones básicas de calidad” (CBC) a efectos de determinar si corresponde emitir la “licencia institucional” o no. Esta “licencia institucional” es la autorización estatal para ofrecer y/o brindar el servicio de educación superior universitaria.

Este nuevo marco normativo (Ley 30220) nos debe servir para reflexionar no sólo sobre la educación superior universitaria, sino también sobre las universidades en sí mismas. Proponemos, por tal motivo, una perspectiva importante y poco estudiada hasta el momento: entender a las universidades desde su naturaleza jurídica, la cual viene condicionada y predeterminada por el tipo de persona jurídica que sea.

III. LAS UNIVERSIDADES COMO PERSONAS JURÍDICAS

A. Deficiencias técnicas de la Ley Universitaria en materia de personas jurídicas

Un defecto de la Ley Universitaria –y de la Sentencia que se pronunció sobre la constitucionalidad de diversos artículos suyos (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2015)– es la poca profundización en el tratamiento a las universidades como personas jurídicas. El hecho de ser personas jurídicas trae importantes consecuencias respecto de su forma de organización interna, su Estatuto, la relación entre sus miembros y las actividades que pueden desarrollar.

En primer lugar, y aunque suene redundante, me referiré a la categoría **sujeto de Derecho** (también “sujeto de derechos y obligaciones”), la cual está referida al centro de imputación de derechos y deberes, adscribible siempre y en última instancia a la vida humana (Espinoza, 2008, p. 37). Todo sujeto de Derecho, a su vez, posee capacidad jurídica, es decir, la **aptitud para ser titular de dichos derechos y deberes**, así como para ejercerlos por sí mismo o de forma representada (Espinoza, 2008, p. 591).

A efectos del presente artículo, me interesa destacar al sujeto de Derecho “persona jurídica”. Sin duda alguna, las personas jurídicas son el centro de la vida social en el Perú y en el mundo. Son aquellas entidades que coadyuvan al ser humano a desarrollarse y a organizarse para cumplir sus objetivos. Y, como señala el profesor Carlos Fernández Sessarego, “la noción de persona jurídica es indispensable en nuestro tiempo para el desarrollo

de diversas actividades colectivas que emprenden los seres humanos, sobre todo en el mundo de los negocios” (Fernández, 2011, p. 495)⁴. Dado que las personas jurídicas cuentan con subjetividad, en palabras del profesor Javier de Belaunde, éstas pueden ser definidas como:

personas de existencia ideal, es decir **aquellas entidades que sin tener existencia física o corpórea, son creadas o reconocidas por el Derecho a fin de dotar a la sociedad de medios de organizar los diversos campos de su actividad**. Aquellas entidades son reconocidas por el Derecho como **sujetos de derechos y obligaciones**, es decir como “personas”⁵ (el énfasis es nuestro) (De Belaunde, 1982, p. 162).

Siguiendo también al profesor Carlos Fernández Sessarego, aunque con algunas modificaciones, entendemos por “persona jurídica” a aquella:

- (i) Organización de personas;
- (ii) Que persigue fines;
- (iii) Que se encuentra regulada por normas jurídicas;
- (iv) Que por el hecho de inscribirse en un determinado registro público;
- (v) Adquiere la categoría formal de “persona jurídica”;
- (vi) Lo que permite que sus integrantes –no necesariamente sus miembros– deriven sus derechos y obligaciones a un ente ideal;
- (vii) Por lo que formalmente, y mientras ella exista, adquieren el privilegio que ninguno de ellos tiene derechos sobre el patrimonio ni está obligado a asumir sus obligaciones;
- (viii) Siendo conocida mediante el nombre que se determine (Fernández, 2011, 571).

A la luz de esta definición, **qué duda cabe de que las universidades son personas jurídicas, y por lo tanto sujetos de Derecho**. Lo importante ahora, es analizar las consecuencias que ello tiene.

En el caso universitario, la Constitución se limita a señalar que las universidades son la comunidad

conformada por docentes, estudiantes y graduados. Parece ser una enunciación simple, pues **claramente la Constitución no les otorga la calidad de miembros de la persona jurídica**, máxime si permite la libre iniciativa privada. Respecto de la comunidad universitaria, y como señala el profesor Max Salazar, “[...] este precepto debe ser entendido en su real dimensión, cual es la de **congregar en la actividad habitual de la institución que regula a los diferentes grupos de personas a las cuales se refiere**” (Salazar, 2003, p. 485) (énfasis añadido).

En efecto, no sería posible concebir a una universidad sin la presencia de estudiantes, docentes y graduados (como en efecto se ha definido desde la reforma de Córdoba). Parece evidente que ello es así. Sin embargo, insistimos, la Constitución de 1993 no da una definición del tipo “persona jurídica” de “universidad”. Es la Ley Universitaria la que precisa qué es una universidad como persona jurídica.

A efectos del presente artículo, veamos el artículo 3 de la nueva Ley Universitaria y el artículo 115:

Artículo 3.- Definición de la universidad

La universidad es una comunidad académica orientada a la investigación y a la docencia, que brinda una formación humanista, científica y tecnológica con una clara conciencia de nuestro país como realidad multicultural. Adopta el concepto de educación como derecho fundamental y servicio público esencial. Está integrada por docentes, estudiantes y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Las universidades son públicas o privadas. Las primeras son personas jurídicas de derecho público y las segundas son personas jurídicas de derecho privado.

Artículo 115.- Definición

Toda persona natural o jurídica tiene derecho a la libre iniciativa privada para constituir una persona jurídica, con la finalidad de realizar actividades en la educación universitaria, ejerciendo su derecho de fundar, promover, conducir y gestionar la constitución de universidades privadas. En caso de que la promotora tenga fines lucrativos se constituye bajo la forma societaria y en caso no tenga fines de lucro, bajo la forma asociativa.

⁴ Citando a Federico de Castro y Bravo, el profesor peruano afirma que no es posible desconocer el “arraigo histórico del concepto de persona jurídica ni la importancia que el calificativo tiene hoy en día en las distintas instituciones y figuras jurídicas” (Fernández, 2011, p. 495).

⁵ Complementando lo antes expuesto, el profesor Carlos Fernández Sessarego destaca que la persona jurídica no se agota en su dimensión formal, sino que sigue siendo un conjunto de personas unidas por una actividad en común tras una actividad valiosa para ellas. (Fernández, 2011, p. 537).

Así, dentro de diversas categorías, la Ley Universitaria, por ejemplo, dividió a las universidades en universidades públicas y privadas, conforme hemos visto anteriormente. Pues bien, por un problema de técnica legislativa, **la Ley Universitaria identifica a toda universidad privada que no persiga el fin de lucro con el término “universidad asociativa”⁶**, reservando el término “universidad societaria” a toda aquella que sí busca generar renta y repartirla entre sus accionistas. En consecuencia:

TIPOS DE UNIVERSIDADES PRIVADAS	
UNIVERSIDAD ASOCIATIVA	UNIVERSIDAD SOCIETARIA
Será toda aquella que no tenga finalidad lucrativa.	Será toda aquella que sí persiga un fin lucrativo.
Los “excedentes” no pueden ser distribuidos entre sus miembros ni utilizados por ellos, directa o indirectamente.	Los “excedentes” se consideran utilidades y están afectos al impuesto a la renta, salvo que reinviertan dichas utilidades en la mejora de la calidad educativa.

Este tema es relevante, pues conforme se verá más adelante, el artículo 122 de la Ley Universitaria permite que las “universidades privadas asociativas o societarias” adecúen su Estatuto en atención a su “naturaleza jurídica”.

¿Qué sucede, por ejemplo, con las fundaciones o **las personas jurídicas de Derecho Privado creadas por Ley y sin finalidad lucrativa**? No son “societarias” –sociedades anónimas, Ley General de Sociedades–, pero tampoco son “asociativas” –asociaciones civiles, Código Civil– ni mucho menos son universidades públicas⁷. Es decir, **se obvió a las personas jurídicas de Derecho Privado creadas y/o reconocidas y/o autorizadas por ley u otro instrumento normativo y sin finalidad lucrativa** (las cuales se han ido creando conforme a la legislación que analizamos al inicio del presente artículo).

lo). Éstas son una forma de organización legal prevista en el Derecho Común, pues en él coexisten las personas jurídicas:

- (i) **Del Código Civil**, como la asociación, el comité, la fundación, entre otras;
- (ii) **De la Ley General de Sociedades**, como las sociedades anónimas, las sociedades colectivas, las sociedades en comandita, entre otras;
- (iii) **Reguladas por Leyes especiales**, como las APAFAS, las Cooperativas y las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada; y,
- (iv) **Creadas y/o reconocidas por Ley u otro instrumento normativo**, según la habilitación legal que señala el artículo 76 del Código Civil. La norma (ley de creación) debe precisar si la persona jurídica que crea se sujeta al Derecho Público o si se sujeta al Derecho Privado. En el caso de las últimas, tenemos el caso de determinadas universidades como la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De este modo, las personas jurídicas de Derecho Privado creadas por Ley y sin finalidad lucrativa son formas de personas jurídicas del Derecho Común. Si bien no tienen miembros, cumplen con ser una organización de personas –quizá sí aplique la “comunidad universitaria”–, regida por ciertas normas y con fines específicos, sumamente valiosos para el ordenamiento jurídico, así como los demás criterios identificados anteriormente sobre qué entendemos por “persona jurídica”.

Dicho ello, corresponde analizar a las universidades privadas “asociativas” y a las universidades privadas “societarias”.

⁶ Como se puede inferir, el término “asociativo” está referido a la asociación civil, la cual es una forma que puede adoptar una persona jurídica según el Código Civil de 1984. Sin embargo, una fundación tampoco persigue el fin de lucro y no por ello es “asociativa”, pero a efectos de la nueva Ley Universitaria será considerada como tal.

⁷ La Ley Universitaria señala, en su artículo 3, que las universidades públicas son personas jurídicas de Derecho Público. Es decir, se trata de entidades sometidas a las normas propias de dicho régimen, como la sujeción al principio de legalidad y el presupuesto público. Esta precisión nos parece importante, pues el artículo 76 del Código Civil tiene un criterio orientador en cuanto a las personas jurídicas. Veamos:

Artículo 76.- La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.

La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación (el énfasis es nuestro).

Al respecto, el profesor Javier de Belaunde señala que este artículo en concreto:

[...] define aquí cual es el acto formal para que la persona jurídica de derecho público exista: la promulgación de una ley. Las disposiciones del Código Civil solo se aplicarán supletoriamente. Y siempre y cuando no se opongan a su naturaleza a las personas jurídicas de derecho público interno, **siendo la norma rectora de éstas la ley de su creación y las que rigen el sector público** (el énfasis es nuestro) (De Belaunde en Gutierrez, 2003, p. 1385).

Esta “ley de creación” es importante, pues bajo la Constitución de 1979, todas las universidades “nacían” –en estricto, se creaban– por ley (artículo 31). Las universidades privadas, inclusive, eran creadas por ley, también por tradición. Por ejemplo, la Universidad Privada de Ciencias Aplicadas (UPC) fue creada por Ley 26276, publicada el 05 de enero de 1994 en el Diario Oficial “El Peruano”. Si bien a dicha fecha ya estaba vigente la Constitución de 1993, la referida Ley

B. El caso particular de las universidades privadas

1. El derecho de asociación

El derecho de asociación ha sido recogido expresamente en el artículo 2.13 de la Constitución de 1993⁸. Aunque originalmente fue considerado como válido únicamente para asociarse en términos no lucrativos (Sentencia del Tribunal Constitucional, mayo de 2004), el Tribunal Constitucional luego amplió el criterio y señaló que éste alcanzaba también la finalidad lucrativa⁹ (Rubio, M.; Eguiguren, F. y Bernales, E., 2006, p. 456).

Atendiendo a ello, se puede afirmar que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a asociarse, según el Tribunal Constitucional, incluye: (i) la facultad de constituir una persona jurídica, la cual a su vez puede constituir otra persona jurídica; (ii) el derecho de ingresar a una asociación, salvo las excepciones establecidas por la Constitución y la ley; y, (iii) el derecho a desafiliarse, lo cual implica renunciar y negarse a continuar como miembro de una persona jurídica (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2006, p. 448). Este conte-

nido constitucionalmente protegido –el cual considero que debe ser ampliado– es importante, pues las universidades privadas pueden tener la forma asociativa, como se verá a continuación.

El artículo 3 de la Ley Universitaria se pronuncia sobre las universidades privadas, indicando que éstas son personas jurídicas de Derecho Privado. Es decir, sujetos de Derecho a los que se les aplican las reglas propias de él, como el principio de que lo que no está prohibido está permitido, garantizado a nivel constitucional¹⁰.

Como hemos señalado líneas arriba, las universidades privadas pueden ser: (i) asociativas, si no tienen finalidad lucrativa; o, (ii) societarias, en caso sí persigan una finalidad lucrativa. Lo importante aquí es que **no existe un “tipo persona jurídica” denominado “universidad”**, por lo que una universidad, antes que “universidad”, es una persona jurídica que responde a un determinado tipo preexistente. Como ha señalado el profesor Javier de Belaúnde:

el tipo de personas jurídicas que se puede constituir es **numerus clausus**, debiendo encontrarse la forma prevista en algún cuerpo

fue promulgada el 28 de diciembre de 1993, cuando “formalmente” todavía estaba vigente la Constitución de 1979, que mantenía la exigencia de creación por ley.

Como hemos visto anteriormente, la situación cambió con la Ley 26439, que creó el Conafu y con el Decreto Legislativo 882, pues con ello las universidades privadas serían creadas –constituidas– por los propios privados, pero para operar como universidad debían recibir la autorización del Conafu.

La actual Constitución se limita a señalar que las universidades públicas son promovidas por el Estado. Sin embargo, la tradición legislativa ha sido crearlas por ley. La última universidad creada por ley, hasta la fecha de elaboración del presente artículo, ha sido la “Universidad Autónoma Municipal de Los Olivos”, por Ley 29668, publicada el 10 de marzo de 2011. Su artículo 1 precisa que es una “institución de servicio público y de gestión municipal, con los recursos que provienen del Gobierno Local de Los Olivos”. Más allá del nivel de gobierno del cual dependa, es, sin duda alguna, una universidad pública.

Así, tenemos que, actualmente, una universidad pública es creada o constituida por ley (conforme al artículo 26 de la Ley Universitaria, el cual precisa que las universidades públicas “se crean mediante ley”), pero luego debe obtener una autorización –a la fecha, la “licencia institucional” de la Sunedu para poder funcionar como universidad (proveer el servicio público de educación superior universitaria); mientras que una universidad privada es creada o constituida por los privados, también sujeta a la autorización estatal. Así también lo afirmó la Sentencia que confirmó la constitucionalidad de la Ley Universitaria. Veamos:

42. Queda claro, entonces, que el Congreso de la República, por ley, o, en su caso, los particulares, pueden promover la creación de universidades según tinas finalidades e ideario determinados. Ahora bien, en cualquier situación, dicha facultad se debe ejercer dentro del contexto establecido por el ordenamiento jurídico vigente” (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC Y 007-2015-PI/TC, 2014 y 2015).

Ahora bien, por la redacción de la nueva Ley Universitaria, y muy a despecho de quienes tenían a algunas universidades privadas en la mira, lo cierto es que muchas de sus disposiciones sólo le son aplicables a las universidades públicas. Se afirma ello porque, como se verá más adelante, a las universidades privadas se les ha otorgado una “norma paraguas” en el artículo 122 de la propia Ley Universitaria.

⁸ **Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: [...]

13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”.

⁹ Asimismo, la doctrina ha señalado que “[...] en la actualidad, hay que señalar que el concepto de libre asociación incluye tanto a las asociaciones civiles (reguladas en el Código Civil) que carecen de fines de lucro, como a las empresas (reguladas por la Ley General de Sociedades) que sí tienen finalidad lucrativa”. (Rubio, M; Eguiguren, F. y Bernales, E., 2013, p. 456).

¹⁰ **Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: [...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

normativo, tal como el Código Civil o la Ley General de Sociedades. Así, si un grupo de personas decide formar una persona jurídica, deberá remitirse a la legislación y adecuarse a la forma que estime conveniente. Ello le permitirá alcanzar el fin que persigue, **no siendo posible que creen una nueva clase de persona jurídica no prevista en el ordenamiento jurídico peruano** (el énfasis es nuestro) (De Belaúnde, 2003, pp. 1983-1984).

Ello es coherente con lo que el propio Tribunal Constitucional afirmó respecto de la cancelación de la “licencia de funcionamiento” (hoy llamada “licencia institucional” por la Sunedu), pues implicaría únicamente cancelar una autorización administrativa para brindar servicios de educación superior universitaria, dejando incólume a la persona jurídica. Sobre ello me pronunciaré más adelante.

Pues bien, en cuanto a la autonomía universitaria, los profesores Rubio, Eguiguren y Bernaldes consideran que las universidades privadas que respondan a la naturaleza asociativa tendrán una “protección reforzada” (2013, p. 36), pues no sólo contarían con el derecho a la libertad de asociación –bajo el cual se habría constituido la persona jurídica–, sino con la autonomía universitaria.

2. El derecho a la libertad de empresa

Corresponde analizar también este derecho pues, como se ha adelantado, en el Perú pueden existir universidades con finalidad lucrativa (normalmente, organizadas como sociedades anónimas). Pues bien, dicho ello, debemos señalar que el derecho a la libertad de empresa se constituye como uno de los principales derechos económicos, encontrándose expresamente reconocido en nuestra Constitución Política¹¹. Este derecho está referido a **la facultad de las personas de formar una empresa y desarrollarla, administrando libremente sus bienes y sin interferencia del Estado**.

Está compuesto por un conjunto de libertades que han sido sintetizadas por nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia, abril de 2004, Fundamento jurídico 13): (i) la libertad de crear o fundar una empresa y concurrir al mercado; (ii) la libertad de organización, que incluye la libertad de elegir el objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil que se desea utilizar, facultades

a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal, política publicitaria, administración de bienes, entre otros; (iii) la libertad de competir en el mercado; y, (iv) la libertad para cesar las actividades empresariales¹². Ahora bien, la Constitución de 1993 ha confirmado que este derecho tampoco es absoluto, ya que su ejercicio está limitado. No es incondicionado: “Los límites o condiciones de ejercicio de la libertad de empresa actúan en beneficio de otros intereses constitucionales que muchas veces se contraponen a los derechos subjetivos de los operadores económicos [...]” (Kresalja y Ochoa, 2009, p. 460).

Según enuncia el artículo 59 de la Constitución estos límites son la moral, la salud y la seguridad pública. A mi criterio, estos son límites constitucionales, no prohibiendo expresamente otro tipo de límites que el legislador democrático pueda considerar.

Por tanto, en términos generales, **la libertad de empresa es un derecho fundamental que debe ser ejercido siempre respetando los límites constitucionales y legales que se establezcan para tutelar intereses comunes, bajo la lógica de una economía social de mercado**.

Conforme se adelantó anteriormente, la nueva Ley Universitaria señala que las universidades privadas societarias son aquellas que persiguen una finalidad lucrativa. Si persiguen una finalidad lucrativa es porque se han constituido, muy probablemente, como una sociedad anónima al amparo de la Ley General de Sociedades.

Dado que estas universidades perseguirían una finalidad lucrativa, **son titulares también del derecho fundamental a la libertad de empresa**. Así las cosas: si las universidades privadas asociativas cuentan con una “protección reforzada”, ¿se podría predicar lo mismo respecto de las universidades privadas societarias? Sí y no.

Creo que es importante reiterar que **la Constitución de 1993 permite que en el ámbito de la educación –incluyendo el universitario– se constituyan personas jurídicas con finalidad lucrativa**. Es constitucionalmente posible.

Permitir el lucro en las universidades, sin embargo, no fue un tema pacífico al debatir la Consti-

¹¹ **Artículo 59.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

¹² Como se puede apreciar, este derecho no solo se refiere a la empresa en sí misma (creación, organización y cese), sino que implica el desarrollo del ejercicio empresarial. Esta libertad permite que la empresa pueda actuar en el mercado, centrándose en la acción dada por ella misma.

tución de 1993. El congresista Henry Pease, por ejemplo, señaló que, en su opinión: “[l]a educación [...] no puede ser un negocio” (Debate Constitucional, 1993, p. 1137), y que la universidad no puede ser “una tienda comercial” (Debate Constitucional, 1993, p. 1126). De similar posición fue la parlamentaria Gloria Helfer, la cual señaló que de permitir lucrar en este sector, “se estaría abriendo la puerta para que la educación sea un comercio, sea un negocio más” (Debate Constitucional, 1993, p. 1134). En respuesta, el congresista Rafael Rey replicó que la finalidad lucrativa en la educación propiciaría “una mayor oferta de alternativas educativas” (Debate Constitucional, 1993, p. 1137).

Pues bien, claramente el criterio del constituyente Rafael Rey¹³ fue el que prevaleció, pues el texto vigente de la Constitución de 1993 permite la finalidad lucrativa en la educación, incluida la superior universitaria. Es más, está constitucionalmente garantizado que éstas generen ingresos, pasibles de ser repartidas entre los accionistas (un resultado positivo arrojaría utilidades), en caso sea una sociedad anónima, pues forma parte de su derecho fundamental a la libertad de empresa.

Lo importante, no obstante, es que si bien las universidades privadas societarias pueden existir y generar ingresos, prestan el servicio público de educación superior universitaria. Si ello es así, se somete a la supervisión del Estado y a asegurar el cumplimiento de los fines del servicio educativo, particularmente en los referidos a la educación superior universitaria.

