

64/2016-CR

- DESCENTRALIZACIÓN



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Lima, 02 de agosto de 2017

OFICIO N° 224 -2017 -PR

Señor
LUIS GALARRETA VELARDE
Presidente del Congreso de la República
Presente.-

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Ley que modifica el artículo 83 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Al respecto, estimamos conveniente observar la misma por lo siguiente:

- a. La Autógrafa de Ley tiene como objeto modificar el numeral 2.1 del artículo 83 de la Ley Orgánica de Municipalidades, proponiendo el siguiente texto:

*"Artículo 83.- Abastecimiento y Comercialización de Productos y Servicios
Las municipalidades, en materia de abastecimiento y comercialización de productos y servicios, ejercen las siguientes funciones:*

(...)

2. Funciones específicas compartidas con las municipalidades provinciales:

2.1 Construir, equipar y mantener directamente o por concesión, mercados de abastos al mayoreo o minoristas, los cuales pueden incluir de manera complementaria, la comercialización de otros productos y servicios de uso personal y doméstico, sin contravenir normativa vigente y en coordinación con las municipalidades distritales en las que estuvieran ubicados. La municipalidad brinda las facilidades de orientación y capacitación a los comerciantes involucrados, en lo que resulte necesario y pertinente.

(...)"

- b. En ese sentido, es importante determinar si los Mercados de Abastos recaen dentro de la figura de servicio público. Para ello, cabe remitirse al artículo 73 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que es materia de competencia Municipal "promover, apoyar y ejecutar proyectos de inversión y servicios públicos municipales". El literal 2.6 del numeral 2 del mencionado artículo establece cuales son los servicios públicos locales que estarían bajo sus competencias, siendo uno de ellos "el abastecimiento y comercialización de productos y servicios".

Asimismo, el artículo 83 de la Ley N° 27972 precisa que el abastecimiento y comercialización de productos y servicios se ejerce a través de funciones específicas exclusivas como son las de "construir, equipar y mantener, directamente o por concesión, mercados de abastos al mayoreo o minoristas, en coordinación con las municipalidades distritales en las que estuvieran ubicados", entendiéndose que

este precepto está en concordancia con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

- c. Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha manifestado en la sentencia sobre conflicto competencial recaída en el Expediente N° 0003-2007-CC, en la cual precisa que: *"En cuanto a los servicios públicos locales, en línea con lo previsto en la Constitución (artículo 195 numeral 5), la LOM prevé que 'Los gobiernos locales (...) promueven la adecuada prestación de los servicios públicos locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico de su circunscripción' (artículo IV del Título Preliminar LOM). Así, queda claro que los gobiernos locales tienen a su cargo que los servicios públicos locales que pertenecen a su circunscripción territorial, sean brindados en forma adecuada"* (Fundamento 37).

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha manifestado lo siguiente sobre el servicio público:

"Si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto (Fundamento 37)".¹

- d. El Tribunal Constitucional ha considerado² que lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es sólo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención. De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

- e. Por ello, resulta relevante tomar en cuenta que, en la actualidad, lo fundamental en materia de servicios públicos no es necesariamente la titularidad estatal sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas; y en ese sentido, es indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el propio Estado. Por ello, aun cuando el Estado haya concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, aún subsiste el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población³.

1 Sentencia del 15 de febrero de 2005, recaída en el proceso de inconstitucionalidad, tramitado con Expediente N° 00034-2004-AI.

2 Ídem.

3 Ídem.

- f. En ese sentido, se justifica un especial deber de protección estatal a los usuarios del servicio y, con ello, una reglamentación más estricta del mismo, supervisando que la prestación se otorgue en condiciones de adecuada calidad, seguridad, oportunidad y alcance a la mayoría de la población. Por tanto, una potencial intervención Estatal en este supuesto también es aceptada, quedando únicamente por resolver el grado de intensidad permitido.

En el presente caso, la continuidad de una actividad esencial como el mercado de abastos, es porque el Estado busca mínimamente asegurar la continuidad del suministro de alimentos y bebidas; ello debido a su deber de garantizar los servicios esenciales y necesarios para la población.

