



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Regulación de los mercados de abastos en el derecho
peruano**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Gaby del Socorro Castillo Medina

**Asesor(es):
Mgtr. Guillermo Chang Chuyes**

Piura, agosto de 2020



Aprobación

La tesis titulada Regulación de los mercados de abastos en el derecho peruano, presentada por la bachiller Gaby del Socorro Castillo Medina en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Mgr. Guillermo Chang Chuyes.

Director de Tesis





Dedicatoria

Para mi familia, mi propia luz en esta época de oscuridad.

Para Emanuel Ignacio, el nuevo ser que alegrará nuestra vida con su alegría.

Para mis amigos, porque confían en mí, incluso cuando yo no lo hago.





Resumen Analítico-Informativo

Regulación de los mercados de abastos en el derecho peruano

Gaby del Socorro Castillo Medina

Asesor(es): Mgtr. Guillermo Chang Chuyes

Tesis.

Título profesional de Abogado

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, agosto de 2020

Palabras claves: Mercados de abastos/ servicio público /servicio esencial / concesión/ autorización / ordenamiento peruano.

Introducción: La autora presenta el resultado de la investigación acerca del régimen jurídico de mercados de abastos mayoristas en el Perú.

Metodología: Se ha analizado la jurisprudencia comparada respecto de instituciones jurídicas del derecho, y se han comparado con las posturas de la jurisprudencia nacional, asimismo se ha verificado la legislación vigente.

Resultados: El presente trabajo hace un análisis de la figura del mercado de abastos mayorista, de su régimen jurídico y calificación de su rol preponderante en el sistema de abastecimiento y distribución de alimentos a la población. En el primer capítulo se inicia con los antecedentes históricos como legislativos que enmarcan el desarrollo de los mercados de abastos a lo largo del tiempo hasta nuestros días. Posteriormente el segundo capítulo estudia esta figura desde la perspectiva de servicio público, y su reformulación. Finalmente, en el tercer capítulo se explican las relaciones que se dan entre los diferentes sujetos que conforman y participan del mercado, haciendo un análisis de la Ley del sistema de mercados mayoristas de alimentos, Ley N° 28026 y su reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 038-2004-AG.

Conclusiones: El mercado de suministro no es un servicio público estricto, sino un servicio esencial. El régimen legal aplicable, dependerá tanto de: actividad e infraestructura.

Fecha de elaboración del resumen: 03 de agosto de 2020

Analytical-Informative Summary

Regulación de los mercados de abastos en el derecho peruano

Gaby del Socorro Castillo Medina

Asesor(es): Mgtr. Guillermo Chang Chuyes

Tesis.

Título profesional de Abogado

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, agosto de 2020

Keywords: Supply markets / public service / essential service / concession / authorization / peruvian law.

Introduction: The author presents the result of the investigation about the legal regime applicable to wholesale supply markets in Peru.

Methodology: The comparative jurisprudence concerning legal institutions of the law has been analyzed, and they have been compared with the positions of the national jurisprudence, also the current legislation has been verified.

Results: This thesis analyzes the figure of the food market, its legal regime, and the qualification of its preponderant role in the food supply and distribution system to the population. The first chapter begins with the historical background as legislative frameworks that frame the development of the food markets over time to the present day. Subsequently, the second chapter studies this figure from the perspective of public service. Finally, the third chapter explains the relationships that exist between the different subjects that make up and participate in the market, making an analysis of the Law of the system of wholesale food markets, Law No. 28026, and its regulations contained in Supreme Decree No. 038 -2004-AG.

Conclusions: The supply market is not a strict public service, but an essential service. The applicable legal regime will depend on both: activity and infrastructure.

Summary date: August 3th, 2020

Tabla de contenido

Introducción.....	1
Capítulo 1 Antecedentes	5
1. Antecedentes históricos	5
2. Antecedentes legislativos.....	8
Capítulo 2 El mercado de abastos como servicio esencial	15
1. Noción del mercado de abastos en el Perú	15
2. El mercado de abastos como actividad: servicio público	17
2.1. El mercado de abastos como servicio público local	22
2.2. Reformulación del mercado de abastos: servicio esencial.....	26
2.2.1. Continuidad	27
2.2.2. Calidad.....	28
2.2.3. Igualdad.....	29
2.2.4. Cláusula de progreso	31
2.2.5. Universalidad.....	31
Capítulo 3 El mercado de abastos como infraestructura	33
1. Mercados mayoristas en inmuebles de propiedad municipal	34
1.1. Régimen del dominio del inmueble	34
1.2. Régimen del servicio desarrollado en el inmueble	36
2. Mercados mayoristas en terrenos de propiedad municipal.....	36
2.1. Régimen del dominio del terreno de propiedad de la municipalidad.....	37
2.2. Régimen del servicio desarrollado en el terreno	37
3. Mercados mayoristas en inmueble de propiedad privada	37
3.1. Régimen del dominio en inmueble de propiedad privada.....	37
3.2. Régimen del servicio desarrollado en inmueble de propiedad privada.....	38
Capítulo 4 Las relaciones jurídicas en el abastecimiento dentro del mercado	39
1. Actividades complementarias y conexas	39
1.1. El carácter esencial de las actividades	40
1.2. Régimen jurídico aplicable.	40

2.	La relación municipalidad y operador	41
3.	La relación operador - mayorista	43
Conclusiones		47
Recomendaciones		49
Lista de Referencias		51



Lista de tablas

Tabla 1. Competencias municipales en abastecimiento y comercialización de productos y servicios	23
--	----





Introducción

El abastecimiento y comercialización diaria de alimentos, bienes y servicios de primera necesidad para la población en nuestro país se ha realizado desde el inicio de la historia virreinal al día de hoy a través del mercado de abastos¹. Una institución cuyo nombre, destaca la importancia y naturaleza de los artículos objetos de comercio dentro de él, los mismos que son básicos y necesarios para la subsistencia de la población.

Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura – FAO, identifica al mercado de abastos como una pieza importante dentro de los Sistemas de Abastecimiento y Distribución de Alimentos (SADA). Lo define como “combinaciones complejas de actividades, funciones y relaciones (producción, manipulación, almacenamiento, transporte, procesamiento, embalaje, ventas al por mayor y menor, etc.) que permiten a las poblaciones de las ciudades satisfacer sus necesidades de alimentos”².

Cabe indicar que los SADA están conformados por tres subsistemas: abastecimiento, distribución y demanda (consumo). Los Mercados de Abastos son parte del Subsistema de Distribución que incluye todas las actividades formales, informales tradicionales y modernas, y las infraestructuras que tienen que ver con la distribución de alimentos en las ciudades (transporte intraurbano, vendedores mayoristas y minoristas, que pueden ser mercados especializados, planificados o espontáneos; ventas de varios tipos, supermercados, hipermercados, centros comerciales, restaurantes, bares y vendedores ambulantes).

En el caso peruano, el mercado de abastos sigue vigente pese a su convivencia con formatos modernos (supermercados). Ello se comprueba con los datos arrojados en el último censo realizado por Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el año 2016³. Esto demuestra que han tenido un incremento de un 138.1% en los últimos 20 años, al pasar de 1097 en el año 1996 a 2612 en el año 2016, como reflejo del crecimiento de la economía y de la población.

¹ El 76.3% del gasto de los hogares se realiza en los mercados de abastos (mayoristas y minoristas), ambulantes y bodegas, según la Encuesta Nacional de Hogares 2016, mientras el 23.7% en tiendas especializadas en supermercados y otros; cabe señalar, que los hogares con mayor nivel económico realizan sus compras en los supermercados. Datos extraídos de INEI. *Censo nacional de Mercados de Abasto. 2016. Resultados a Nivel Nacional. Instituto Nacional de Estadística e Informática. 2017.* Lima. Perú. Recurso virtual obtenido en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1448/libro.pdf (Consulta 01 de enero de 2020)

² ARGENTI, Olivio y MAROCCHINO, Cecilia. Abastecimiento y distribución de alimentos en las ciudades de los países en desarrollo y de los países en transición, Guía para planificadores. Recurso virtual obtenido en <http://www.fao.org/3/a-y5401s.pdf> (Consulta el 01 de enero de 2020).

³ Autorizado mediante Resolución Jefatural N° 400-2016-INEI, publicada en el Diario Oficial El Peruano.

Según departamentos, Lima concentra el 43% de los mercados de abastos a nivel nacional (1,122), y la Provincia Constitucional del Callao tiene el 6.5% (171). En la capital, San Juan de Lurigancho es el distrito con el mayor número de mercados. En provincias, el 15.2% lo concentran la Libertad, Junín y Arequipa; mientras que los departamentos con menor cantidad fueron Huancavelica (0.3%), Tumbes (0.4%) y Moquegua (0.5%).

Por otro lado, el censo también reveló que el 63% de los mercados de abastos iniciaron sus actividades en la década de los 90 y a principios del presente siglo. El 37.9% iniciaron actividades entre el 2000 y 2016. En el desagregado, el 26.1% empezó entre 2000 y 2009, mientras que el 11.8% inició desde el 2010 al 2016. Los mercados más antiguos del país representan el 12.2% e iniciaron sus actividades antes de 1970. El 9.8% empezó sus operaciones entre 1950 y 1969, el 2.1% entre 1900 a 1949 y 0.2% entre 1850 y 1899.

Pese a la importancia que los mercados de abastos representan, para la atención de una necesidad básica como lo es el abastecimiento de artículos de primera necesidad no hay un real estudio sobre esta figura. Incluso, si bien son citados en algunas normas nacionales no han sido conceptualizados debidamente. Por consiguiente, su regulación ha sido, desde siempre, pobre y confusa. Nuestro objeto de estudio se circunscribe los mercados de abastos mayoristas que cuentan con una regulación especial como lo es la Ley del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos, Ley N° 28026 y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 038-2004-AG.

Este trabajo, es el primer estudio que se ha hecho sobre el régimen jurídico de los mercados de abastos en el Perú. Por ello, hemos creído conveniente iniciar desde sus antecedentes. Se ha recopilado los antecedentes históricos del origen de los principales mercados a nivel nacional a lo largo del tiempo, así como sus antecedentes legislativos, los mismos que explican el marco normativo que enmarcan a los mercados de abastos, partiendo desde la principal norma como lo es la Constitución para finalizar con normativa sectorial. Esta información que nos ayudará a entender su actual régimen, y elementos importantes y necesarios para su correcta conceptualización.

En el segundo capítulo se estudia a profundidad la figura del mercado de abastos. Para ello, es nuestra propuesta, hacerlo a partir de un entendimiento de su naturaleza dual: (i) “gestión y organización de un servicio” (actividad) y (ii) “infraestructuras colectivas materiales” (infraestructura). Es decir, se analizará el régimen aplicable a la actividad que se desarrolle en los mercados, hasta identificarlo como un servicio esencial; y, de manera paralela se estudia las implicancias de la titularidad del espacio físico donde estas actividades se desarrollan, es decir su dimensión-infraestructura. De esta manera se logra un

entendimiento global y correcto de los mercados, comprendiendo los títulos habilitantes requeridos para sus dos dimensiones. Finalmente, en el capítulo tres se examinan las relaciones que se dan entre los diferentes agentes como lo son las municipalidades, empresa operadora y mayorista.

Como se ha explicado, el presente trabajo se ha estructurado con la finalidad de explicar de manera sucinta las aristas básicas que delinean la figura del mercado de abastos y que el mismo sirva como punto de partida para posteriores investigaciones en este campo, sobre el cual no abundan investigaciones. Sin perjuicio de ello, el aporte principal de esta investigación será generar debate sobre la esencialidad de esta figura, y el entendimiento de su naturaleza dual.





Capítulo 1

Antecedentes

1. Antecedentes históricos

El mercado de abastos se forma con la llegada de los españoles al traer nuevos productos que inician el comercio al interior del país. Se cuenta con las descripciones de historiadores como MIDDENDORF, quien en referencia al imperio incaico describe que “el pueblo antes de la llegada de los españoles vivía frugalmente, la alimentación de la aristocracia se diferenciaba muy poco de la gente común, y no nos referimos a los pobres porque no los hubo en el imperio de los Incas”⁴. No es solo el ingreso de nuevos productos lo que origina el nacimiento de los mercados, sino el cambio en el sistema de abastecimiento de alimentos para la población y los roles del Estado. Este último deja de ser un proveedor y pasa a regular y promover intercambios comerciales.

Al describir el inicio de los primeros mercados durante la época virreinal se pone en evidencia el desorden y caos que se generó. Los mercados se acentuaron alrededor de las plazas del centro de la ciudad siendo un conglomerado informal de comerciantes en los cuales no había intervención de ningún tipo por parte de las autoridades municipales. Por tanto, eran lugares inseguros y proliferantes de enfermedades. Una breve descripción de ellos nos la da FUENTES al indicar que “Nuestros mercados son desaseados, inmundos y pestilentes, en especial el mayor, por la gran afluencia de vendedores y compradores, por el poco orden en la colocación de los primeros y por ningún esmero que se tiene en el aseo de los víveres y del local; dentro hay corralones destinados a guardar bestias que naturalmente ocasionan abundante inmundicia y puercas cocinerías”⁵.

Es a partir de 1812 que los cabildos comenzaron a ocuparse del ornato de las ciudades, la prestación de servicios públicos al vecindario, la aprobación de normas para reglamentar el comercio, abastecimiento de mercados⁶, hospitales y cementerios, entre otros. La estructura orgánica de los cabildos estuvo conformada por un órgano ejecutivo representado por el Alcalde, conjuntamente con una variedad de funcionarios denominados alguaciles, procuradores, escribanos, tasadores, mayordomos, entre otros. Así como el consejo o

⁴ MIDDENDORF, Ernest. *Perú: observaciones y estudios del país y sus habitantes durante una permanencia de 25 años*. Tomo I, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1974. p. 405

⁵ FUENTES, Manuel. *Estadística General de Lima*. París: Tipografía de AD. Laine et J. Havard, 1858, p 535

⁶ Un mayor detalle es brindado por MIDDENDORF, Ernest. op. cit., p. 404 “En los primeros decenios de este siglo, el mercado fue trasladado a la plaza de San Francisco, delante del convento; más tarde, a la plaza de la Inquisición, y finalmente, en la década del cuarenta, al claustro del antiguo colegio dominico de Santo Tomás; y los puestos y mercaderías ocupaban hasta las calles adyacentes y obstaculizaban en ellas el tráfico”.

asamblea (órgano deliberativo), que era conformado por los regidores, el Alcalde y otras autoridades.

Posteriormente con la aparición del Municipio como sucesor al cabildo virreinal a través del Estatuto del 8 de octubre de 1821, se establecieron las elecciones municipales, adecuado a la nueva realidad peruana, la República⁷.

Estos cambios en la organización de gobierno, y la conformación del Estado tuvieron repercusión en la prestación de algunos servicios. Al respecto, ZEGARRA VALDIVIA describe los primeros años de la república peruana: “El joven Estado Peruano, prestaba aquellos servicios que había heredado de la época de la colonia, y había promovido la creación de algunos nuevos como respuesta a los avances de la ciencia, no siendo ajeno tampoco a la impronta del liberalismo ni de una nueva concepción de Estado (el Estado de Policía) (...)”⁸.

Con esta nueva organización municipal se busca la mejora en la oferta de servicios. En ese sentido, durante el segundo mandato de Ramón Castilla, en 1852, se inauguró el mercado de Lima también denominado Mercado de la Concepción (llamado así por la expropiación realizada a las monjas de la Concepción). Por Decreto Supremo del 29 de noviembre de 1859, pasó a pertenecer a la Municipalidad de Lima. Este mercado será pionero en las costas del Pacífico, pues en el caso chileno fue inaugurado en 1872.

Sin embargo, dicho mercado convivía con otros, y con el comercio ambulante e informal en los alrededores para las zonas más alejadas, donde se vendían artículos de calidad inferior y lo por tanto más baratos. Uno de estos mercados estuvo ubicado en el Rímac y se llamaba Plaza del Baratillo. Otro se ubicaba delante de la iglesia de la Recoleta (Plaza Francia), que era el más limpio, aunque también el más pequeño⁹.

El Mercado de la Concepción, en su construcción se realizó bajo una fuerte influencia europea que buscaba limpieza, orden y sanidad; sin embargo, en la vida diaria no se cumplía con las condiciones mínimas de higiene y salubridad. Esto llevó a que el 25 de septiembre de 1874 se promulgara el Reglamento Interior del Mercado de la Concepción, que constó de VI Capítulos y 57 artículos. Asimismo, se incorporó un sistema de celadores, que velarían día y noche por el orden dentro del mercado adoptando un sistema de multas y castigo.

Con el transcurrir del tiempo, resultó necesario acrecentar la intervención municipal en la prestación de diferentes servicios que administraba. Ejemplo de ello fue la Ley de 13 de

⁷ DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 133, “¿Uso o abuso de la autonomía municipal? El desafío del desarrollo local”*. Lima, 2008 (primera edición). p. 71

⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Servicio público: fundamentos*. Palestra, Lima: 2005, p. 304

⁹ MIDDENDORF, Ernest. op. cit., p. 404

octubre de 1890 que creó plazas de “servicio público” conforme se verifica en la Dirección General de Hacienda y Aduana del Callao. Asimismo, resulta ilustrativo también el Decreto de 17 de julio de 1866 que adjudica a la Municipalidad de Lima el camal general y el alumbrado público.

En el año 1960 el Mercado de la Concepción sufre un incendio. Sobre este terreno se levanta el nuevo Mercado Central de Lima también llamado Mercado Central Mariscal Ramón Castilla, tal como lo conocemos en la actualidad.

Durante el siglo XX, los mercados municipales y centros de abastos comenzaron a funcionar y propalarse. Ejemplo de ello, es que en la década del cuarenta apareció el mercado mayorista N° 1 de Lima conocido como “La Parada” y, simultáneamente, se formaron conglomerados informales o paraditas en otra parte de la capital, tal y como se dio desde el Siglo XIX. Asimismo, en diferentes provincias del Perú, aparecieron mercados de abastos como el Mercado San Camilo de Arequipa creado en el año 1881, el Mercado de San Antonio en Arequipa en el año 1885, el Mercado central de Cajamarca creado en 1899, el Mercado de Huaral creado en el año 1900.

A manera de resumen, podemos marcar un hito que genera el quiebre entre figuras incipientes y no desarrolladas como “ramadas” o “plazas de abastos” con los Mercados. En específico con la construcción y habilitación del Mercado de Concepción en el cual se aprecia una intervención en la regulación, control y satisfacción de una necesidad básica como lo es los abastos dentro de una Lima republicana que identifica problemas de salubridad y condiciones mínimas de los alimentos. Por otro lado, los Gobiernos Locales son una realidad social existente desde el inicio de nuestra vida republicana, se trata de una forma de organización típica de los asentamientos humanos, generalmente urbanos mediante la cual se resuelve el deseo y la necesidad del ser humano de integrarse en comunidades concretas¹⁰.

Como se ha mostrado, el mercado de abastos fue evolucionando a la par de la organización municipal que soporta su prestación¹¹. En ese sentido, la Administración se

¹⁰ DEFENSORIA DEL PUEBLO, op. cit., p. 38

¹¹ En el caso español la existencia de mercados minoristas y mayoristas se remonta al siglo XIX, cuando el Real Decreto de 20 de enero de 1834, a la par que consagraba la libertad en el tráfico de los artículos de subsistencias, obligaba a los Ayuntamientos de elevada población a organizar un mercado en su término municipal. Era su artículo 9 el que disponía que “en los pueblos cuyo numeroso vecindario y demás circunstancias locales lo permitieren, se señalaran uno o más parajes acomodados para mercado o plaza pública de dichos surtidos –artículos de comer, beber y arder, en la terminología de la época, o en artículos de abastos-, distinguiendo los sitios donde concurren los trajineros o vecinos vendedores por mayor, de los que vendan a la menuda; todo sin ocasionar otra exacción o gasto que la ligera contribución que se crea necesario señalar por reglamento de policía urbana, para el aseo y comodidad del puesto en el mercado mismo. Este reglamento ha de ser aprobado por el subdelegado de Fomento y estará siempre colocado en las entradas y puntos convenientes interiores del mercado. PORTA PEGO, Belén. El servicio Municipal de Mercados. Los

encarga de asegurar y organizar la actividad comercial de los mercados garantizando el intercambio de ciertos alimentos básicos para los ciudadanos. De acuerdo al Censo Nacional de Mercado de Abastos 2016¹² efectuado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), a nivel nacional se han registrado un total dos mil seiscientos doce mercados y se clasifican en tres grupos dependiendo del tipo de comercio que se efectúen en ellos: minoristas, mayoristas y mixtos. Del total de mercados, el 88,2% son de tipo minorista y el 1,7% de tipo mayorista, un 10,1% es de tipo mixto, es decir, son establecimientos cuyos productos se comercializan tanto al por mayor como al por menor.

2. Antecedentes legislativos

Los Mercados de Abastos, desde su origen han estado condicionados a cambios en su regulación conforme el contexto legislativo que los ha envuelto. Pese a que el origen de los mercados se remonta a la época colonial, nuestro análisis parte en la Constitución del año 1979¹³, dado que esta norma servirá para entender la evolución de conceptos como servicio público y servicio público local, en base al modelo constitucional económico.