Así, por ejemplo, y a modo de adelanto, conviene destacar que el artículo 118 de la nueva Ley Universitaria señala que la reinversión de utilidades en el caso de las universidades societarias se aplica, por ejemplo, en infraestructura.

Si a dicho criterio lo vinculamos con las condiciones básicas de calidad, tenemos que la universidad privada societaria tiene un *core business* que no puede dejar de atender, como lo es el mantenimiento de su campus, el pago de profesores, asegurar la continuidad de servicios como agua, luz, internet, etcétera. No podría priorizar el reparto de utilidades por encima de ello.

A mayor abundamiento, coincidimos plenamente con el profesor Daniel Soria Luján, cuando señaló que, en el caso de las universidades societarias, su autonomía universitaria no busca proteger la rentabilidad de sus negocios:

¿Autonomía para qué? ¿Para tener un negocio rentable? [...] **La respuesta es negativa** [...]. Las universidades necesitan autonomía para producir y transmitir el conocimiento científico, humanístico y artístico en un ambiente de libertad, donde ni el Estado, ni sus promotores, benefactores o propietarios, determinen los resultados de la reflexión intelectual y la investigación científica mediante métodos distintos a los del propio mundo académico.

De esta manera, **obtener recursos económicos por estas actividades no es el fin sino la consecuencia de la autonomía en el espacio universitario**; [...] (el énfasis es nuestro) (Soria, 2014, p. 2017).

Es decir, aunque puede repartir sus utilidades e invertirlas o distribuirlas de la manera que mejor le parezca, la universidad privada societaria no deja de estar proveyendo un servicio público, por lo que debe asegurar la continuidad del mismo. Ello por encima de su finalidad lucrativa. Ahora bien, como señala el profesor Baldo Kresalja, esta situación no es jurídicamente sencilla:

Hay que precisar que el margen de autonomía que tiene una empresa privada gestora de un servicio público es limitado, con lo cual el principio de libertad de empresa reconocido en la Constitución no puede tener una vigencia plena, como es en el caso de otras empresas privadas. [...] **no puede negarse que siempre hay una interferencia administrativa –y en algunos casos de completa subordinación–, lo que da lugar a no pocos conflictos legales.** [...]

La dirección de una empresa gestora de un servicio público **no es simplemente un asunto privado, y no lo es porque en el caso del servicio público hay un tercero, que es el público usuario** [...] (el énfasis es nuestro) (Kresalja, 2015, p. 192).

Es decir, una universidad societaria debe asumir que **su negocio no es sólo un asunto privado, sino que lo trasciende**. Como afirmó el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 30220: “31. [...] su cumplimiento [proveer el servicio público de educación superior universitaria] no es solo una cuestión concerniente a la entidad privada, sino que guarda especial relación con los fines del propio Estado”. Por ello, la actividad debe ser supervisada.

A fin de cuentas, consideramos que si una universidad privada societaria cumple con brindar un

¹³ Y el de otros como Enrique Chirinos Soto y Martha Chávez Cossío.

servicio educativo de calidad, cubriendo su *core business* (según lo que ya hemos señalado), puede emplear el resto de sus utilidades de la manera que mejor consideren sus accionistas. Tienen protección constitucional para ello. Eso sí, pagarán impuesto a la renta¹⁴.

C. Adopción de decisiones. Las normas universitarias no pueden desconocer la condición de persona jurídica de la universidad

Si las universidades son personas jurídicas, éstas manifiestan su voluntad (adoptan acuerdos) a través de órganos sociales pluripersonales o unipersonales. En el caso de las asociaciones civiles, el Código Civil menciona la existencia de cuando menos dos (02) órganos sociales: (i) la Asamblea General de Asociados; y, (ii) el Consejo Directivo. Nada impide que se constituyan más órganos sociales.

El Consejo Directivo es un órgano obligatorio, pero el Código Civil de 1984 no le otorga funciones específicas. En ese sentido, sus funciones se diseñan libremente en el Estatuto, siempre y cuando no detente las competencias indelegables de la Asamblea General de Asociados. Efectivamente, en cuanto a este último, el Código Civil dispone que es el máximo órgano de gobierno de la asociación. En calidad de tal, le otorga una serie de facultades indelegables, que no pueden ser de competencia de ningún otro órgano. Veamos:

Artículo 84.- La asamblea general es el órgano supremo de la asociación.

Artículo 86.- La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo, aprueba las cuentas y balances, resuelve sobre la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos.

Siendo ello así, toda asociación civil debe contar obligatoriamente con un Consejo Directivo y con una Asamblea General de Asociados. Además, en el caso de esta última, sus competencias y atribuciones no pueden ser trasladadas a otro órgano social. Así, **su propia naturaleza jurídica determina que no pueda prescindir, cuando menos, de su Asamblea General de Asociados.** Se trata de una disposición expresa del Código Civil. Con independencia de la actividad académica que persiga, dicho órgano social debe permanecer y, además, ejercer las facultades indelegables que estipula la norma.

En el caso de las sociedades anónimas se presenta un escenario similar, pues la Ley General de Sociedades también contempla a dos órganos sociales con facultades indelegables: (i) la Junta General de Accionistas; y, (ii) el Directorio (en caso se decida contar con uno)¹⁵.

En conclusión, **la Ley 30220 no puede afectar los órganos sociales bajo los cuales se constituyó**

¹⁴ Constitución de 1993.

Artículo 19.- [...] Para las instituciones educativas privadas que generen ingresos que por ley sean calificados como utilidades, puede establecerse la aplicación del impuesto a la renta.

Ley Universitaria.

Artículo 116.- Bienes y beneficios [...]

116.3 Los excedentes que generan las universidades privadas societarias considerados utilidades, están afectos a las normas tributarias del Impuesto a la Renta. [...].

Artículo 119.- Reinversión de excedentes y utilidades [...]

119.2 Las universidades privadas societarias que generan utilidades se sujetan al régimen del Impuesto a la Renta, salvo que reinviertan dichas utilidades, en la mejora de la calidad de la educación que brindan, caso en el que pueden acceder a un crédito tributario por reinversión equivalente hasta el 30% del monto reinvertido.

¹⁵ **Artículo 111.- Concepto**

La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general.

Artículo 115.- Otras Atribuciones de la Junta

Compete, asimismo, a la junta general:

1. Remover a los miembros del directorio y designar a sus reemplazantes;
2. Modificar el estatuto;
3. Aumentar o reducir el capital social;
4. Emitir obligaciones;
5. Acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad;
6. Disponer investigaciones y auditorías especiales;
7. Acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación; y,
8. Resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en cualquier otro que requiera el interés social".

Artículo 152.- Administradores

La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, salvo por lo dispuesto en el artículo 247.

la **persona jurídica**, pues ésta, antes que universidad, conserva la estructura y facultades que le otorgan el Código Civil y la Ley General de Sociedades como personas jurídicas. En ese sentido, la Asamblea Universitaria de una universidad asociativa o societaria (que verdaderamente lo sean), no podría tener la facultad de modificar el Estatuto¹⁶, pues ello deberá seguir recayendo en la Asamblea General de Asociados y en la Junta General de Accionistas, respectivamente.

Ello es consistente con lo expresado en la sentencia que confirmó la constitucionalidad de la Ley Universitaria, pues al momento de impugnar el artículo 1 de la Ley 30320 –en el extremo referido al “cierre” de universidades–, dos demandados señalaron que ello sería inconstitucional, pues el artículo 2.13 de la Constitución señala que las personas jurídicas no pueden ser disueltas por resolución administrativa. A su criterio, el “cierre” de una universidad, entendida así, hubiese sido inconstitucional.

Para salvar su constitucionalidad, y en un criterio que compartimos, el Tribunal Constitucional señaló que el “cierre” está referido únicamente a “60. [...] la cancelación de la licencia de la universidad. Ello no supone, como es obvio, la disolución de la persona jurídica del promotor”. Es más, confirmando el criterio antes señalado, el Tribunal Constitucional señaló que:

61. La decisión administrativa de suspender la licencia para prestar un servicio público (y la educación universitaria lo es) no supone la disolución de la persona jurídica que lo venía prestando, la cual puede explotar otras licencias o realizar otro tipo de actividades económicas; por lo tanto, la impugnación sustentada en esta razón debe ser desestimada (el énfasis es nuestro).

Esto es muy importante, pues confirma la siguiente lógica: (i) a la luz de la libre iniciativa privada, los particulares pueden constituir universidades con finalidad lucrativa o sin ella; siendo que, para ello, (ii) deberán constituir una persona jurídica, bajo el régimen asociativo o societario que consideren, siendo que dicho régimen no puede ser soslayado, particularmente en lo que respecta a sus órganos de gobierno y a sus funciones indelegables; pero antes deberán (iii) obtener la autorización de funcionamiento (la mal llamada “licencia”); (iv) la misma que podría ser cancela-

da, pero que sólo implica que la habilitación legal (autorización) ya no exista, dejando incólume a la persona jurídica, la cual ahora deberá tener otros fines o, ahí sí, ser disuelta (cerrada) mediante acuerdo de dichos órganos de gobierno, en ejercicio de sus funciones indelegables.

Aunque la Sentencia no lo señaló expresamente, consideramos que esa es la interpretación conforme a la Constitución de la nueva Ley Universitaria. Es más, el artículo 122 –que será analizado a continuación– confirma dicho criterio, acorde con la Constitución. Lamentablemente, el análisis que aquí planteamos es desconocido o simplemente obviado tanto por algunas universidades, la prensa e incluso por las propias autoridades que deben aplicar o supervisar la Ley Universitaria.

Creemos que no se debe dejar de considerar que toda universidad (según la autorización que le permite operar como tal) es antes que todo una persona jurídica, con las particularidades de su propio régimen, las cuales deben ser respetadas al momento de aplicar la legislación universitaria. Teniendo ello claro, podremos entender mejor el artículo 122 de la Ley Universitaria.

D. El artículo 122 de la Ley 30220 - Ley Universitaria para las universidades privadas

El artículo 122 de la Ley 30220 dispone lo siguiente:

Artículo 122. Régimen de gobierno y de docentes en las universidades privadas

Las instancias de gobierno de las universidades privadas asociativas o societarias se sujetan a lo dispuesto por su Estatuto.

El Estatuto de cada universidad define la modalidad de elección o designación de las autoridades, de conformidad con su naturaleza jurídica.

Las autoridades que conforman los órganos de gobierno o las que hagan sus veces, reúnen los requisitos que exige la presente Ley.

El Estatuto regula el derecho de participación de los profesores, estudiantes y graduados en los órganos de gobierno con respeto a los derechos de los promotores de promover, conducir y gestionar la universidad que fundaron.