- g. Consideramos que a que la redacción de la fórmula legal contenida en la Ley materia de comentario podría ser interpretada en el extremo que las municipalidades provinciales puedan incluir, de manera complementaria, actividades de comercialización de productos y servicios de uso personal y doméstico, en adición a las funciones de construcción, equipamiento y manutención de mercados de abastos al mayoreo o minoristas. Si bien la citada norma no busca habilitar a las municipalidades provinciales a realizar actividades empresariales, la fórmula legal propuesta debería ser perfeccionada a efectos de garantizar que la misma respeta lo preceptuado en el artículo 60 de la Constitución Política.

En efecto, la medida aprobada por el Congreso de la República debe mantenerse en armonía con el rol subsidiario del Estado desarrollado en nuestra Constitución Política, la cual establece:

“Artículo 60°. - El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”

- h. El rol subsidiario del Estado va más allá de autorizarlo a realizar actividades comerciales en beneficio de la colectividad, pues el Tribunal Constitucional, en el fundamento 23 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI ha señalado que *“las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.”*
- i. Si bien la Ley busca fomentar escenarios idóneos para el desarrollo de actividades comerciales, su redacción puede ser interpretada como una autorización concedida a las municipalidades provinciales a realizar actividades de carácter empresarial, lo cual no ha sido analizado en el Dictamen respectivo desde el enfoque del rol subsidiario del Estado.

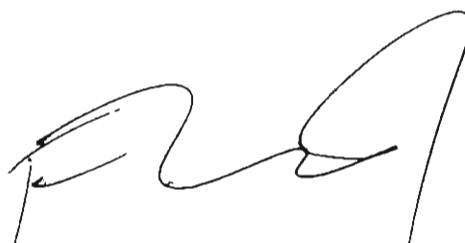
Por ello, se sugiere que la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado incorpore en la fórmula legal una referencia expresa a que las funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales no las habilitan a realizar actividades empresariales que no se encuentren previamente autorizadas por Ley.

Por las razones expuestas, se observa la mencionada Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,



PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República



FERNANDO ZAVALA LOMBARDI
Presidente del Consejo de Ministros

64/2016-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Lima, 02 de AGOSTO de 2017

Pase a la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado, con cargo de dar cuenta de este procedimiento al Consejo Directivo.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 83 DE LA LEY 27972, LEY
ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES**

**Artículo 1. Modificación del artículo 83 de la Ley 27972, Ley Orgánica de
Municipalidades**

Modifícase el artículo 83 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en
los siguientes términos:

**Artículo 83.- ABASTECIMIENTO Y COMERCIALIZACIÓN DE
PRODUCTOS Y SERVICIOS**

Las municipalidades, en materia de abastecimiento y comercialización de
productos y servicios, ejercen las siguientes funciones:

(...)

**2. Funciones específicas compartidas de las municipalidades
provinciales:**

2.1 Construir, equipar y mantener directamente o por concesión,
mercados de abastos al mayoreo o minoristas, los cuales pueden
incluir de manera complementaria, la comercialización de otros
productos y servicios de uso personal y doméstico, sin contravenir
normativa vigente y en coordinación con las municipalidades
distritales en las que estuvieran ubicados. La municipalidad
brinda las facilidades de orientación y capacitación a los
comerciantes involucrados, en lo que resulte necesario y
pertinente.

(...)"

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

ÚNICA. Preferencia de actuales concesionarios

En los casos en que la municipalidad intervenga para remodelar, mejorar o
ampliar los mercados de abastos a su cargo y que se afecte las ubicaciones de los
actuales concesionarios debidamente acreditados y empadronados; mediante



acuerdo de concejo municipal se deberá normar la forma en que los actuales concesionarios ejercerán su preferencia para la reubicación a la que hubiera lugar.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.
En Lima, a los once días del mes de julio de dos mil diecisiete.



LUZ SALGADO RUBIANES
Presidenta del Congreso de la República



ROSA BARTRA BARRIGA
Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA