

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**El principio de subsidiariedad en las actividades prestadas por las
municipalidades**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Administrativo**

AUTOR

Annie Milagros Fetta Pizzorno

ASESOR:

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20122915

2020

RESUMEN

El presente trabajo aborda el análisis del principio de subsidiariedad en las actividades realizadas por las municipalidades que se encuentran bajo la libre iniciativa privada. Esto se encuentra relacionado con el modelo económico de la Constitución Política del Perú y el proceso de descentralización. El modelo económico de la Constitución tiene como pilar al principio de subsidiariedad, el cual refiere que la actividad empresarial del Estado será excepcional. Sin embargo, en el marco del proceso de descentralización, la Ley Orgánica de Municipalidades establece una serie de competencias a las municipalidades para gestionar, promover y desarrollar ciertas actividades como servicios públicos locales y otras actividades que se encuentran en la libre iniciativa privada. No obstante, se presenta el escenario de una posible vulneración al principio de subsidiariedad cuando las municipalidades desarrollan actividades que se encuentran bajo el ámbito de los privados, siendo actividades de libre iniciativa privada. Antes lo cual vale cuestionarnos: ¿Cómo las municipalidades cumplen las competencias encargadas por la Ley Orgánica de Municipalidad sin vulnerar el principio de subsidiariedad? Nuestra posición al respecto es que en lo referente a actividades que se les ha encargado a las municipalidades promover y desarrollar, y que estas se encuentran bajo la libre iniciativa privada, se debe delimitar las competencias que se le han otorgado a las municipalidades, estableciendo bajo qué supuestos puedan ser desarrolladas sin vulnerar la concurrencia en el mercado de los privados.

ABSTRACT

The present essay addresses the analysis of the principle of subsidiarity in the activities carried out by the municipalities that are under the free initiative private. The economic model of the The Constitution has as pillar the principle of subsidiarity, which refers to the fact that the activity of the State will be exceptional. However, in the framework of the decentralization process, the Organic Law on Municipalities establishes a series of competencies for municipalities to manage, promote and develop certain activities such as local public services and other activities that are in the free private initiative. Notwithstanding, it submits the scenario of a possible violation of the principle of subsidiarity when municipalities develop activities that are in the private sphere, being activities of free private initiative. Before which it is worth questioning ourselves: How do municipalities comply with the competencies assigned to them by the Organic Law of Municipalities without violating the principle of subsidiarity? Our position is that regarding to activities that municipalities have been charged with promoting and developing, and that are activities which are under the free private initiative, the competences that have been granted to the municipalities, establishing under which assumptions they can be developed without harming the concurrence in the market of the privates.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I	6
<i>EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO</i>	6
1. La base constitucional del principio de subsidiariedad.....	6
2. ¿Cómo, cuándo y donde debe intervenir el Estado como empresario?	7
3. La municipalización en el régimen económico peruano	12
3.1. Base constitucional y contexto de la municipalización en el Perú.....	12
3.2. La municipalización en Europa	14
CAPÍTULO II	16
<i>¿QUÉ ACTIVIDADES PUEDEN SER PRESTADAS POR LAS MUNICIPALIDADES EN EL PERÚ?</i>	16
1. La descentralización en el Perú.....	16
2. Las actividades prestadas por las municipalidades.....	18
2.1 Los servicios públicos locales.....	18
CAPITULO III	22
<i>LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LAS MUNICIPALIDADES DESDE EL ARTÍCULO 60 DE LA CONSTITUCIÓN</i> 22	
1. ¿Cuándo las municipalidades se podrían convertir en un agente económico? 22	
2. Casuística de INDECOPI.....	25
CONCLUSIONES	26
BIBLIOGRAFÍA	27

INTRODUCCIÓN

La economía social de mercado, modelo económico que establece la Constitución Política del Perú, refiere como sus pilares el principio de subsidiariedad y solidaridad. En base a ello, el Estado debe asegurar la prestación de actividades asistenciales y los servicios públicos; pero también cuenta con un rol excepcional como agente económico, respetando la libre iniciativa de los privados.

Queda establecido el rol excepcional del Estado en la actividad empresarial del país; sin embargo, debemos relacionar el principio de subsidiariedad con el proceso de descentralización. Este proceso ha establecido dotarle de competencias a las municipalidades para que desarrolles ciertas actividades.

Las actividades que se les ha otorgado como competencia a las municipalidades en el marco del proceso de descentralización son diversas como actividades propias de la función pública, servicios públicos locales, actividades que se encuentran bajo la libre iniciativa privada, entre otras. No obstante, lo referido a las actividades que se encuentran bajo la libre iniciativa privada y que también son prestadas por las municipalidades pueden vulnerar potencialmente el principio de subsidiariedad.

Es por dicha razón que el presente artículo tiene por finalidad establecer la lectura concordante entre el principio de subsidiariedad establecido en la Constitución y el ejercicio de las competencias otorgadas a las municipalidades. Es importante analizar cómo vienen siendo desarrolladas estas competencias en el marco de la intervención excepcional del Estado como agente económico.

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. La base constitucional del principio de subsidiariedad

En el régimen económico de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) – en específico en el artículo 58- se establece que el Perú se rige bajo la economía social de mercado. Conforme al citado artículo, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en áreas de interés público como el empleo, salud, educación, entre otros.

Ante ello, Kresalja señala que la economía social de mercado se basa en la protección de la libre iniciativa privada, por lo cual es el mejor modelo para asegurar el bienestar de todos, sin embargo, se admite la intervención del Estado en ciertas actividades para asegurar ciertos fines económicos y sociales (2015:183). Por lo que, la libre iniciativa privada es la base fundamental de la economía social de mercado, no olvidando que la actuación empresarial de los privados debe ir siempre acorde al interés público.

El régimen económico de la Constitución también ha recogido el principio de subsidiariedad en el artículo 60. El citado artículo establece que el Estado solo puede realizar actividad empresarial de manera subsidiaria, en cuanto cumpla con los requisitos de ley expresa, subsidiariedad y alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

En ese sentido, el principio de subsidiariedad se interpreta conforme al modelo de economía social de mercado. Este principio protege la libre iniciativa privada, y que el Estado no pueda coartar dicha libertad desde su rol de Estado empresario. Por ello, debe interpretarse en concordancia el artículo 58 de la Constitución (economía social de mercado) y el artículo 60 (principio de subsidiariedad).

Cabe señalar que, la Constitución vigente incorporó el principio de subsidiariedad al régimen económico. Si bien la Constitución de 1979 establecía una economía social de mercado, no abordaba el principio de subsidiariedad. Por lo que, la incorporación del

principio de subsidiariedad representó la transformación del rol del Estado en la economía del país, pues cambió de prestador de servicios y actividades a tener un rol promotor y garantizador del interés público.

En atención a ello, solo en los casos en que la actividad privada no se encuentre presente o no pudiera satisfacer la demanda, se autoriza excepcionalmente intervenir al Estado cumpliendo los requisitos del artículo 60 de la Constitución (KRESALJA Y OCHOA 2012:102). Sin embargo, el principio de subsidiariedad no convierte a un Estado relegado en la economía del país, dado que, al estar frente a una economía social de mercado, el Estado debe tener un rol garante del interés general y fomentar actividades económicas.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el alcance del principio de subsidiariedad en la Sentencia del 11 de noviembre de 2003 del Expediente 00008-2003-AI/TC. En dicha Sentencia, el máximo intérprete de la Constitución señaló que el principio de subsidiariedad consagra una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos en función al interés general. Por lo tanto, el principio de subsidiariedad delimita y limita la actuación del Estado como empresario.

Finalmente, no debe olvidarse que además del principio de subsidiariedad, el principio de solidaridad también forma parte de nuestro régimen económico. En ese sentido, el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia del 14 de marzo del 2011 recaída en el Expediente 00004-2010-PI/TC señaló que el principio de solidaridad se entiende como la promoción de una serie de deberes que ostenta el Estado. Por ello, es importante no solo establecer el principio de subsidiariedad que limita la actuación empresarial del Estado, sino también considerar que nuestro régimen constitucional se basa en el principio de solidaridad, el cual obliga que el Estado debe intervenir para ciertos fines sociales y asegurar la prestación de los servicios públicos.

2. ¿Cómo, cuándo y donde debe intervenir el Estado como empresario?

El principio de subsidiariedad se entiende en el marco del respeto a la libre iniciativa privada, por lo que el Estado no puede coartarla mediante su intervención como empresario a excepción de ciertos supuestos. El artículo 60 de la Constitución señala en qué supuestos el Estado puede desarrollar actividad empresarial, los cuales son: ley

expresa emitida por el Congreso de la República, subsidiariedad e interés general o conveniencia nacional.

Cabe señalar que, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante Indecopi) fue el ente administrativo que desarrolló los alcances de los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución. Siendo esto así, la Ley de Represión de Competencia Desleal estipula en su artículo 14 que una de las modalidades de violación de normas es la vulneración al principio de subsidiariedad.

En ese sentido, mediante el precedente de observancia obligatoria denominado “El Rancho” que recae en la Resolución 314-2010/SC1-INDECOPI (en adelante el precedente) se desarrollaron los alcances del artículo 60 de la Constitución. Dicho precedente comenzó por señalar que para el desarrollo de la actividad empresarial del Estado es irrelevante la forma jurídica que adopte el prestador, no se requiere acreditar el ánimo lucrativo, y del análisis del principio de subsidiariedad se exceptúan las actividades de *ius imperium* y actividades asistenciales¹.

Asimismo, en el precedente se estableció la metodología para determinar la infracción al artículo 60 de la Constitución. El primer requisito de la metodología es que la actividad empresarial del Estado debe estar autorizada por ley expresa emitida por el Congreso de la República². El fundamento para que se establezca la reserva ley se debe a que la actividad empresarial del Estado es excepcional. Así también, se debe acortar los márgenes de discrecionalidad de los funcionarios del gobierno respecto a la habilitación del desarrollo de actividad empresarial por parte del Estado.

Al respecto, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia del 15 de febrero de 2005 bajo el Expediente 0034-2004-PI/TC señaló que el artículo 60 de la Constitución establece una reserva de ley absoluta para que el Estado de manera excepcional y subsidiaria realice

¹ Al respecto, véase el numeral 46: “Conforme a lo expuesto, la actividad prestacional de bienes o servicios que brinda el Estado, que incluye la producción, distribución, desarrollo e intercambio de productos y servicios a favor de la ciudadanía, será empresarial en la medida que no corresponda al ejercicio de funciones de *ius imperium* ni se identifique con la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales” (Numeral 46 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI).

² Al respecto, véase el numeral 71: “En conclusión, la exigencia de autorización por ley solo cabe interpretarla como autorización contenida en una ley expedida por el Congreso de la República, siendo esta regla aplicable tanto para las empresas públicas dentro del ámbito de FONAFE, como para el caso de las actividades empresariales desarrolladas por cualquier entidad estatal, gobiernos locales, y empresas y organismos públicos descentralizados adscritos a estas unidades de gobiernos” (Numeral 71 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI).

actividad empresarial. Por lo tanto, el primer requisito que se debe cumplir para que el Estado desarrolle de actividad empresarial es contar con la habilitación expresa de una ley emitida por el Congreso de la República.

La subsidiariedad es el segundo requisito que establece el artículo 60 de la Constitución para habilitar al Estado a realizar actividad empresarial. Este requisito es de fondo, a diferencia de la ley habilitante emitida por el Congreso que se establece como un requisito formal. La subsidiariedad plantea que el Estado solo podrá intervenir como agente empresarial cuando exista una falla en el mercado, como ausencia real o potencial de los privados en dicha actividad.

Al respecto, Ariño menciona que el principio de subsidiariedad refiere al grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social de un país, como en el ámbito de libre actuación de los privados (2004:111). En nuestro ordenamiento jurídico se enmarca el principio de subsidiariedad a partir del respeto a la libre iniciativa privada de los agentes económicos. La intervención del Estado solo será habilitada en supuestos concretos en justificación del interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Respecto a cómo debemos entender el requisito de subsidiariedad establecido en el artículo 60 de la Constitución, el precedente señala que se deben analizar los siguientes elementos: (i) las condiciones de competencia en el mercado, y (ii) la situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios. A partir de ello, se delimita el mercado relevante y se analiza la oferta privada, y si ella puede atender la demanda de la empresa estatal³.

El tercer y último requisito que establece el artículo 60 de la Constitución se enmarca en que la actividad empresarial del Estado debe revertir interés público o manifiesta conveniencia nacional. Rubio señala que el interés público y la conveniencia nacional son conceptos que no cuentan con un significado definido en la Constitución, sin embargo, se evidencia su finalidad de que en casos muy excepcionales se autoriza la actividad empresarial del Estado (1999:236). En ese mismo sentido, el precedente mencionó que el

³ Al respecto, véase del numeral 82 al 88 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI).

interés público y la conveniencia nacional son conceptos indeterminados que no han sido definidos por la Constitución⁴.

Ante ello, el precedente menciona que su competencia se limita a evaluar que los conceptos de interés público o manifiesta conveniencia nacional se encuentren en la ley habilitante de la actividad empresarial del Estado. En ese sentido, el Indecopi para analizar la vulneración al principio de subsidiariedad, le corresponderá evaluar que exista una ley habilitante emitida por el Congreso de la República, que se cumpla el análisis de subsidiariedad y solo constatará que en dicha ley habilitante se establezca el interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Cabe señalar que, los tres requisitos desarrollados significan “candados” para que el Estado realice actividad empresarial. El precedente desarrolló las razones por las cuales el Estado debe cumplir un rol subsidiario. Entre esas razones encontramos que el Estado debe destinar los escasos recursos públicos a atender los bienes y servicios que no puedan ser provistas por los privados. Otra razón es que la actividad empresarial del Estado se podría habilitar por fines políticos que no priorizan la rentabilidad y sus pérdidas serían asumidas por los tributos de los contribuyentes. Finalmente, se señala que el Estado empresario puede competir deslealmente a partir de financiaciones o subsidios.

Si bien hemos desarrollado bajo qué requisitos se puede habilitar al Estado empresario; sin embargo, debemos cuestionarnos en qué actividades el Estado debe estar presente asegurándolas o prestándolas. Landa señala que el principio de subsidiariedad no significa que un Estado relegado, sino que se plantea en dónde, cuándo, por qué y con qué fin debe intervenir (2016). Por ello, es importante leer el principio de subsidiariedad bajo la economía social de mercado, lo cual nos permite analizar en qué supuestos debe o no intervenir el Estado.

En ese sentido, para fines didácticos plantearemos tres grandes tipos de actividades:

⁴ Al respecto, véase el numeral 126: “En conclusión, la evaluación de lo que debe entenderse por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es un aspecto que no corresponde al INDECOPÍ, siendo que el contenido de dichos conceptos debe ser dado por el Congreso de la República con oportunidad de la emisión de la ley expresa en virtud de la cual queda autorizado el desarrollo de la actividad empresarial”(Numeral 126 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPÍ).

- Las actividades de naturaleza asistencial y/o las actividades establecidas en el artículo 58 de la Constitución que refieren que el Estado actúa principalmente en la promoción de la salud, empleo, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Asimismo, conforme al artículo 66 de la Constitución también en los recursos naturales donde el Estado es soberano en su aprovechamiento.
- Las actividades de interés general que se asocian con fines constitucionales como la actividad de banca y cajas municipales.
- Las actividades que se desarrollan en libre competencia bajo la oferta y demanda del mercado.

El principio de subsidiariedad es aplicado de diferentes maneras en cada una de las actividades que hemos mencionado. Respecto a las actividades asistenciales o las previstas en el artículo 58 de la Constitución se señala que el Estado actúa en actividades como salud, educación, seguridad, empleo. Estos últimos son denominados los servicios asistenciales, en los cuales el Estado los presta y fomenta. Así, percibimos que en la prestación de dichas actividades concurren tanto los privados como el Estado, siendo este último el que ostenta el rol de fomentarlas y asegurar su prestación.

Dentro de las actividades que se refieren en el artículo 58 de la Constitución encontramos a los servicios públicos económicos; sin embargo, es importante separar su análisis de las otras actividades mencionadas en dicho artículo. Los servicios públicos serán desarrollados con profundidad en el segundo capítulo del presente artículo; pero, cabe mencionar que, al ser de titularidad del Estado, y muchos de ellos prestarse en monopolio natural, no se aplica el principio de subsidiariedad en dicha actividad.

Por otro lado, las actividades de interés general como son las actividades de banca y cajas municipales están enmarcadas dentro de fines constitucionales. Por lo que, en estas actividades el Estado cumple el rol de fomentarlas y en muchos escenarios también prestarlas. Por ejemplo, en la actividad de banca, el Estado no concurre como agente económico; no obstante, cumple un rol de asegurar fines constitucionales. Esto último ha

sido cuestionado, dado que en la actividad de banca no existe fallas en el mercado o insuficiencia de oferta privada.

En lo que respecto a las actividades que se desarrollan bajo la libre iniciativa de los privados, se debe recalcar que el principio de subsidiariedad se aplica con intensidad en dichas actividades. Nuestro régimen económico protege la libre iniciativa privada, por lo tanto, las actividades deben desarrollarse sin ningún tipo de interferencia ni competencia desleal por parte de la actividad empresarial del Estado. En ese sentido, se justifica los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución para restringir al Estado empresario bajo ciertos supuestos excepcionales y cumpliendo los requisitos establecidos.

3. La municipalización en el régimen económico peruano

3.1. Base constitucional y contexto de la municipalización en el Perú

El origen de los municipios democráticos se remite al año 1963 que se realizaron los Consejos Municipales bajo la Constitución de 1933. No obstante, luego de ello habría una gran interrupción en el voto directo para la elección de autoridades por los gobiernos militares de aquella época. Por lo que, no fue hasta el gobierno del expresidente Belaúnde Terry que se convocaron a elecciones de autoridades en 1980, en ese entonces bajo la Constitución de 1979 (TUESTA: 2016).

En un principio, el período de las autoridades municipales era de tres años conforme a la Ley 14669; sin embargo, más adelante mediante la Ley 26864 – Ley de Elecciones Municipalidades se amplió el período por cuatro años. Este último período es el que actualmente rige para el mandato de las autoridades.

Respecto a la base constitucional de los servicios públicos locales que son prestados por las municipalidades, como señala Zegarra, dicho concepto fue adquiriendo diferentes connotaciones de acuerdo a cada etapa histórica (2019:156). En relación con ello, las constituciones del siglo 19 hacían referencia a los servicios públicos como la función pública, cuestión que seguimos encontrando en la Constitución vigente y desarrollaremos más adelante.

En ese sentido, recién en las constituciones del siglo 20 encontramos el fenómeno de la municipalización. En específico, en la Constitución de 1920 el Estado empezó a prestar ciertas actividades, las cuales fueron anteriormente prestadas por el sector privado. El fundamento para trasladar la prestación del sector privado al público se basó en que dichas actividades eran consideradas de interés público (Asamblea Nacional de 1920).

Luego de ello, la Constitución de 1979 señaló que se rige en una economía social de mercado, pero bajo la concepción de un Estado prestador de actividades. En dicha Constitución no encontrábamos el principio de subsidiariedad, y por el contrario en el artículo 113 se establecía al Estado empresario que presta servicios públicos y alcanza objetivos de desarrollo. Asimismo, el artículo 254 señalaba cuales eran las competencias de los municipios, lo cual permitía diferenciar con los servicios públicos de alcance nacional.

En la Constitución de 1993 – actual marco constitucional – no se establece un sentido único de servicio público. Al igual que en las Constituciones del siglo 19, el término servicio público es utilizado también para hacer referencia a la función pública, ejemplo de ello el artículo 119. Así, otros artículos sí efectivamente hacen referencia al servicio público como las actividades económicas de titularidad del Estado que son primordialmente prestadas por los privados.

Al respecto, los servicios públicos municipales han sido establecidos en los artículos 192 y 195, en los cuales se señala que los gobiernos regionales y locales, respectivamente, promueven el desarrollo y la economía de su territorio, así como los servicios públicos de su responsabilidad. En ese sentido, nuestra Constitución reconoce que los municipios tanto locales como regionales cuentan con la titularidad de ciertas actividades.

En ese sentido, Zegarra señala que, los servicios públicos locales fueron reconocidos mediante diferentes constituciones a lo largo de la historia, lo cual permite que actualmente se consideren como actividades de titularidad y gestión atribuidas a las municipalidades (2019:152). Sin embargo, debemos señalar que se debe ahondar en el análisis de las actividades de titularidad y prestadas por las municipalidades en interpretación concordante con el principio de subsidiariedad recogido en nuestra Constitución.

3.2. La municipalización en Europa

Magaldi señala que, indiscutiblemente el origen de la municipalización emergió en el ordenamiento jurídico italiano, y en particular, la *Legge n. 103 sulla municipalizzazione dei pubblici servizi* de 1903 (1:2016). Por ello, se establece que a partir de la citada norma se instauró la figura de la municipalización en el sistema jurídico continental.

Sin embargo, tal como lo relata Magaldi, el proceso de la municipalización no fue un acontecimiento exento de complicaciones. En el siglo 19 se desarrollaba el liberalismo de las actividades económicas, lo que implicaba la no intervención del Estado. Por lo que, no se abordó de manera pacífica el plantear que ciertas actividades deban ser prestadas por la Administración Pública.

En ese sentido, existieron posiciones de resistencia a no municipalizar actividades económicas; no obstante, sí se terminó concretizando la prestación de actividades económicas por partes de los municipios. Esto último se materializó, debido a que en dicha época existía una crítica a la incapacidad de los privados para brindar los servicios de calidad y satisfacer la demanda de la población.

Por ello, el surgimiento de la figura jurídica de la municipalización fue tan importante en su época. Lo ocurrido en Italia sobre la *Legge n.103* se replicó en muchos países del sistema jurídico continental de Europa, como es el caso de España. Por lo que, se comenzó a discutir sobre la gestión de las municipalidades sobre las actividades a su cargo, y el procedimiento para municipalizar las actividades prestadas los privados que revertían interés general.

Luego de que se desarrollará la municipalización en el siglo 19, dos siglos más tarde se replantearon las prestaciones de las actividades económicas por parte de los municipios. Así, Gimeno señala que, en a partir del siglo 21 se llevaron a cabo las desregulaciones y desreglamentaciones de las actividades económicas, lo cual estableció el modelo de liberalización de la economía (1:2016). Este contexto de liberalización se llevó en muchos países, lo cual planteaba que las actividades económicas debieran estar en manos de los privados por la eficiencia y desarrollo tecnológico.

No obstante, luego de desarrollarse el proceso de liberalización donde la mayoría de actividades paso a mano de los privados y se limitó la prestación por parte del Estado, se presentó el fenómeno de la remunicipalización. Este último planteó que algunas actividades económicas se devuelvan a las municipalidades. Por lo tanto, sigue vigente el planteamiento de que las municipalidades deben encargarse de ciertas actividades, como las que están revertidas de interés público.



CAPÍTULO II

¿QUÉ ACTIVIDADES PUEDEN SER PRESTADAS POR LAS MUNICIPALIDADES EN EL PERÚ?

1. La descentralización en el Perú

Alex de Tocqueville introduce en 1885 por primera vez el concepto de descentralización que se basa en el modelo ideal para el ejercicio de la democracia. Conforme a dicho autor, todo lo que pueda decidirse y gestionarse a un nivel inferior, no debe hacerse a uno superior⁵. En el capítulo XIV de la Constitución encontramos “De la Descentralización”, señalando en el artículo 188 que la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente del Estado, de carácter obligatorio, que tiene como primordial objetivo el desarrollo integral del país. Sin embargo, el esfuerzo de la descentralización es transversal a toda nuestra historia republicana, en especial desde fines de los 80.

En ese sentido, desde la Constitución de 1979 se estableció el modelo regional, que apuntaba a dotar de importancia a las regiones, lo cual no tuvo mayor éxito por la falta de objetivos y compromiso por parte del gobierno de turno. Sin embargo, con todas las deficiencias planteadas acerca de la descentralización en la Constitución de 1979, esta sirvió para sentar base para que la actual Constitución recoja también el modelo de descentralización.

Cabe señalar que, el texto original del Capítulo de la Descentralización de la Constitución de 1993 se acercaba más a un modelo de desconcentración y no de descentralización. Por lo que, no es hasta la Ley 27680 - Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV sobre Descentralización, que se realiza una reforma significativa para la descentralización territorial que aborda la autonomía económica, política y administrativa de los municipios, dotándolos de atribuciones reconocidas.

⁵ Cita en el “Estudio del proceso de descentralización en el Perú” de la Contraloría de la República. Página 93.

Al respecto, Zas Friz señala que el texto constitucional reformado planteó la modernización estatal, la participación ciudadana y la integración regional (2010:26). Asimismo, las disposiciones transitorias de la Ley 27783 - Ley de Bases de la Descentralización (en adelante, Ley de Bases de la Descentralización) definieron las etapas del proceso en las siguientes:

- Etapa Preliminar: Debate y aprobación de Leyes.
- Primera Etapa: Instalación y organización de los Gobiernos Regionales y Locales.
- Segunda Etapa: Consolidación del Proceso de Regionalización.
- Tercera Etapa: Transferencia y recepción de competencias sectoriales.
- Cuarta Etapa: Transferencia y recepción de competencias sectoriales en educación y salud.

Como podemos observar, se estableció que el proceso de descentralización se debía desarrollar de forma paulatina a través de cada etapa, en la cual se encontrarían los agentes involucrados y sus respectivas responsabilidades. Sin embargo, el proceso de descentralización en los últimos años no se desarrolló de manera gradual y por etapas, sino que todas las etapas se desplegaron a la misma vez.

En relación con ello, Zas Friz señala que uno de los principales problemas del proceso de descentralización sigue siendo la falta de institucionalidad de las municipalidades a través de un proceso de capacitación y de asistencia técnica (2010: 26). En ese sentido, el no llevarse a cabo el proceso de descentralización por las etapas previstas, se generó que la atribución de competencias no sea acompañada con un desarrollo de gestión y organización.

Del mismo modo, el Informe Anual de Descentralización 2016-SD-PCM concluye que las capacidades para atender los servicios en atención al ciudadano aún son insuficientes y se encuentran inadecuadamente distribuidas. Esto último refleja que aún está pendiente dotar de capacidades a los agentes responsables, debido a que solo así se podrá desarrollar un adecuado proceso de descentralización. Por lo que, abordaremos – en medio de un incompleto proceso de descentralización- que atribuciones y responsabilidades se les atribuyen a los municipios.

2. Las actividades prestadas por las municipalidades

En el artículo 195 de la Constitución se señala que los municipios locales son competentes para promover la economía local y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad. Por lo que, como hemos señalado en párrafos anteriores, se reconoce desde la Constitución esta atribución a los municipios. El artículo antes citado señala lo siguiente:

Art. 195.- Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo son competentes para:

(...)

5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad.

(...)

8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a la ley.

(...)

Asimismo, en el marco de otorgar capacidades a los municipios, la Ley de Bases de la Descentralización establece en los artículos 42 y 43, las competencias exclusivas de las municipales y las competencias compartidas, respectivamente. En las competencias exclusivas encontramos la gestión de los servicios públicos locales, mientras que en las competencias compartidas se encuentran la educación, cultura, deporte, entre otros.

A partir de ello, la Ley de Bases de Descentralización establece las actividades que son desarrolladas por los municipios. No obstante, en los artículos antes citados encontramos a los denominados servicios públicos locales y a las actividades que se prestan en libre competencia, por lo que, es importante establecer que no se les debe dar el mismo tratamiento jurídico- económico.

2.1 Los servicios públicos locales

Como hemos mencionado, en el inciso c del artículo 42 de la Ley de Bases de la Descentralización se encuentra establecido lo siguiente: *“Es una competencia exclusiva de las municipalidades la administración y gestión de los servicios públicos destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local”*. A partir de ello, nos planteamos

el cuestionamiento si dichos servicios públicos locales responden a las mismas características de los denominados servicios públicos económicos que son de alcance nacional.

Al respecto, Huapaya señala que, en los servicios públicos locales sí existe una reserva prestacional a favor de las municipalidades, mientras que dicha reserva no existe para los servicios públicos económicos (394:2015). Ello es así, debido a que actualmente los servicios públicos económicos han sido establecidos desde un sentido objetivo de la actividad, mientras que en los servicios públicos locales se formulan a través un sentido subjetivo.

Sobre el particular, el sentido objetivo de los servicios públicos establece que dichas actividades son declaradas por el legislador como tal, las cuales se someten a un régimen jurídico exorbitante para que se cumplan sus fines y principios. Entonces, según el sentido objetivo lo relevante es la naturaleza de la actividad, más no quien la presta. Esto último en contraste con el sentido subjetivo, el cual establece que los servicios públicos son definidos como tal a partir de que son de titularidad del Estado.

Hemos señalado que los servicios públicos locales se desarrollan a partir de un sentido subjetivo, ello observándose que la Ley 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, la LOM) que establece la responsabilidad prestacional de dichas actividades a las municipalidades. Por lo que, en un primer acercamiento podríamos señalar que en los servicios públicos locales no se aplica el principio de subsidiariedad. Esto último, a partir de que las municipalidades tienen el cometido de prestar dichas actividades.

En ese sentido, el numeral 2 del artículo 73 de la LOM se señala lo siguiente:

(...)

Las municipalidades, tomando en cuenta su condición de municipalidad provincial o distrital, asumen las competencias y ejercen las funciones específicas señaladas en el Capítulo II del presente Título, con carácter exclusivo o compartido, en las materias siguientes:

(...)

2. Servicios públicos locales

2.1. Saneamiento ambiental, salubridad y salud.

2.2. Tránsito, circulación y transporte público.

2.3. Educación, cultura, deporte y recreación.

2.4. Programas sociales, defensa y promoción de derechos ciudadanos.

- 2.5. Seguridad ciudadana
 - 2.6. Abastecimiento y comercialización de productos y servicios.
 - 2.7. Registros Civiles, en mérito a convenio suscrito con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforme a ley.
 - 2.8. Promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo.
 - 2.9. Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones.
 - 2.10. Otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional.
- (...)

Al respecto, si bien la ley considera a todas las actividades antes referidas como servicios públicos, en estricto se debe abordar si efectivamente son consideradas como tales. Esto último, debido a que se perciben que muchas no son de titularidad o competencia de las municipalidades, así como otras son estrictamente función pública.

Por ejemplo, las actividades de registros civiles, administración de parques zonales y zoológicos, programas sociales, son propiamente funciones que están inmersas a la Administración Pública, no tratándose de servicios públicos locales. En esa misma línea, Danós refiere que las actividades antes mencionadas son propias de la función pública, dado que son otorgadas a las municipalidades para que atiendan las necesidades de su comunidad (2008:55)

En ese sentido, respecto al servicio de saneamiento, en los numerales 2.1. y 4.1. del artículo 80 de la LOM se señala que es una competencia compartida de la municipalidad provincial y distrital, respectivamente, el administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe. En ese sentido, encontramos a las denominadas entidades prestadoras de servicio de saneamiento “EPS”, las cuales se encargan de prestar dicho servicio en el ámbito urbano.

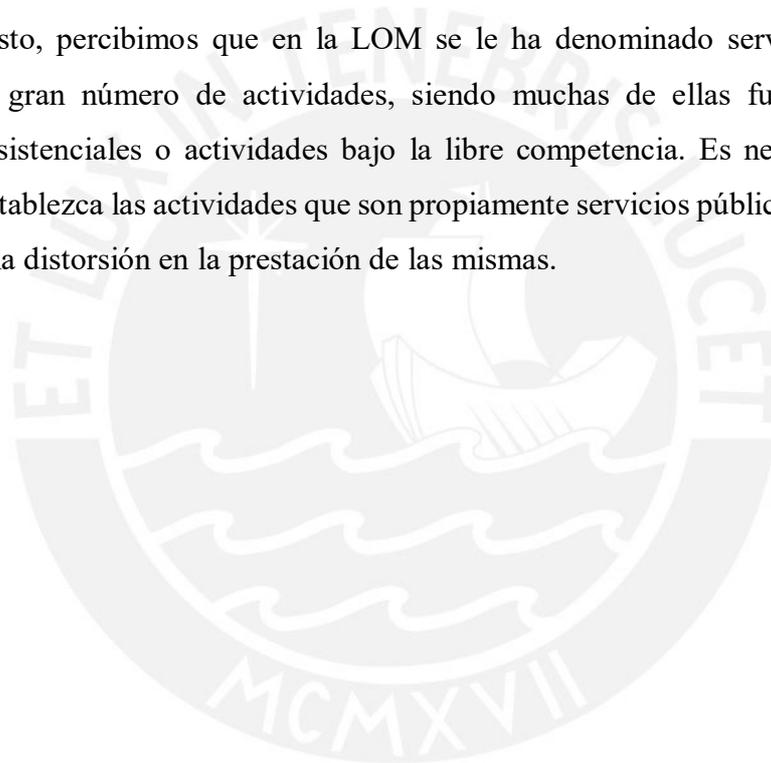
A partir de ello, podemos señalar que las municipalidades provinciales y distritales son las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio de saneamiento. Por lo que, al ser de competencia de las municipalidades, en la presente actividad efectivamente percibimos que se trata de un servicio público local.

Por otro lado, en los numerales 2.5 y 4.4 del artículo 80 de la LOM señala que las municipalidades provinciales y distritales, respectivamente, tienen la función específica compartida de gestionar la atención primaria de la salud, así como construir y equiparar

postas médicas, botiquines y puestos de salud. Asimismo, el numeral 2.6 del mismo artículo establece que como función específica compartida de las municipalidades provinciales el realizar campañas de medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis local.

En ese sentido, si bien las municipalidades van a desarrollar campañas de salud o gestionar la construcción de centros de atención; sin embargo, no son titulares de dicho servicio. En ese caso, es el Ministerio de Salud la entidad responsable de brindar el servicio de salud.

Por lo expuesto, percibimos que en la LOM se le ha denominado servicios públicos locales a un gran número de actividades, siendo muchas de ellas función pública, actividades asistenciales o actividades bajo la libre competencia. Es necesario que se replantee y establezca las actividades que son propiamente servicios públicos locales para no generar una distorsión en la prestación de las mismas.



CAPITULO III

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LAS MUNICIPALIDADES DESDE EL ARTÍCULO 60 DE LA CONSTITUCIÓN

1. ¿Cuándo las municipalidades se podrían convertir en un agente económico?

Como hemos desarrollado en el capítulo anterior, las municipalidades tienen competencia para gestionar y administrar los servicios públicos locales. Esto último es conforme a lo señalado por nuestra Constitución, la cual establece que la descentralización es una política permanente del Estado. Por lo que, es eficiente que las municipalidades puedan ser competentes para involucrarse en la gestión de dichos servicios públicos.

Al respecto, al definir a los servicios públicos locales como de titularidad de las municipalidades, entonces a dichas actividades no son aplicables el principio de subsidiariedad. Ello debido a que el principio de subsidiariedad solo será analizado cuando el Estado intervenga por falta o falla de los privados, lo cual no es el escenario de los servicios públicos locales donde los municipios gestionan al ser titulares de la actividad.

En efecto, cuando las municipalidades gestionan el servicio de saneamiento o la salubridad en los mercados, estamos frente a actividades que son de su titularidad. Si bien los municipios pueden decidir que dicha gestión esté en manos de los privados, ello no implica que dejen de ser de su titularidad. Por lo tanto, los municipios tienen la responsabilidad de asegurar la prestación de dichas actividades.

Sin embargo, ¿los municipios pueden convertirse en agentes económicos al brindar ciertas actividades? . Nos ponemos ante diversos supuestos:

1. La municipalidad brinda losas deportivas a sus vecinos o al público en general.
2. Las piscinas municipales para los vecinos o público en general.
3. Las agencias de turismo de la municipalidad.

Al respecto, podemos encontrarnos con muchos más supuestos que los señalados anteriormente. En ese sentido, si bien hay servicios públicos locales como el servicio de saneamiento, el servicio de limpieza pública dentro de su circunscripción geográfica, el servicio de seguridad ciudadana, entre otros, que quedan claramente definidos como servicios públicos locales que son de titularidad de las municipalidades; sin embargo hay otros servicios como los supuestos mencionados (losas deportivas, piscinas municipales, agencias de turismo, etc.) que son actividades en las que los municipios potencialmente puede convertirse en un agente económico.

Como hemos desarrollado en el primer capítulo, de acuerdo a la Constitución, el Estado solo podrá desarrollar actividad económica cuando se encuentre habilitado por ley expresa y sea una actividad subsidiariedad inmersa en el interés público o manifiesta conveniencia nacional. Por lo que, se debe señalar que el Estado no cumple un rol de agente económico en las actividades asistenciales, de ius imperium y servicios públicos locales, al ser actividades de su titularidad.

Al respecto, cuando los municipios brindan los servicios públicos locales no se les aplica el principio de subsidiariedad. No obstante, debemos cuestionarnos si la prestación de otras actividades que no son en estricto servicios públicos locales, los convierten en agentes económicos. Es decir, que los municipios dejen de prestar actividades propias, y entren a competir con los privados.

Por ejemplo, ante el primer escenario de las losas deportivas municipales. Estos espacios para realizar deporte o actividades de recreación son prestados por las municipalidades a una baja tarifa, o a veces de forma gratuita para los vecinos de la zona geográfica. Sin embargo, los privados también brindan losas deportivas, por lo cual ¿no se estaría compitiendo en el mercado?

Si bien, la LOM señala que las municipalidades tienen competencia para coordinar y fomentar el deporte, debemos señalar que dichas actividades no son propiamente de titularidad de las municipalidades. Por lo que, percibimos escenarios de posible competencia con los privados cuando se brindan a bajas tarifas al público en general. Así, es sumamente importante que se pueda delimitar la competencia de coordinar y fomentar actividades como las deportivas, debido a que podría generar que los municipios

concurrir con los privados en el alquiler de losas deportivas, convirtiéndolo en un agente económico.

Del mismo modo, los escenarios de las piscinas municipales, las agencias de turismo, entre otros ejemplos que podemos encontrar, son actividades que no son propiamente de titularidad de los municipios. Como hemos señalado, si bien la LOM define que son actividades donde los municipios tienen competencias para promover y coordinar el deporte, recreación, entre otros; es importante establecer las limitaciones de dichas competencias, dado que son actividades prestadas también por los privados.

Ante ello, ¿cómo establecer cuando los municipios se convierten en agentes económicos? Por un lado, tenemos que por ley se ha establecido que las municipalidades tienen competencias para promover ciertas actividades, como deportivas, culturales, turísticas, entre otras, que como hemos señalado no son propiamente de su titularidad. Por otro lado, las actividades antes mencionadas también son prestadas por los particulares, en el marco de su libre iniciativa privada. Ante lo cual, se plantea la disyuntiva de cómo establecer que las municipalidades promuevan o coordinen dichas actividades sin vulnerar la concurrencia de los privados en el mercado, y por tanto infringir el principio de subsidiariedad.

En nuestra opinión, se debe delimitar las competencias otorgadas a los municipios sobre actividades que no son propiamente de su titularidad, y que son prestadas también por los particulares. El no delimitar dichas actividades puede generar escenarios de que los municipios se conviertan en agentes económicos. Al ser agentes económicos podrían potencialmente vulnerar el principio de subsidiariedad. Para ello, se tendría que realizar el análisis de subsidiariedad, debiendo cumplir ley expresa emitida por el Congreso de la República, ser una actividad subsidiaria y revertir de interés público o manifiesta conveniencia nacional.

En ese sentido, el delimitar las actividades que no son de titularidad de las municipalidades y están en concurrencia con los privados, implica que la prestación de las mismas se encuentre inmersa en promover las actividades- por ejemplo- a sus vecinos, más no al público en general. Asimismo, es sumamente importante señalar que, como hemos referido, el fin lucrativo no establece que las municipalidades sean agentes

económicos. Por lo que, el cobro o no de tarifas para acceder a dichos servicios no determina que sean agentes económicos.

Por lo tanto, las municipalidades se convertirán en agentes económicos cuando las actividades que realicen concurren en el mercado con los privados, sin ser actividades asistenciales o servicios públicos. Por ello, se debe considerar que las actividades que no son de titularidad de los municipios, deben limitar que el acceso sea estrictamente para los vecinos de los municipios, cumpliendo así la competencia de promover dichas actividades.

2. Casuística de INDECOPI

Respecto a las actividades desarrolladas por las municipalidades bajo el análisis de subsidiariedad, INDECOPI ha emitido resoluciones sumamente interesantes sobre dicha materia. Sobre ello, encontramos los casos denominados de las veterinarias. Uno de ellos, es la Resolución 581-2015/SDC-INDECOPI, que sigue la línea de argumentación del resto de casos sobre el tema de las veterinarias municipales.

En la Resolución antes señalada se establece que La Municipalidad Distrital de Los Olivos cometió actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por infracción al artículo 60 de la Constitución. En ese sentido, la Sala señala que se acreditó que La Municipalidad desarrolla actividad empresarial consistente en la prestación de servicios veterinarios en su centro Veterinario Municipal.

Además, la Sala señaló que la actividad desarrollada por La Municipalidad no consistía en una actividad asistencial, sino de concurrencia en el mercado que, no contando con ley expresa, vulneraba el principio de subsidiariedad. La Municipalidad alegó que la LOM le permitía desarrollar la actividad cuestionada; sin embargo, se resolvió que dicha actividad no estaba contemplada siendo una actividad empresarial que no contaba con la autorización de ley expresa.

Asimismo, encontramos también la Resolución 0244-2017/SDC-INDECOPI, en donde la Sala declaró fundada la denuncia presentada por Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de Pasajeros de Ómnibus contra la Municipalidad Provincial

de Huamanga por actos competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución. Al respecto, la Sala señaló que la Municipalidad venía prestando el servicio de terminal terrestre sin que exista una ley que autorice realizar dicha actividad. Por lo que, la Municipalidad concurría con los privados, vulnerando el principio de subsidiariedad.

Como hemos podido percibir en los casos mencionados resueltos por el INDECOPI, se ha dispuesto que las municipalidades no pueden alegar que están brindando actividades asistenciales, cuando son en estricto actividades que no se definen como tal, y que por el contrario concurren en el mercado. En mucho de los casos, las municipalidades se amparan en la LOM para desarrollar actividades que se encuentran en la libre iniciativa de los privados.

CONCLUSIONES

1. La economía social de mercado que establece la Constitución Política del Perú se basa en el principio de subsidiariedad y solidaridad, con lo que el Estado solo debe intervenir en su rol empresarial en situaciones excepcionales.
2. La Constitución y el marco normativo peruano refiere al proceso de descentralización, el cual otorga competencias a las municipalidades para el fortalecimiento institucional y desarrollo de capacidades de gestión.
3. En el Perú se ha dado un incompleto proceso de descentralización, dado que no se desarrollaron adecuadamente el traslado de competencias y capacidades a las municipalidades.
4. Las competencias otorgadas a las municipalidades son, entre otras, gestionar, promover y desarrollar, actividades propias de función pública, servicios públicos locales, y actividades bajo la libre competencia.
5. Las actividades de libre competencia que son desarrolladas por las municipalidades pueden potencialmente vulnerar el principio de subsidiariedad,

convirtiéndose en agentes económicos que concurren en determinados mercados con los privados.

6. Se deben delimitar las competencias de las municipalidades sobre las actividades que se encuentran bajo la libre iniciativa privada, estableciendo que se desarrollen bajo ciertos parámetros para no vulnerar el principio de subsidiariedad establecido en la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, Gaspar
2004 *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Tercera Edición. Granada: Comares.
- CAIRAMPOMA, Alberto
2012 “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”. *Aportes para un Estado eficiente: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, pp. 315-329.
- COSCULLUELA, Luis
2016 *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid : Civitas Thomson Reuters.
- DIEZ CANSECO, Luis José
2011 “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución 314-2010/SC1-INDECOPI”. *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, número 10, tomo 2, pp. 221-235.
- HUAPAYA, Ramón
2015 “Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano”. *IUS ET VERITAS*. Lima, número 50. pp. 368-397.
- HUERGO, Alejandro
2019 “La prestación de los servicios públicos locales. *Documentación Administrativa: Nueva época*. Oviedo, número 6. pp. 129-148.
- JORDANA DE POZAS, Luis.
1949 *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*. Revista de Estudios Políticos, N° 48, pp. 41 - 54.
- KRESALJA, Baldo
2015 *¿Estado o Mercado? El Principio de Subsidiariedad en la Constitución peruana*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- LANDA, César

- 2016 El Principio de Subsidiariedad en el marco de la Constitución Económica del Perú. *Revista de Derecho Foresti*. Lima: Derup Editores. <<http://forseti.pe/revista/derecho-constitucional-y-derechos-humanos/articulo/el-principio-de-subsidiariedad-en-el-marco-de-la-constitucion-economica-del-peru>>
- MAGALDI, Nuria
2017 El origen italiano de la municipalización de los servicios públicos en España. En: *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo. Benidorm-Alicante. Pp. 207-220.
- MARTÍN - RETORTILLO, Sebastián
1991 Derecho Administrativo Económico I. Madrid: La Ley.
- QUINTANA, Eduardo
2011 El rol asistencial y subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 149. Año 16. pp. 29-33.
- QUIÑONES, María
2012 “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y Servicios Públicos”. *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, 2012, número 12, tomo 1, pp. 65-73.
- SOUVIRÓN, José María.
2004 *La Privatización del Sector Público Empresarial del Estado en España (1996 – 2002): Aspectos Jurídicos (Colaboración de Juan Miguel de la Cuétara Martínez)*. En: *Privatizaciones y Liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996 – 2003)*. Granada: Comares.
- TASSANO, Hebert
2016 “Competencia y Regulación”. *Derecho PUCP*. Lima, 2016, N° 76, pp. 105-121.
- ZAS FRIZ, Johnny
2010 “Un balance panorámico del diseño normativo e institucional del actual proceso peruano de descentralización política (2002-2010)”. *Politai*. Lima, N°1.
- ZEGARRA, Diego
2003 *El Servicio Público. Fundamentos*. Lima: Palestra.