El Estatuto de cada universidad privada define el proceso de selección, contratación, perma-

¹⁶ Como señala el artículo 57.2 de la Ley Universitaria, señalando que una de sus atribuciones es “Reformar los estatutos de la universidad [...]”.

nencia y promoción de sus docentes, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 80 y 82 de la presente Ley.¹⁷

Es decir, el artículo 122 señala que las universidades privadas **adecúan su Estatuto “de conformidad con su naturaleza jurídica”**, pero establece algunas limitaciones, como que las autoridades que conforman sus órganos de gobierno o las que hagan sus veces, reúnan los requisitos que exige la Ley 30220; o, en el caso de los docentes, lo referido a los artículos 80 y 82 de la misma Ley Universitaria. A continuación las desarrollamos:

- (i) **Sus instancias de gobierno se sujetan a lo dispuesto por su Estatuto y sus Reglamentos Internos:** En ejercicio de la garantía institucional de la autonomía universitaria¹⁸, desarrollada también por la Ley Universitaria¹⁹, la universidad privada puede determinar libremente sus instancias de gobierno, lo cual incluye su nombre, composición y competencias.

Eso sí, deberá respetar los órganos indelegables que le impone su respectiva norma (Código Civil o Ley General de Sociedades), según lo que se ha visto previamente.

En el caso del nombre, es sabido que el *nomen iuris* no define a las cosas, sino que debe atenderse a su naturaleza. Dejarse llevar por él sería realizar una interpretación literal de las cosas, la cual está descartada. Por ejemplo, las universidades son libres de cambiarle el nombre a los órganos y cargos, pues lo determinante para advertir que estamos ante un órgano universitario es revi-

sar su naturaleza, competencias, funciones y composición.

Como consecuencia de ello, las universidades privadas no se encuentran obligadas a contar con los “órganos universitarios” (Asamblea, Consejo, entre otros) previstos en la Ley Universitaria, no obstante contar con algún órgano o persona que pueda ejercer dichas funciones. Por ejemplo, el artículo 57.9 prevé como competencia de la Asamblea Universitaria el “declarar en receso temporal la universidad o a cualquiera de sus unidades académicas [...]”. En el caso de una universidad societaria, por poner un ejemplo, dicha facultad debería recaer en la Junta General de Accionistas. La idea es que, con los propios órganos pre-determinados de la persona jurídica y otros que pueda crear, ésta pueda funcionar como universidad.

Así, podríamos tener el caso de una universidad privada asociativa que cuente con su Asamblea General de Asociados y su Consejo Directivo (órganos predeterminados por el Código Civil), pero también con órganos “universitarios” (como un Consejo Académico).

- (ii) **Define la modalidad de elección o designación de las autoridades, respetando los requisitos para acceder a dichos cargos:** En la misma línea de la anterior prerrogativa, la universidad privada puede determinar libremente la forma en la que sus autoridades de gobierno son elegidas o designadas, sin sujetarse necesariamente a lo que señala la Ley Universitaria para su elección o designación.

¹⁷ Un criterio orientador se encuentra en la Resolución Directoral 012-2017-SUNEDU/02-13 del 08 de junio de 2017, que aprobó los “Lineamientos para la interpretación del artículo 122 de la Ley Universitaria – Ley 30220, que regula el régimen de gobierno y de docentes de las universidades privadas asociativas y societarias”.

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

¹⁹ **Artículo 8.** Autonomía universitaria

El Estado reconoce la autonomía universitaria. La autonomía inherente a las universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución, la presente Ley y demás normativa aplicable. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes regímenes:

8.1 Normativo, implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinadas a regular la institución universitaria.

8.2 De gobierno, implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir la institución universitaria, con atención a su naturaleza, características y necesidades. Es formalmente dependiente del régimen normativo.

8.3 Académico, implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Supone el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria.

8.4 Administrativo, implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria, incluyendo la organización y administración del escalafón de su personal docente y administrativo.

8.5 Económico, implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos”.

A modo de ejemplo, la norma señala que los Decanos son elegidos por votación de toda la comunidad de la Facultad, pero la universidad privada puede libremente decidir que su mecanismo de elección sea distinto, como en efecto lo es en muchas de ellas.

Ello, no obstante, no implica que no respeten los requisitos que la Ley Universitaria plantea para acceder a sus cargos. En efecto, el artículo 122 señala que las autoridades universitarias –o las que hagan sus veces– deben reunir “los requisitos que exige la presente Ley”. Así por ejemplo, el Rector de una universidad privada asociativa podría ser designado por el Consejo Directivo, pero necesariamente deberá contar con el grado académico de Doctor (requisito previsto en el artículo 61.3 de la Ley Universitaria), entre otros requisitos que **deben** cumplirse.

- (iii) **Regula el derecho de participación de los profesores, estudiantes y graduados en los órganos de gobierno universitario con respeto a los derechos de los promotores, sin sujetarse necesariamente a los porcentajes de representación que prevé la nueva Ley Universitaria para cada uno de dichos estamentos:** En tanto la universidad privada puede determinar la forma de composición de sus órganos de gobierno de la persona jurídica (y los “universitarios” dispuestos por la ley), es libre para indicar el número y porcentaje en los que se ven representados quienes integran la comunidad universitaria –docentes, estudiantes y graduados–, siempre y cuando respete su derecho a participar en ellos, de cualquier manera.

En concordancia con lo expuesto en el punto anterior, las universidades puramente asociativas y societarias, tienen órganos de gobierno propios de su tipo de persona jurídica, los cuales serán distintos a los órganos de gobierno universitario (en los cuales sí deberán estar representada la comunidad universitaria). En el caso de las universidades privadas que son personas jurídicas de Derecho Privado creadas y/o reconocidas por ley, el escenario es distinto: tienen un margen de libertad, pero sí deben tener los órganos de gobierno universitarios, pues su “naturaleza jurídica” no viene acompañada de órganos preestablecidos con funciones indelegables, como en el caso de las asociativas y societarias en sentido estricto.