La mencionada norma fue la primera en desarrollar una Constitución Económica formal, sistematizada en su Título III, reflejó un Estado que no sólo estaba encargado de promover el desarrollo económico y social, sino también de formular y planificar la política económica pública y de concertar con la actividad privada. Asimismo, marca un cambio y avance en la concepción del servicio público en dos sentidos; el primero de ellos es la distinción entre servicio público y función pública, ejemplo es el artículo 212° al identificar la gestión de una actividad (servicio público) con su titularidad al Estado “La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiados a los Ministros en los asuntos que competen al Ministerio a su cargo” ; y el segundo sentido, es la inserción de servicio público como categoría jurídica al declarar y reservar ciertas actividades a favor del Estado reflejado en su artículo 113° “El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”, consagrándose el proceso de

mercados municipales minoristas y mayoristas. En: REBOLLO PUIG, Manuel. Comercio interior, IX, ed.; Madrid: Iustel [etc.], 2013, p 887

¹² INEI. *Censo nacional de Mercados de Abasto. 2016. Resultados a Nivel Nacional. Instituto Nacional de Estadística e Informática. 2017.* Lima. Perú. Recurso virtual obtenido en https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1448/libro.pdf (Consulta el 2 de octubre de 2018).

¹³ Si bien las Municipalidades fueron reconocidas desde el estatuto provisional de 1821, para los fines pertinentes de la investigación sólo mencionaremos los antecedentes legislativos desde la Constitución de 1979.

estatización y de gestión de las mismas concibiéndose una noción subjetiva de servicio público.

Por otro lado, en su artículo 115° proclamó como sistema económico constitucional a la economía social de mercado: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social”, y estableció dentro de los principios del Régimen Económico la habilitación al Estado de reservarse actividades productivas o de servicios. Esta reserva constituía un instrumento al que el Estado podía recurrir siempre que se acuerde por ley y que se declare la existencia de los presupuestos definidos en el artículo 114° de Constitución: las causas de interés social y de seguridad nacional.

Asimismo, en relación a la administración de las actividades reservadas en favor del Estado, se tenía abierta la posibilidad de una administración privada en casos como los servicios de salubridad y educación. Por otro lado, en relación a la administración de las actividades reservadas en favor del Estado, la Constitución de 1979 distingue entre los distintos niveles de gobierno diferenciando la gestión y titularidad asumida por el central, regional y local.

En ese sentido, las Municipalidades como órganos de gobiernos locales, contaban con autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia. En los artículos del 252° al 258° de la mencionada norma, se otorgaron atribuciones y competencias municipales importantes como: administrar sus bienes y rentas; crear, modificar o suprimir sus contribuciones, arbitrios y derechos; organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales; contratar con otras entidades públicas o privadas, preferentemente locales, la atención de los servicios que no administran directamente; entre otros.

Las municipalidades provinciales, además de los servicios públicos locales, tenían a su cargo la zonificación, educación primaria y vigilancia de su normal funcionamiento; cultura, recreación y deporte; turismo y conservación de monumentos arqueológicos e históricos, en coordinación con el órgano regional; cementerios; y los demás servicios cuya ejecución no está reservada a otros organismos públicos que tienden a satisfacer necesidades colectivas de carácter local¹⁴.

En el marco de esta Constitución, el Poder Ejecutivo con facultades otorgadas por el Congreso dictó la Ley Orgánica de Municipalidades, a través del Decreto Legislativo N° 051 del 16 de marzo de 1981. Con dicha norma se incrementaron las competencias a cargo de los

¹⁴ CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Ley orgánica de municipalidades: concordada y comentada*. Lima: Ubi Lex Asociados 2010, pp 11 - 12

municipios, básicamente en lo que correspondía a los servicios públicos locales. En ese sentido en el artículo 15° de la precitada norma, se consideró como esenciales los siguientes servicios municipales: el saneamiento del medio ambiente, la provisión de agua potable y alcantarillado, la limpieza pública, el alumbrado público, los servicios prestados en las postas sanitarias, el funcionamiento de los mercados de abastos y el registro civil, entre otros.

Posteriormente con fecha 9 de junio de 1984, se promulgó una nueva Ley Orgánica de Municipalidades, la ley N° 23853 que derogó el Decreto Legislativo N° 051 vigente. No obstante, considerando que la nueva norma se emitió durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, se mantuvieron las características establecidas originalmente para el Gobierno Local. Es decir, se reprodujo el reconocimiento de la autonomía económica y administrativa de los municipios. Así como su condición de representantes de la comunidad y responsables de la adecuada prestación de los servicios públicos locales¹⁵. Es importante señalar que el artículo 74° de la nueva ley cataloga a los mercados de abastos como un servicio público esencial para la comunidad que debe de ser tutelado por las Municipalidades.

En la Constitución de 1993 se mantuvo la cláusula de una economía social de mercado, expresada en su artículo 58°. Sin embargo, se dio un cambio radical de enfoque y delimitación de la actuación del Estado en la economía peruana, al alejarse de la intervención intensa y directa sobre el mercado permitida en la anterior Constitución. Ello fue reflejo de establecer la subsidiariedad económica como principio rector expresamente en su artículo 60° “(...) 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 (...)” , y se complementa en el artículo 61° “el Estado facilita y vigila la libre competencia” que tiene como consecuencia práctica la no prohibición de gestión a través de concesión de los servicios públicos. Es decir, ya no hay servicios públicos reservados al Estado, se liberalizan por tanto sectores cuya prestación estaba reservada a iniciativa estatal.

Ahora bien, la subsidiariedad no significa la anulación de la presencia del Estado. Al respecto, HUAPAYA TAPIA¹⁶ encuentra tres tipos de formas jurídicas en la Constitución económica del año 1993 que ayudan a explicar la relación entre el Estado y las actividades económicas, es decir explican la posición y vigencia del Estado respecto de las actividades económicas:

¹⁵ DEFENSORIA DEL PUEBLO, op. cit., p.74

¹⁶ HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano*. Revista IUS ET VERITAS, N°50, Julio 2015/ISSN 1995-2929, p. 387.

- a) Estado regulador; el que fija las reglas del sistema económico y el desarrollo de las actividades económicas.
- b) Estado prestacional; el que asume como propias un sistema de prestaciones públicas dirigidas a garantizar prestaciones públicas y/o derechos prestacionales a favor de la población (por ejemplo, en salud, educación, seguridad social, actividades administrativas que se traduzcan en una prestación pública, etcétera).
- c) Estado garante; el que, asumiendo que el mercado puede proveer servicios públicos, no permanece apartado de dicho proceso, sino que lo impulsa y favorece. Si el mercado cubre tales necesidades, el estado asume un proceso de regulación y control del mismo, “haciendo que se preste”, vía los sistemas de concesiones, asociaciones público-privadas y en general de promoción de la inversión privada. En caso el mercado no cubra tales necesidades, pese a la promoción, deberá asumir como garante la satisfacción de tales necesidades, acudiendo a la creación de empresas públicas como solución de última ratio (por ejemplo, servicios públicos económicos, telecomunicaciones, gas natural, electricidad, saneamiento y agua, postales, entre otros).

Conforme se ha explicado, se aprecia cómo el rol del Estado mutó de una gestión directa de actividades económicas a través de empresas estatales en la Constitución del año 1979 (Estado Prestacional) a un Estado Garante de los intereses de la colectividad, en el año 1993.

A nivel municipal, podemos precisar que en vigencia de esta nueva Constitución se emitieron una serie de dispositivos legales que modificaron y reestructuraron las competencias de las Municipalidades. Con fines académicos, dividiremos la vigencia de esta Constitución en dos momentos, basándonos en el contexto político que se vivió en el Perú durante su vigencia, y que afectaron a los servicios municipales y en específico el mercado de abastos.

El primer tramo coincide con parte del gobierno de Alberto Fujimori, se extiende desde el año 1994 a octubre del año 2000. En este periodo se descongestionó a las municipalidades limitando su accionar respecto de algunos servicios y/o actividades que tenían a su cargo.

Como parte de esta medida, se promulga el 2 de enero de 1996 la Ley N° 26569, misma que establece mecanismos para la transferencia y privatización de los mercados públicos de propiedad de los municipios provinciales o distritales. Dándose la opción de compra a los “actuales conductores de los puestos y demás establecimientos y/o servicios” de acuerdo al artículo 3° del ya mencionado dispositivo legal no sólo les permite suprimir sus gastos corrientes en el mantenimiento y funcionamiento de los mercados públicos, sino que puedan incrementar sus recursos disponibles o cumplir con las obligaciones atrasadas.

El segundo tramo de vigencia de la actual Constitución empezó en noviembre del año 2000, junto con el inicio de las funciones del Gobierno de Transición Democrática, y se extiende hasta el año en curso. Durante dicho periodo, se aprobaron tres normas importantes sobre la determinación de funciones en distintos niveles de gobierno como lo son: (i) la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, que desarrolla el capítulo de la Constitución Política referido al proceso de descentralización, estableciendo su finalidad, principios, objetivos y criterios generales, (ii) la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867 que establece como una competencia constitucional de los Gobiernos Regionales promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, y (iii) la vigente Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 (en adelante, LOM).

Tanto el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, Locales y Distritales deben mantener relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo a partir del diseño previsto por la Constitución y las normas generales que delimitan la capacidad de autogobierno. Esto supone un respeto por las competencias en cada nivel de gobierno del Estado Peruano en base a su consideración como unitario y descentralizado.

Por otro lado, como normativa referente al mercado de abastos tenemos (i) la Ley N° 27001, Ley que precisa los alcances de la Ley N° 26569 - Ley de Privatización de los Mercados Públicos que mencionamos anteriormente, así como (ii) la Ley N° 27304, Ley de Adjudicación de lotes de propiedad del Estado ocupados por mercados promulgado el 11 de noviembre del 2000.

Es importante destacar que el proceso de privatización de mercados, que aún sigue vigente, no es objeto de estudio en este trabajo; sin embargo, es necesario precisar que dicha privatización no puede interpretarse como un mandato. Por tanto, es erróneo afirmar que todo municipio se encuentre en la obligatoriedad de efectivizar dicho proceso, pues tal criterio no aparece explícito y ni siquiera implícito en ninguno de los dispositivos legales mencionados, lo que supone que cada Municipio decide si privatiza o no, sometándose a la normativa respectiva únicamente quienes, en efecto, hayan optado por dicha alternativa.

Habiendo detallado el marco general, es importante señalar otras normas claves para el Mercado de abastos mayorista, la primera de ellas la Ley N° 28026 Ley del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos publicada el 15 de julio de 2003 (LSMMA). Respecto de esta normativa, serán las municipalidades provinciales, las responsables de velar por el cumplimiento de la calidad y eficiencia de la actividad básica de la empresa operadora y de

fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esta en el contrato de concesión, reglamentada a través del Decreto Supremo N° 038-2004-AG publicado el 04 de noviembre de 2004. Se debe de mencionar que, de acuerdo a la Primera de las Disposiciones Transitorias, complementarias y finales no es de aplicación para los mercados mayoristas de propiedad de las municipalidades provinciales las disposiciones contenidas en las Leyes N°26569, 27001 y 27304, explicadas precedentemente.

Asimismo, con Decreto Legislativo N° 1062 de fecha 27 de junio de 2008, se publicó la Ley de Inocuidad de los Alimentos, la misma que define inocuidad alimentaria como la garantía de que los alimentos no causarán daño al consumidor cuando se preparen y/o consuman, siempre y cuando se den el uso adecuado al que han sido destinados. La inocuidad de los alimentos destinados al consumo humano es una función esencial de salud pública y como tal, integra el contenido esencial del derecho constitucionalmente reconocido a la salud. Posteriormente, con fecha 24 de mayo de 2016, se publicó la Resolución N° 196-2016-PRODUCE — Lineamientos Generales de la Política Nacional para la Competitividad de Mercados de Abastos que complementan y dan un marco para la actividad de los mercados.

Finalmente, el Decreto Supremo N° 038-2004-AG en la Disposición Complementaria tercera establece que el Ministerio de Agricultura y de la Producción, mediante sus órganos competentes, serán los encargados de la supervisión de la cobertura y calidad de los sistemas de información pública de precios de productos alimenticios agropecuarios e hidrobiológicos en los Mercados Mayoristas.



Capítulo 2

El mercado de abastos como servicio esencial

1. Noción del mercado de abastos en el Perú

Si bien en el capítulo previo se ha explicado la evolución y desarrollo legislativo respecto a los mercados de abastos en general, el objeto de estudio del presente trabajo son los mercados de abastos mayoristas. Es decir, aquellos mercados donde el comprador-comerciante es un intermediario que compra productos y mercaderías para venderlos a otros comerciantes, quienes, a su vez, los venden a los destinatarios finales.

La LSMMA en su artículo 2°, define a los mercados mayoristas como “establecimiento en el que, bajo la gestión de una empresa operadora, negocian agentes de comercio mayorista y se concentra la mayor oferta de productos alimenticios agrícolas perecederos, menestras y otros granos secos, y recursos hidrobiológicos, y de ser el caso, la de otras poblaciones bajo la modalidad de reexpedición de productos” (énfasis agregado). De esta definición se concluye que, como núcleo principal se tiene el organizar actividades comerciales de signo determinado, que tendrán lugar en una infraestructura comercial, esto es, un espacio físico adecuado para la celebración de los intercambios comerciales, la misma que estará dotada de los medios y servicios necesarios para que estos intercambios tengan lugar¹⁷.

Es decir, los mercados de abastos tendrán dos dimensiones “gestión y organización de un servicio” (actividad) y dotación de “infraestructuras colectivas materiales” (infraestructura). Ambas dimensiones se complementan, toda vez que la actividad requiere una infraestructura para desarrollarse. Y como consecuencia de ello esta infraestructura se acoge a un régimen especial a causa de la actividad de mercados. PORTA PEGO resalta la importancia de complementariedad en la formulación de la definición de mercados. Al respecto nos dice: “Lo cierto es que por mucho que el Municipio dote a su vecindario de una infraestructura comercial pública, si no ordena la actividad que los vendedores deben llevar a cabo, si no exige que esta sea de determinada condición, no habrá garantizado que en ese mercado los vecinos puedan adquirir artículos de subsistencias”¹⁸.

Pero la definición dada por la norma no se agota en dicho artículo, sino que de manera complementaria el artículo 4° lo califica como “servicio público prioritario a la actividad básica de la empresa operadora del mercado mayorista, definida como el conjunto de

¹⁷ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, "12. El servicio municipal de mercados. Los mercados municipales minoristas y mayoristas". En: *Comercio interior*, IX, ed.; Madrid: Iustel [etc.], 2013.pp 889 y 890

¹⁸ Ibid, p 922

servicios específicos que presta para facilitar la actividad principal del mercado mayorista y los servicios comunes que se brinden para todos los usuarios del mismo”. Asimismo, el 12° aclara que “La construcción y operación de los mercados mayoristas será competencia de las municipalidades provinciales, directamente o a través de concesiones”.

Es importante remarcar que el servicio de mercados no se debe confundir con el ejercicio mismo del comercio, que se rige por el libre mercado. La inmediata expresión de lo mencionado es la formación de precios la cual se da por la oferta y la demanda (Art. 15.4 de la LSMMA)¹⁹. Es por ello que la Municipalidad no está obligada a llevar a cabo intercambios comerciales a favor de los ciudadanos; sin embargo, la Municipalidad puede ejercer comercio²⁰. Al hacerlo será un privado más y no ejercerá ninguna potestad pública, como expresión de la actividad empresarial del Estado, siempre que se requiera dar impulso económico a una localidad ante la falta de producción de bienes o prestación de servicios a fin de garantizar un interés local en aplicación de la subsidiariedad²¹ consagrada en la Constitución.

Al respecto, el Decreto Legislativo N° 1031 no ha definido lo que se debe entender por empresa pública. Sin embargo, el artículo 3° ha señalado lo siguiente: “La actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada. Las empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil”.

De estos artículos obtenemos tres conclusiones: (i) Que el mercado de abastos tiene dos dimensiones, una que es la actividad y la segunda la infraestructura (ii) que la normativa vigente y aplicable a los mercados de abastos mayoristas los catalogan como un servicio

¹⁹ Se debe de mencionar que pese a la no intervención en la formación de precios se ha creado el SISAP (Sistema de Información de Abastecimiento y Precios) que es un innovador servicio de consultas que el Ministerio de Agricultura y Riego pone a disposición para que acceda en tiempo real a información referida a volúmenes, precios y procedencias de los principales productos agropecuarios y agroindustriales de los diferentes mercados mayoristas y minoristas a nivel nacional.

²⁰ Para mayor información sobre la empresa municipal, remitirse al trabajo elaborado por TALLEDO FARIAS, Miriam. Régimen jurídico de la empresa pública regional y municipal. Piura: Universidad de Piura, 2017.

²¹ En atención al principio de subsidiariedad el Tribunal Constitucional en STC 1535-2006-PA/TC del 31/01/2008 ha aclarado que *"El fundamento del Principio de Subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo"*.

público (iii) que las Municipalidades deberán gestionar una infraestructura donde se llevarán a cabo intercambios comerciales de un determinado género de productos: artículos de abastos²², por tanto, se convierten en garantes del servicio público.

2. El mercado de abastos como actividad: servicio público

El Mercado de abastos mayorista como un servicio público merece un estudio claro, el servicio público en general es una figura que ha sido y sigue siendo uno de los temas más controversiales y confusos del Derecho Administrativo, llevando a grandes discusiones y planteamientos en la doctrina internacional. En ese sentido aclararemos su concepto en el caso peruano, partiendo de conceptos claves a nivel doctrinario.

A opinión de MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ la técnica del servicio público abarca “toda actividad que, por ser considerada servicio esencial a la Comunidad y considerarse necesario para su efectiva garantía, es reservada por la Ley a la titularidad en exclusiva del poder Público, sin perjuicio de que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualesquiera de los modos de gestión indirecta que el ordenamiento reconoce”²³.

En ese orden de ideas, en la técnica jurídica del servicio público (servicio público en servicio estricto), identificamos dos elementos:

- a) Elemento objetivo, “prestación/servicio esencial”, un servicio de determinadas características, requerido para el adecuado funcionamiento de la sociedad. Compartimos el concepto propuesto por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, para quien los servicios esenciales son “actividades prestacionales de bienes y servicios a los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción o el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, mínimamente acorde con las condiciones espacio-temporales del desarrollo o del progreso social, y que, por ello, no pueden dejar de tener un destino universal y ser efectivamente accesibles a todos, en condiciones básicas de igualdad, asegurándose su suficiente regularidad y continuidad, bajo unos patrones de calidad determinados, con adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales”²⁴

²² Cfr. PORTA PEGO, Belén. op. cit., p 888 expresa que los mercados municipales son medidas de abastos y los abastos no son más que un sector del comercio interior caracterizado por comprender la acción administrativa que, incidiendo sobre el comercio, busca el mejor avituallamiento de la población con productos de primera necesidad

²³ MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “El sector eléctrico en España”. En revista del Instituto de Estudios Económicos 4, 1991, pp. 318 - 319

²⁴ BACA ONETO, Víctor. “Servicio Público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano”. En: Teoría de los Servicios Públicos. Coord. VIGNOLO CUEVA, Orlando. Grijley, Lima. 2009. p 366

- b) Elemento subjetivo, “publicatio”, es decir, la facultad del Estado de reserva de la actividad, que tiene dos aspectos como lo son el monopolio de iure y la exclusiva en la prestación. Si bien ambos frecuentemente concurren, este último puede ausentarse al darse una gestión indirecta del servicio. Ello dependerá de los requisitos técnicos del servicio, así como el marco normativo que lo envuelve. Para GARCÍA DE ENTERRÍA y MANZANEDO MATEOS²⁵ todo servicio público será un monopolio y será extraído del ámbito de la iniciativa privada. Hablamos entonces de una titularidad en exclusiva a favor del poder público.

Es pertinente mencionar que para FERNÁNDEZ GARCÍA²⁶, es necesario incluir un elemento adicional como lo es la asunción de la titularidad del servicio a través de una ley.

- c) Elemento formal, la reserva del servicio público “mediante ley”, plantea una excepción a la libertad de empresa. Sin embargo, significa también una garantía del rango de norma que permite identificar de manera singular, y con rasgos propios el servicio a atender²⁷.

A nuestro criterio, el elemento formal forma parte de la publicatio dado que la reserva de una actividad estará siempre habilitada por una norma que respete la jerarquía normativa y responda siempre al Estado de Derecho.

Por lo expuesto, el servicio público en estricto, no es más que un título de intervención del Estado, que permite la reserva de una determinada actividad a fin de satisfacer un servicio que está vinculado a la satisfacción de un derecho fundamental; esta técnica estará presente en aquellos ordenamientos que así lo permitan.

En el caso peruano, debemos iniciar el análisis en nuestra Constitución, base de nuestro sistema, y determinar si se le ha otorgado alguna definición al “servicio público”, o deberemos de recurrir a otra fuente a fin obtenerla. Al respecto los profesores BACA²⁸ y DANÓS²⁹ coinciden en que se aprecian menciones dispares del servicio público en el texto constitucional, para ejemplo de ello mencionaremos al menos dos de las acepciones que se pueden hallar:

El servicio público equiparadas con “funciones estatales” contenidas en el artículo 119°, es decir el concepto servicio público se emplea para designar la actividad administrativa

²⁵ Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda. Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red. Madrid: INAP, 2003. p 134.

²⁶ Ibid p. 134

²⁷ Ibid pp. 137-143

²⁸ Cfr. BACA ONETO, Victor. op. cit., p. 375

²⁹ Cfr. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. En: Teoría de los Servicios Públicos. Coord. VIGNOLO CUEVA, Orlando. Grijley, Lima. 2009

ejecutada por funcionarios a nombre del Estado. Como bien menciona el profesor LAGUNA DE PAZ³⁰: “las funciones públicas en ningún caso deben ser calificadas como servicios públicos y, mucho menos, ser objeto de gestión indirecta por los particulares. Estas deben ser desarrolladas por la Administración por mediación de sus propios agentes, con sujeción al Derecho administrativo, sin perjuicio de que éste deba en algún punto flexibilizarse, o adaptarse a las necesidades que revela el funcionamiento de las Administraciones públicas”

Por otra parte, en un concepto más económico ligado a la obligación de promoción satisfacción de determinados servicios esenciales necesarios para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los ciudadanos tenemos el artículo 58° de la Constitución.

Ante la carencia de una definición en el texto constitucional de los servicios públicos, será la jurisprudencia la que coadyuve a definir los rasgos del servicio público peruano; en esa labor el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha jugado un papel importante, si bien el Pleno Jurisdiccional que acumula los Exp. 0014-2014-PI/TC, 0016-2014- PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC³¹, sobre este tema en el año 2005, destacamos el expediente 034-2004-PI/TC³² que ha enmarcado el contenido del servicio público.

De acuerdo al Tribunal Constitucional³³ estos elementos son los siguientes (F.J.40):

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación, no permitiendo interrupciones durante su prestación.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad. Sin discriminar usuarios salvo discriminación positiva.

³⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda. op. cit., p. 117

³¹ Para mayor alcance de esta sentencia, CHANG CHUYES, Guillermo. Concurrencia y competencia en la prestación de derechos sociales bajo el régimen de servicio público en el ordenamiento peruano. En: VI Convención de Derecho Público (Piura, 3 – 4 de septiembre 2019) desarrolla el verdadero sentido de la referida sentencia, acoplándola con la postura de BACA ONETO expuesta en el presente trabajo.

³² Sentencia del 15 de febrero de 2005, correspondiente al expediente 034-2004-PI/TC, que declaró infundada una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 al 5 de la ley 26271, ley que estableció el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros a favor de policías, bomberos, universitarios y escolares, es decir, se asumió la definición tradicional del servicio público.

³³ En opinión de DANOS, el Tribunal ha considerado como elementos los principios del servicio esencial, estos principios: i) generan obligaciones para las empresas prestadoras, ii) le confieren potestades al Estado para regular y supervisar la correcta prestación de los servicios con la finalidad de garantizar su acceso a los ciudadanos en atención al carácter esencial de los mismos, y iii) correlativamente les otorga derechos a los usuarios para el disfrute de tales prestaciones, pero también para exigir de las entidades estatales el correcto oportuno ejercicio de los poderes conferidos para garantizar las prestaciones.

Adicional a estas características, en los fundamentos 41 y 42 del precitado expediente se establecen ideas claves que clarificaran y ayudan al entendimiento del servicio público, sin perjuicio de ello se harán aclaraciones respecto de algunas imprecisiones:

- (i) No existe ni es aplicable la noción de servicio público (sentido estricto) en el ordenamiento peruano porque la misma Constitución no lo permite:

La configuración actual del sistema económico consagrado en nuestra Constitución, identifica al Perú como un Estado social y democrático de Derecho. A consecuencia de ello, se han eliminado monopolios, incrementado la competencia e incorporado principios como libertad de mercado y subsidiariedad.

En ese sentido, el Estado se debe limitar a promover, facilitar y garantizar al conjunto de la sociedad el libre ejercicio de las libertades económicas, y para ello, limita al máximo su intervención con el fin de no suplantar a la iniciativa privada.

Lo precitado se sustenta en los artículos 58° y 60° de la Constitución, pero al mismo tiempo significan:

- El Estado podrá intervenir supletoriamente frente a imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del interés general.
- El rol del Estado es de promoción, por tanto, su accionar estará vinculado al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración, o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo de la iniciativa privada.

- (ii) Lo fundamental en los servicios públicos no necesariamente es la titularidad:

A primera vista, la publicatio, conforme lo explicado en el punto anterior, estará excluida del concepto de servicio público en el Perú; y ello es coherente con la postura del TC al no haberla incluido como una de sus características. Pero esto no significa se elimine la responsabilidad del Estado de la satisfacción efectiva de necesidades de los ciudadanos ligadas a derechos fundamentales.

Al respecto, el TC ubica al elemento subjetivo (titularidad) a un segundo plano, por lo que pervive la realidad objetiva (servicio esencial). En otras palabras, si bien la publicatio será la que haga que esta técnica se distinga de otras, no debemos de perder de vista que la razón de ser de la misma, siempre será la satisfacción de un servicio esencial. Es decir, el Estado estará siempre obligado a garantizar la titularidad de gestión de un servicio, pero no estará obligado a la asunción de su titularidad.

En palabras de BACA ONETO “persiste la obligación del Estado de garantizar la efectiva prestación de una serie de servicios, bajo condición de regularidad, continuidad y calidad. A partir de entender que la presencia de un interés público no exige titularidad pública, lo

único que habría cambiado es la técnica utilizada, el título administrativo de intervención, que dejaría de ser la titularidad pública de la actividad, pues basta acudir a las facultades tradicionales de policía (la conocida “regulación”) y a la potestad ablatoria para lograr el mismo efecto, pero de un modo mucho más respetuoso con los derechos de los particulares con el principio de subsidiariedad, auténtico eje de la nueva visión del papel del Estado”.

Coincidimos con el profesor BACA, el Estado al determinar que una actividad y/o servicio es esencial para la comunidad deberá de establecer un régimen especial para él, amoldando su participación y la de los particulares a fin de que esa interacción asegure siempre la satisfacción y atención del servicio. Con esto queda expuesto que (i) las garantías de igualdad, continuidad y regularidad en su prestación, no requieren la publicación de la actividad y; (ii) los servicios y actividades esenciales pueden ser organizadas bajo regímenes jurídicos diversos.

Si bien ha habido avances en la discusión, y posicionamiento del servicio esencial en el Perú, la confusión y continuidad del empleo erróneo de “servicio público” se ha mantenido, tal es el caso del Pleno Jurisdiccional que acumula los Exp. 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC, en cuyo fundamento 25 califica a la educación como servicio público. Al respecto el TC destaca que “la educación es un derecho y un servicio público que explica una de las funciones fines del Estado, cuya ejecución puede operar directamente o a través de terceros (entidades privadas), aunque siempre bajo fiscalización estatal”.

Sin embargo, afirmar que la educación es un servicio público, es un error. El mismo razonamiento hecho para el servicio de mercados es aplicable a la educación. En el caso peruano el modelo económico no permite una intervención del Estado en la economía, y por tanto una reserva de actividades. Asimismo, de la realidad actual de la educación se verifica que existe una intervención permanente del privado, al existir instituciones educativas privadas y públicas, tanto en el nivel básico como universitario.

En lo que ha acertado el TC, y creemos importante recalcar, es el no desconocimiento del servicio esencial que subyace y permanece. En ese sentido, la educación está vinculada a una de las necesidades básicas del ser humano, y por tanto es importante para su proyecto de vida. Ello implica que el Estado tiene un deber especial de resguardar los elementos básicos para que este servicio se dé a cabalidad, resguardando y protegiendo siempre el núcleo del servicio esencial que envuelve. Por lo expuesto, es correcto precisar que será el servicio público en

estricto es el que siempre remitirá al servicio esencial al ser esta la obligación que se mantendrá vigente.

2.1. El mercado de abastos como servicio público local. En el Perú, no es aplicable el servicio público en estricto conforme se ha explicado; sin embargo, HUAPAYA³⁴ advierte que el caso de los servicios públicos locales existiría una reserva prestacional a favor de las Municipalidades toda vez que la normativa nacional establece determinados servicios como responsabilidad de municipalidad percibiendo incluso una retribución por estos mediante arbitrio. Es decir, hay una reserva por parte del Estado de estas actividades que serán prestadas por las Municipalidades.

La Constitución vigente emplea el término “servicios públicos locales” a través de su artículo 195°:

“Artículo 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”.

La LOM, como norma de desarrollo constitucional que regula el funcionamiento, organización, atribuciones, funciones y competencias de las municipalidades. En el numeral 2) de su artículo 73°, emplea nuevamente el término “servicios públicos”, incluyendo una lista, entre los cuales encontramos saneamiento ambiental, salubridad y salud; tránsito, circulación y transporte público; educación, cultura deporte y recreación; entre otros. Es así como en el apartado 2.6 incluye el “abastecimiento y comercialización de productos y servicios”.

Será en el artículo 83° de la misma norma que se aclaran la forma en la que se ejercerán las competencias en abastecimiento y comercialización de productos y servicios, compartidas y exclusivas de las municipalidades distritales y provinciales. A continuación, un cuadro resumen:

³⁴ Cfr. HUAPAYA TAPIA, Ramón, op. cit., pp 27 y 28.

Tabla 1. Competencias municipales en abastecimiento y comercialización de productos y servicios

Municipalidades	Funciones específicas
Municipalidad Provincial exclusivas	<ul style="list-style-type: none"> - Regular las normas respecto del acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas, en concordancia con las normas nacionales sobre la materia. - Normar respecto del comercio ambulatorio.
Municipalidad Provincial compartidas	<ul style="list-style-type: none"> - 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 la normativa vigente, y en coordinación con las municipalidades distritales en las que estuvieran ubicados. - Brindar las facilidades de orientación y capacitación a los comerciantes involucrados, en lo que resulte necesario y pertinente.
Municipalidad Distrital exclusivas	<ul style="list-style-type: none"> - Controlar el cumplimiento de las normas de higiene y ordenamiento del acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas, a nivel distrital, en concordancia con las normas provinciales. - Regular y controlar el comercio ambulatorio, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial. - Realizar el control de pesos y medidas, así como el del acaparamiento, la especulación y la adulteración de productos y servicios. - Promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de mercados de abastos que atiendan las necesidades de los vecinos de su jurisdicción. - Promover la construcción, equipamiento y mantenimiento de camales, silos, terminales pesqueros y locales similares, para apoyar a los productores y pequeños empresarios locales. - Otorgar licencias para la apertura de establecimientos comerciales, industriales y profesionales.
Municipalidad Distrital compartidas	<ul style="list-style-type: none"> - Promover la realización de ferias de productos alimenticios, agropecuarios y artesanales, y apoyar la creación de mecanismos de comercialización y consumo de productos propios de la localidad.

Fuente: Elaboración propia

La norma asigna a las municipalidades provinciales la competencia para normar sobre acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas, mientras transforma a la municipalidad distrital en un ente ejecutor que se encarga de regular y controlar. Sin embargo, no queda clara la forma en que se desarrollaran las competencias compartidas, lo cual puede acarrear problemas como duplicidad de competencias e interferencias entre las acciones de una y otra municipalidad.

En esa línea, la LSMMA, en base a lo establecido por la LOM, los cataloga como servicios públicos, lo cual es incorrecto, toda vez que como ya se ha explicado, en el Perú no es aplicable el servicio público en estricto. Al respecto, se brindan una serie de argumentos en contra de la posición del profesor HUAPAYA:

- (i) Los mercados de abastos tienen dos dimensiones “gestión y organización de un servicio” (actividad) y dotación de “infraestructuras colectivas materiales” (infraestructura). Si partimos bajo la premisa de que hay una reserva de la actividad hacia las municipalidades, el título habilitante será siempre la concesión. Sin embargo, esto no ocurre.

En atención a la dimensión - actividad, se requerirá de una autorización (licencia de funcionamiento) para el desarrollo de la actividad económica, conforme el artículo 9 de la Ley Marco de la Licencia de Funcionamiento, la misma que establece “Los mercados de abastos, galerías comerciales y centros comerciales pueden elegir entre contar con una sola licencia de funcionamiento en forma corporativa, la cual puede ser extendida a favor del ente colectivo, razón o denominación social que los representa o la junta de propietarios, de ser el caso, o contar con una licencia de funcionamiento individual por cada módulo, stand o puesto”.

Conforme explica LAGUNA DE PAZ³⁵, podemos encontrar diferencias que ayudan a explicar y entender la diferencia entre la concesión y la autorización en nuestro ordenamiento:

- Las autorizaciones tienen un carácter declarativo al eliminar ciertos límites al ejercicio de facultades y/o derechos que ya correspondían a un destinatario por tanto no suponen transferencia de potestades; sin embargo, las concesiones tienen un efecto constitutivo que otorga derechos ex novo al permitir al concesionario ejercer actividades o aprovechar bienes cuya titularidad corresponde a la Administración.
- Asimismo, los particulares se encuentran en posiciones jurídicas diferentes, mientras en la autorización preexiste un derecho, en el caso de las concesiones será el Estado quien legitimará el ejercicio de una actividad o explotaciones de bienes y servicios a través de un título administrativo.
- La autorización, por tanto, siempre dependerá de la capacidad del administrado; sin embargo, en el caso de las concesiones, estas dependerán de la discrecionalidad del estado para otorgarlas conforme a sus necesidades.
- Por otro lado, las autorizaciones representarán un control preventivo del ejercicio de determinadas actividades privadas al detectar un potencial dañoso en ellas, mientras que las concesiones serán los títulos a través de los cuales los particulares participan de esferas públicas al haber sido vedadas a los particulares.

El legislador ha sido coherente al emplear la autorización, dado que la actividad está liberalizada y en posibilidad de desarrollarse por privados sin ninguna restricción. Sin perjuicio de ello la Administración mantendrá facultades de fiscalización a fin de resguardar la calidad y continuidad del servicio esencial.

³⁵ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*, Civitas, Navarra, 2006, p. 52 y ss.

Respecto de la dimensión – infraestructura, el detalle de su título habilitante será desarrollado en el capítulo 3.

- (ii) Como se ha explicado, el aplicar el servicio público en estricto es aceptar la publicatio de la actividad. Por tanto, aceptar la reserva absoluta, es decir un monopolio del abastecimiento y comercialización, lo cual imposibilitaría no solo el comercio mayorista, sino el comercio minorista y el desarrollo de actividades comerciales en cualquier espacio similar requiriendo siempre concesiones para el desarrollo de sus actividades, lo que contraviene el pluralismo económico (artículo 60° de la Constitución). Esto no se condice con la realidad en la que se verifica donde el Estado cumple una función supervisora, correctiva y reguladora.

Por lo expuesto, la exclusión de la titularidad (publicatio) se manifiesta en el ejercicio mismo de la libertad de empresa de los particulares, en la posibilidad de apertura de centros comerciales y/o espacios privados de las mismas características de los mercados de abastos sin que ello signifique una gestión indirecta del servicio municipal, así como tampoco se genere una incompatibilidad en la permanencia y subsistencia de mercados de abastos municipales y otras formas de comercio privadas.

- (iii) Finalmente, siguiendo la evolución histórica de los mercados en el Perú se verifica que este servicio siempre ha sido prestado por las Municipalidades, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 83° de la LOM el término servicios públicos locales no hace más que hacer referencia a las funciones públicas en general que les compete gestionar, algunas de las cuales tienen un carácter prestacional. Es decir, no se habla de publicatio (titularidad-exclusividad), sino de competencias – conjunto de intereses y potestades - resultando positivo que sean las municipalidades distritales las que asuman mayores responsabilidades con relación al abastecimiento y comercialización de productos y servicios, pues son las más cercanas a la realidad y necesidades de la población. Asimismo, en esa medida resultan las más idóneas para ejercer el control, la organización, la promoción y la autorización de dichas actividades³⁶.

Esto responde a la descentralización que permite sostener que el Estado peruano adopta una estructura constitucional en la que se considera al Gobierno como unitario, representativo y descentralizado, y se prevé que se ejerza de manera descentralizada a través de las municipalidades provinciales y distritales, así como de los Gobiernos Regionales que en la actualidad cuentan con base departamental³⁷.

³⁶ DEFENSORIA DEL PUEBLO, op. cit., p. 96

³⁷ Ibid, p. 22

De lo expuesto en este apartado queda demostrado que la publicatio ha quedado excluida. Por tanto, no es posible hablar de servicios públicos locales en estricto, sin embargo, pese a que el Estado no conserva la publicatio sobre estas actividades mantiene su carácter garante y de promoción frente a ellos, siendo el servicio esencial título suficiente para imponer ciertas obligaciones.

2.2. Reformulación del mercado de abastos: servicio esencial. La determinación de los mercados de abastos como un servicio esencial debe derivar de un análisis de la presencia de sus notas características ya mencionadas, como lo son: continuidad, calidad, igualdad, cláusula de progreso y universalidad; al detectarlas se debe promover el respectivo desarrollo normativo a favor de su protección y vigencia de la prestación del servicio asegurando la existencia de un lugar donde los ciudadanos pueden acudir para obtener, mediante el comercio, determinados productos a la población.

La Municipalidad se convierte entonces en garante del servicio, siendo responsable de organizar actividades comerciales de signo determinado comprometiéndose a poner y mantener a disposición de sus vecinos una infraestructura comercial, esto es, un espacio físico adecuado para la celebración de los intercambios comerciales, dotada de los medios y servicios necesarios para que estos intercambios tengan lugar³⁸. Esto se condice con lo ya explicado anteriormente, existen dos dimensiones que se deberán de tener en cuenta: actividad e infraestructura. Sin embargo, esta vez al hablar de la actividad, hacemos referencia a intercambios comerciales de un determinado género de productos: artículos de abastos³⁹. Esto es importante, dado que la esencialidad del servicio depende de la naturaleza de los artículos.

Por otro lado, teniendo en cuenta la importancia y esencialidad de los mercados de abastos, no pueden excluirse ni privar a los privados de ellos. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ al respecto expresa “no pueden dejar de tener un destino universal y ser efectivamente accesibles a todos en condiciones básicas de igualdad, asegurándose su suficiente regularidad y continuidad, bajo unos patrones de calidad determinados, con adaptación progresiva a la evolución técnica a los cambios sociales”⁴⁰.

³⁸ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel. op cit., pp 889 - 890

³⁹ Cfr. PORTA PEGO, Belén. op. cit., p 888 expresa que los mercados municipales son medidas de abastos y los abastos no son más que un sector del comercio interior caracterizado por comprender la acción administrativa que, incidiendo sobre el comercio, busca el mejor avituallamiento de la población con productos de primera necesidad.

⁴⁰ MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis, “En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (a propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual)”, p. 2799. Citado por FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda. op.cit. p. 417

Ahora bien, esta caracterización e identificación del mercado de abastos como un servicio esencial hace necesario reconocer y aplicar una serie de principios que informaran y condicionarán el alcance de las técnicas reguladoras, a fin de: i) generar obligaciones para las partes involucradas en la prestación del servicio como las empresas operadoras, ii) otorgar potestades al Estado a través de las Municipalidades para regular y supervisar la correcta prestación del servicio público garantizando el ejercicio y acceso a derechos fundamentales que coinciden con el carácter esencial del servicio, y iii) en ese sentido, el ciudadano podrá disfrutar y ejercer el ejercicio de una determinada prestación, pero al mismo tiempo demandará la atención de dicho servicio el mismo que podrá ser atendido por el Estado u otros.

A continuación, se hace una breve reseña de los mencionados principios, explicando cómo se manifiesta cada uno de ellos en el servicio esencial de los mercados de abastos:

2.2.1. Continuidad. Este principio implica el desarrollo de forma ininterrumpida del servicio, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, y estructurando un poco más esta definición indicamos que se apreciará (i) regularidad del servicio en el tiempo (ii) bajo las condiciones que las normas y el contrato establecen, entendida como uniformidad⁴¹.

El servicio en estudio requiere prestarse ininterrumpidamente al satisfacer una necesidad esencial como lo es el comercio al por mayor de productos alimenticios de abastos⁴², es decir, los necesarios para garantizar la subsistencia en la población, identificados como productos de primera necesidad que forman parte de las condiciones mínimas para el desarrollo pleno de las personas, el tipo de productos que se encuentran en los mercados mayorista no es una característica, sino su razón de ser.

La continuidad no se da siempre del mismo modo, sino de acuerdo al tipo de servicio del que se trate, pues no todos los tipos de servicios requieren una continuidad del mismo tipo, sino que se amoldan al requerimiento de estos, es distinta la continuidad del agua potable o electricidad, y la que requiero para abastecer de alimentos a un mercado de una ciudad en la cual intervendrán factores como ubicación geográfica, cantidad de comerciantes, época del año en ofertas de productos.