Por ejemplo, la Ley Universitaria estipula que los estudiantes componen la Asamblea Universitaria en un tercio; pero la universidad

privada podría prescindir de que sean un tercio, siempre y cuando no los excluya de dicho órgano de gobierno (bajo parámetros de razonabilidad); y, finalmente,

- (iv) **Define el proceso de selección, contratación, permanencia y promoción de sus docentes, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 80 y 82 de la norma:** Pues mientras que para las universidades públicas está previsto un concurso público de méritos, la universidad privada podría prescindir del mismo, siempre y cuando respete los requisitos para acceder a la “carrera docente”, como lo son los grados académicos para las determinadas categorías de profesores ordinarios.

Así, hemos visto que **la condición de personas jurídicas de las universidades condiciona la aplicación de la Ley 30320**. Es en atención a su naturaleza jurídica, como sujetos de Derecho Privado o de Derecho Público y las variantes que el ordenamiento permite, que deberá evaluarse las condiciones bajo las cuales éstas operan y se organizan.

IV. CONCLUSIONES

Constituidas a lo largo de diversas épocas (y con diferentes marcos normativos), las universidades que actualmente operan en el Perú responden a distintos tipos de personas jurídicas. Así, actualmente contamos con universidades públicas (sujetos de Derecho Público y regidas por el mismo) y universidades privadas (creadas y/o reconocidas por ley u otro instrumento normativo, asociativas y societarias). Estas personas jurídicas pre-existen a la licencia institucional (autorización estatal otorgada por la Sunedu), por lo que se debe respetar el régimen propio con el que cuentan.

¿Qué implica ello? Como hemos visto a lo largo del presente artículo, la ley dispone que las personas jurídicas (que luego podrán recibir la licencia institucional) cuentan con órganos sociales indispensables, los cuales cuentan a su vez con facultades indelegables que no podrían ser de conocimiento de otros órganos (como dispone, a primera vista, la Ley Universitaria). Decimos a primera vista pues un correcto entendimiento de la condición de personas jurídicas, sumado al artículo 122 de la Ley Universitaria, permite concluir –sin lugar a dudas– que la naturaleza jurídica de las universidades privadas determina la aplicación de la Ley 30220 en intensidad y en alcances.

Esperamos que el presente artículo –con cargo a lo que pueda ser complementado– pueda ayudar a aplicar de mejor manera la legislación universitaria a las universidades privadas. 🏛️

REFERENCIAS

- Congreso de la República. (1993). *"Debate Constitucional - 1993"*. Lima, Perú.
- De Belaúnde, J. (1982). "El proyecto del nuevo código civil en lo referente a personas jurídicas". En: *Derecho PUCP* 36, p. 162. Lima, Perú.
- De Belaúnde, J. (2003). *"Comentario al artículo 76"*. En: Gutierrez, W (Ed.). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo I: Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico*. p. 1385. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2008). *"Derecho de las Personas"*. Quinta edición. Lima, Perú: Editorial Rodhas.
- Fernández, C. (2011). *"Naturaleza de la persona jurídica"*. En: Fernández, C. *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2009). *"El Régimen Económico de la Constitución de 1993"*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Kresalja, B. (2015). *"¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana"*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M.; Eguiguren, F. y Bernales, E. (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salazar, M. (2003). *"Artículo 18"*. En: *Código Civil Comentado Tomo I. Derechos de las Personas*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 492 - 498.
- Ortiz, R. (2006). *"La nueva Ley Universitaria. Estado de la cuestión al término de 2005"*. En: Foy, P. *Ensayos jurídicos contemporáneos: testimonio de una huella académica*. Lima, Perú: Instituto de Pacífico.
- Soria, D. (2014). "Autonomía universitaria y supervisión estatal: ¿Es inconstitucional la SUNEDU?". En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional* 79, p. 207. Lima, Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Código Civil Peruano. (1984).
- Congreso del Perú. (9 de julio 2014). *Ley Universitaria*. Ley número 30220. DO: El Peruano.
- (8 de abril de 1960) *Ley de Bases de la Universidad*. Ley número 13417. DO: El Peruano
- (18 de diciembre 1983). *Ley Universitaria*. Ley número 23733. DO: El Peruano.
- (21 de enero de 1995). *Crean el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades - Conafu*. Ley número 26439. DO: El Peruano.
- (9 de diciembre de 1997). *Ley General de Sociedades*. Ley No. 26887. DO: El Peruano.
- Constitución Política del Perú. (1967). Artículo 24.
- Constitución Política del Perú. (1979).
- Constitución Política del Perú. (1993).
- Decreto Legislativo 882. (9 de noviembre de 1996). *Ley de Promoción de la Inversión en la Educación*. DO: El Peruano.
- Resolución Directoral N° 012-2017-SUNEDU/02-13 del 08 de junio de 2017.
- Tribunal Constitucional del Perú. (4 de Abril de 2004). Sentencia recaída en el Expediente 3330-2004-AA. Fundamento Jurídico 13.
- (20 de mayo de 2004). Sentencia recaída en el Expediente 1027-2004-AA. Fundamento Jurídico 03.
- (19 de julio de 2006). Sentencia recaída en el Expediente 4938-2006-AA. Fundamentos Jurídicos 10-13.
- (10 de noviembre de 2015). Sentencia recaída en los Expedientes 0014-2014-PI, 0016-2014-PI, 0019-2014-PI y 0007-2015-PI (acumulados).