⁴¹ Cfr. ARÓSTEGUI HIRANO, J. *El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulador*. Recurso obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13488/14115> consultado el (16/01/2020).

⁴² De acuerdo al artículo 2 de la Ley 28026 los alimentos objeto de intercambio en los mercados son: “productos alimenticios perecederos (tubérculos, raíces, hortalizas, legumbres y frutas), menestras y otros granos secos, y recursos hidrobiológicos, y de ser el caso las de otras poblaciones bajo la modalidad de reexpedición de productos.

Respecto de la regularidad decimos que convierte en una garantía al dirigir toda la actividad administrativa de la Municipalidad a satisfacer el abastecimiento de estos productos en un mercado, es decir no sólo el contar con determinada clase de alimentos calificados como primera necesidad, sino con el número necesario para poder abastecer a la necesidad surgida por el comercio interior, esto significa una gran diferencia con el mercado minorista que se podría definir como el ejercicio regular de las actividades comerciales ya sea de forma individual o colectiva, pudiendo darse de forma continua o discontinua dependiendo de la decisión del minorista.

¿Hay alguna excepción a brindar el servicio de forma ininterrumpida? Sí, cuando existan causas no imputables que supongan un corte del servicio por un lapso de tiempo, este supuesto está previsto en la LSMMA del artículo 17.4° declarando “la empresa operadora no podrá interrumpir intencionalmente sus actividades. Además de lo previsto en el Código civil, se precisará, de ser el caso, las circunstancias que podrán ser aceptadas como fuerza mayor para efectos de la suspensión parcial o total de las actividades de la empresa operador”. Para determinar las causas no imputables hay una remisión al Código Civil y al régimen de obligaciones.

En atención a la uniformidad del servicio, es pertinente aclarar que resulta necesario que el servicio prestado presente una continuidad en lo largo del tiempo, sino una permanencia de calidad en la prestación que es la garantía que se presta al ciudadano; es decir, sea prestada en atención a los estándares de calidad que la norma y el contrato establecen. Esto se manifiesta en la Tercera Disposición Transitoria complementaria y Final que dispone que “Las municipalidades provinciales de las ciudades que superen los 200,000 (doscientos mil) habitantes tomarán las previsiones correspondientes para que dentro del plazo de 5 (cinco) años se establezcan los respectivos mercados mayoristas conforme a las normas de la presente Ley”; es decir el legislador busca asegurar la prestación regular y continua a todos los ciudadanos en base a los parámetros que él mismo ha establecido.

2.2.2. Calidad. Esta característica complementa la característica de continuidad asegurando no solo la permanencia y prestación ininterrumpida del servicio, sino que dicho servicio se preste en condiciones de calidad óptimas elevando los estándares de calidad del servicio de acuerdo a las normas técnicas que lo rigen o los establecidos por la Municipalidad o la empresa operadora; no debemos de confundir la calidad con la uniformidad explicada anteriormente.

Cuando se habla de calidad del servicio, hablamos del contenido, de estándares e indicadores técnicos cuyo cumplimiento conjunto consolidaran la prestación del servicio en condiciones óptimas, al hablar de uniformidad hacemos referencia recordatorio constante del cumplimiento de dichos parámetros, no de contenido, sino al cumplimiento de obligaciones.

Como normas adicionales a la LSMMA que velan y dan contenido a la calidad destacan el Decreto Legislativo N° 1062, Ley de Inocuidad⁴³ de los Alimentos con su respectivo Reglamento, el Decreto Supremo N° 038-2004-AG, repartiendo competencias sobre la supervisión de los sistemas de información pública de precios de productos alimenticios agropecuarios hidrobiológicos que se expandan en los mercados mayoristas, y el Decreto Supremo N° 004-2014-PRODUCE, que aprobó el Plan Nacional de Diversificación Productiva (PNPD), el cual cuenta con tres ejes estratégicos (Eje 1: Promoción de la Diversificación Productiva; Eje 2: Adecuación de Regulaciones y Simplificación Administrativa; y, Eje 3, Expansión de la Productividad).

Asimismo, la obligación no se agota en una sola prestación, sino que en base al principio de continuidad se dará en el tiempo permanentemente, lo cual exigirá su monitoreo constante para la mejora en la provisión del servicio, la Municipalidad no está sola en la supervisión y control de los estándares de calidad, por el contrario hay una mayor intervención del Ministerio de Salud, Ministerio de la Producción, Ministerio de Agricultura e INDECOPI, esto se manifiesta en las potestades de fiscalización que se verán en el capítulo 3.

2.2.3. Igualdad. Esta característica tiene como fin la prestación de un servicio en forma igual para todos, sin discriminar entre usuarios, salvo para hacer eficaz una discriminación positiva, al agruparlos y ofrecerles condiciones comerciales o tarifas sociales que dependen de la evaluación de las condiciones de cada uno de los usuarios. En ese sentido siempre se compensará desigualdades en la población para el acceso y disfrute de un determinado servicio.

Para comprender la forma en la que se manifestará este principio en el servicio del mercado, es pertinente tener claro cómo se desarrolla y las relaciones que surgen entre sus usuarios y ocupantes así como el momento en el que se dan, dado que esta característica se hará evidente en cada una de sus interacciones, asimismo es pertinente indicar que pese a que la LSMMA incluye a varios tipos de usuarios, los cuales ya han sido mencionados precedentemente, nosotros los agruparemos en tres, conforme de detalla:

⁴³ La inocuidad de los alimentos destinados al consumo humano es una función esencial de salud pública y como tal, integra el contenido esencial del derecho constitucionalmente reconocido a la salud.

– La empresa operadora

Es la persona jurídica que ha obtenido la concesión del Mercado, la mayor manifestación del principio se dará antes del inicio del servicio la medida en que el acceso para poder llegar a ser la operadora del servicio del mercado sea a través de las disposiciones de la normativa vigente aplicadas correctamente y en signo de igualdad con todos los participantes de la licitación para obtención de la buena pro.

Será la empresa operadora la que mantenga una relación estrecha y directa con la Municipalidad, la misma que fiscalizará todo el desarrollo del servicio.

– Los compradores: desabastecedores

El mercado es un servicio destinado a la colectividad y al no poder determinar los sujetos que participarán de su disfrute no se mantiene una relación directa con la administración, ni con la empresa operadora quien pese a ello deberá de velar por establecer condiciones generales iguales para el disfrute del servicio de abastecimiento. Es importante reiterar que el servicio de mercados no se basa en los intercambios mercantiles que se puedan dar en su interior, sino en la existencia de una infraestructura que estará organizada de tal forma que se configure como fuente de avituallamiento de bienes y servicios requeridos por el desarrollo de la su vida cotidiana, por tanto, la condición de compradores deriva de la posibilidad de un ciudadano de acudir a dicho espacio, no en el comercio. Este principio no es más que una extensión del artículo 2.2° de la Constitución peruana que garantiza la igualdad de trato ante la ley.

– Los vendedores: agentes de comercio

El vendedor está en las mismas condiciones que un comprador al beneficiarse directamente por el uso y explotación de una infraestructura municipal, esto conlleva a que se establezca una relación con la empresa operadora, al ser un ocupante del mercado, y desarrollar una actividad y función específica para su funcionamiento requiriendo un título habilitante para realizarlo.

Los agentes económicos, no deben de ser catalogados como usuarios, al no formar parte del servicio de mercados, si bien son ocupantes demaniales no son prescindibles para su desarrollo.

2.2.4. Cláusula de progreso. El servicio debe buscar mantener vigencia tecnológica y adaptarse siempre a la mejor tecnología disponible, será responsabilidad de la empresa operadora incorporar innovaciones tecnológicas propias del progreso del servicio para que las prestaciones suministradas a los usuarios respondan a un nivel óptimo de satisfacción de los intereses de la colectividad. De este modo se implementarán distintas medidas, una de ellas es la contenida en el artículo 5.3 de la LSMMA “a través de los sectores correspondientes se fomentará, y progresivamente será obligatoria, la utilización de sistemas de calificación, envases y embalajes apropiados en el comercio de los productos alimenticios agrícolas perecederos e hidrobiológicos, de acuerdo con la normativa nacional y experiencia internacional”.

Por otro lado, el Decreto Supremo N°027-2007-PCM, Decreto Supremo que define y establece las Políticas Nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades de Gobierno Nacional, se dispone apoyar la innovación tecnológica del sector productivo así como promover e impulsar el fortalecimiento de las capacidades empresariales de la MYPE.

2.2.5. Universalidad. El adjetivo “universal” alude inevitablemente al acceso al servicio, es decir al universo de ciudadanos que son beneficiarios del servicio, al hablar de un servicio esencial se busca que llegue a todos los ciudadanos bajo unas condiciones de calidad y precio que permitan el uso efectivo y bajo condiciones de igualdad tal y como han sido descritas previamente.

Sin perjuicio de ello, creemos pertinente señalar que esta característica al manifestarse en el alcance del servicio, y si bien su fin es llegar a la mayor cantidad de personas en el caso del mercado de abastos al identificarlo como un servicio público local su límite sería su competencia, tal y como se detalla en la Ley de mercados son las Municipalidades Provinciales quienes son las encargadas de velar por el cumplimiento de la Ley en sus respectivas jurisdicciones.



Capítulo 3

El mercado de abastos como infraestructura

Hasta ahora se ha analizado la dimensión-actividad de los mercados de abastos explicando las características del servicio esencial que en él se desarrolla. Se concluyó que se requerirá tener un título habilitante para iniciar la mencionada actividad como lo es la licencia de funcionamiento. Ahora corresponde estudiar la realidad física donde se materializa dicho servicio, es decir su dimensión-infraestructura, con su respectivo régimen.

Al respecto, continuando con nuestra línea de interpretación de la figura del mercado de abastos será necesario resolver dos aspectos importantes:

- (i) Implicancias de la titularidad privada o pública del inmueble o terreno donde se desarrolle el mercado
- (ii) Convivencia de títulos habilitantes como lo son la concesión y la autorización, que se requieren tanto para la operación del mercado como para su infraestructura. Respecto de este punto PEDRESCHI, al hacer el estudio de las actividades calificadas por la LOM como servicios públicos locales, plantea una cuestión relevante: ¿constituye la operación del mercado una actividad principal que llega a diferenciarse de la explotación una obra pública de infraestructura? ¿Requiere como tal la aplicación de un régimen distinto? ¿Basta con el régimen aplicable al bien de dominio público? ¿Qué pasa cuando no es de dominio público?⁴⁴

Para hacer este análisis, partiremos del artículo 14° de la LSMMA que distingue tres supuestos distintos de operación basados en quien ostenta la propiedad de inmueble y/o terreno donde se desarrolle el mercado, conforme se detalla:

14.1 En el caso de mercados mayoristas cuyo inmueble sea de propiedad de las municipalidades provinciales se otorgará la concesión de la actividad básica de la empresa operadora cumpliendo la normativa vigente sobre concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

14.2 En el caso de mercados mayoristas cuyo terreno sea de propiedad municipal, la concesión de la operación puede incluir la construcción de la edificación del mercado.

⁴⁴ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito municipal. Círculo de Derecho Administrativo. p 266

14.3 En el caso de mercados mayoristas cuyo inmueble sea de propiedad privada, la actividad básica de la empresa operadora será desarrollada por la empresa autorizada por la respectiva municipalidad provincial.

La distinta naturaleza de las personas privadas y las municipalidades arrojarán consecuencias respecto del carácter, condiciones y contenidos de sus derechos, de sus titularidades, y, por lo tanto, de las actuaciones que pueden sustentarse sobre ellos. Es importante recalcar y tener claro que todo mercado para realizar su actividad debe de contar con una licencia de funcionamiento conforme el artículo 9 de la Ley Marco de la Licencia de funcionamiento.

1. Mercados mayoristas en inmuebles de propiedad municipal

En el caso de mercados mayoristas cuyo inmueble sea de propiedad de las municipalidades provinciales **se otorgará la concesión de la actividad básica de la empresa operadora** cumpliendo la normativa vigente sobre concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. (Subrayado es nuestro).

1.1. Régimen del dominio del inmueble. La identificación como bienes públicos según CHANG CHUYES⁴⁵ se da siempre que (i) estén atribuidos a una organización con personalidad jurídica como lo son las Municipalidades y teniendo como (ii) fin el satisfacer el interés general. Dentro de la distinción clásica tenemos los bienes demaniales, afectados a unos fines de interés público y sujetos por ello a un régimen especial de utilización y protección; y los bienes patrimoniales, es decir bienes estatales que siendo de organismos públicos no están destinados al uso público ni afectos por un servicio público.

Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (LGSNBE) aclara en su artículo 9°, que los actos que realizan los gobiernos locales, respecto de los bienes de su propiedad, así como los de dominio público que se encuentran bajo su administración, se ejecutan conforme a la LOM y a la LGSNBE y su reglamento. Asimismo, los bienes muebles e inmuebles de uso público destinados a servicios públicos municipales serán bienes de alcance local, es decir competencias de las Municipalidades de acuerdo al Decreto Supremo N° 023-2004-PCM, Jerarquización de los Bienes del Estado por su Alcance Nacional, Regional y Local, en el Marco del Proceso de la Descentralización.

⁴⁵ CHANG CHUYES, Guillermo. La titularidad de los bienes de la Administración Pública y sus modos de adquisición. En: III Convención de Derecho Público. Lima, Palestra 2016, Páginas 83-110

Por otro lado, la LOM⁴⁶ establece como bienes de las Municipalidades⁴⁷ a los bienes inmuebles y muebles de uso público destinados a servicios públicos locales (Artículo 56°) pudiendo estos ser transferidos, concesionados⁴⁸ en uso o explotación, arrendados o modificado su estado de posesión o propiedad mediante cualquier otra modalidad, por acuerdo del concejo municipal (Art 59°) siendo siempre destinados exclusivamente a la realización de obras o servicios de interés o necesidad social, y fijando un plazo (Art 65°). Es decir, se acoge al criterio del destino o la afectación del bien al uso o servicio público. En este punto hay que tener claro que estamos frente a servicios esenciales al no existir la figura de servicios públicos en estricto en el Perú, como ya se ha explicado.

Debemos de tener en cuenta que las Municipalidades deberán realizar un uso institucional rentable de los bienes de su propiedad, así como de los bienes que se encuentren en su administración cumpliendo con los fines públicos orientados al bien común, los mercados estarán sujetos al régimen de concesiones.

De las opciones que brinda el artículo 56° de la LOM, nos centraremos en la figura de la concesión, la previsión general de la posibilidad de otorgamiento de concesión, al sector privado, de las obras públicas de infraestructura y de los servicios públicos de ámbito local, se

⁴⁶ La ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 regula el “patrimonio municipal”, en su Capítulo II regula el patrimonio municipal, con el Sub. Capítulo I de las Disposiciones Generales, mientras que el Sub. Capítulo II de los bienes municipales establece que principalmente los procedimientos de adquisición, administración y disposiciones de terrenos e inmuebles.

⁴⁷ El inciso f) del artículo 42 de la Ley 27783 de Bases de Regionalización establece ejecutar y supervisar la obra pública de carácter local

⁴⁸ Inicialmente, los contratos de concesión de servicios e infraestructura se encontraban regulados en el Decreto Supremo N° 059-96-PCM “Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos” y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 060-96-PCM. En el referido Decreto Supremo se unificó todas las normas con rango de ley que hasta la fecha regulaban la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, principalmente, los decretos legislativos N° 758 y N° 839. En el año 2008, se crea el marco del régimen de las Asociaciones Público Privadas, señalándose como una modalidad a los contratos de Concesión. De acuerdo a esta norma, las concesiones son una modalidad contractual dentro de las APP. Es decir, las APP son el género y el contrato de concesión la especie. Dicho marco se encontraba regulado en el Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, posteriormente sustituido en el 2014, por el Decreto Supremo N° 127-2014-EF.

En el año 2015, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 410-2015-EF, se derogaron las normas señaladas previamente. Asimismo, de acuerdo con la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1224, siguió vigente el primer y segundo párrafo de los artículos 19 y 22 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

El 22 de julio del 2018 se publicó el Decreto Legislativo N°1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (Ley AAPP), mismo que deroga a través de su Disposición Complementaria Derogatoria Única el Decreto Legislativo N°1224. Asimismo, está su Reglamento promulgado a través del Decreto Supremo N° 240-2018-EF (Reglamento de Ley AAPP).

En mayo de 2017, con la Ley N° 30578 y la Ley N° 30594 se modifican algunos artículos del Decreto Legislativo N°1251 que a su vez modifica artículos del Decreto Legislativo N° 1224, siendo hasta julio de 2018 que se dicta la más reciente norma sobre APP, el Decreto Legislativo N° 1362, el cual señala expresamente la derogación del Decreto Legislativo N° 1224.

encuentra recogida en el artículo 33° de la LOM, cuyo primer párrafo establece lo siguiente: “Los gobiernos locales pueden otorgar concesiones a personas jurídicas nacionales o extranjeras, para la ejecución de obras de infraestructura o de servicios públicos locales, conforme a ley”.

Por lo expuesto, si bien la pertenencia a una organización pública es una característica de los bienes demaniales, es su fin el que teleologiza el bien y determina la aplicación de un régimen de protección, así como de caracteres como la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. En el caso de los mercados tanto el bien como el servicio están estrechamente unidos, pues es el servicio el que permite la caracterización como un bien demanial al desarrollarse en él, teniendo consecuencias en su régimen aplicable⁴⁹.

El inmueble de propiedad municipal donde se desarrolle un mercado de abastos, por tanto será un bien demanial y que se registrará por la Ley AAPP, siendo el título habilitante determinado por ley la concesión, la cual actualmente carece de una regulación completa y satisfactoria en nuestro ordenamiento.

1.2. Régimen del servicio desarrollado en el inmueble. En este caso, estamos frente a la coexistencia de dos títulos habilitantes, el de autorización (licencia de funcionamiento) regulada por el artículo 9 de la Ley Marco de la Ley de Funcionamiento, y la concesión en favor del bien demanial.

2. Mercados mayoristas en terrenos de propiedad municipal

En el caso de mercados mayoristas cuyo terreno sea de propiedad municipal, la **concesión de la operación puede incluir la construcción de la edificación del mercado.** (El subrayado y resaltado es nuestro).

Para DOLORES RUFÍAN⁵⁰, la diferencia entre la concesión de obras públicas y la de servicios públicos radicaría principalmente en que un particular realiza la explotación del bien por cuenta y nombre de la Administración, mientras que en la concesión de obra pública lo esencial es la ejecución o construcción de la misma, siendo su explotación sólo un

⁴⁹ En el caso español, debido a la regulación de mercados de abastos minoristas y mayoristas como servicio público (publicatio) el resultado del uso de bien público para el desarrollo de un servicio público, da como resultado una posición distinta a la aplicable en el caso peruano. Cfr PORTA PEGO BELÉN, "Capítulo III: El vendedor. Su papel en el servicio municipal de mercado de abastos". En: Mercados minoristas municipales: régimen jurídico-administrativo", ed.; Barcelona: Atelier, D.L.2006. p 101

⁵⁰ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. *Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito municipal*. Círculo de Derecho Administrativo p 266.

procedimiento o mecanismo para remunerar al particular que se encarga de construirla, remodelarla o mantenerla.

El contrato de concesión de obra pública de infraestructura implica la atribución al concesionario de la utilización privativa de dominio público como algo inherente a la concesión, respecto del bien inmueble (la obra pública) que él mismo crea o a cuyo cuidado se encomienda para su explotación. La concesión de obra engloba la de gestión y conservación del dominio público en condiciones adecuadas para el cumplimiento de sus fines.

Además de la ejecución de la obra pública de infraestructura, la concesión implica la existencia de un derecho de titularidad del concesionario a la explotación económica de la misma, situación que comprende lo siguiente:

- (i) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue ejecutada la obra;
- (ii) El mantenimiento de la obra en óptimas condiciones de uso; y,
- (iii) El cobro de tarifas u otros conceptos pactados en el contrato de concesión, que pagarán los usuarios por los servicios básicos y complementarios recibidos.

2.1. Régimen del dominio del terreno de propiedad de la municipalidad. En este supuesto el bien que sirve como plataforma para poder brindar el servicio que siendo propiedad de la Municipalidad, y por tanto derivan de este las mismas consecuencias que en el primer supuesto.

2.2. Régimen del servicio desarrollado en el terreno. Conforme se verifica es aplicable lo explicado en el punto 1.2.b)

3. Mercados mayoristas en inmueble de propiedad privada

En el caso de mercados mayoristas cuyo inmueble sea de propiedad privada, la **actividad básica de la empresa operadora será desarrollada por la empresa autorizada por la respectiva municipalidad provincial.** (Subrayado es nuestro)

3.1. Régimen del dominio en inmueble de propiedad privada. Conforme a lo explicado previamente, la naturaleza del bien es lo que hará depender el empleo de autorización o concesión. En este caso al no ser un bien de dominio público será aplicable la autorización, por tanto, no es aplicable la concesión al configurarse como una actividad de libre mercado desarrollada en un inmueble privado.

3.2. Régimen del servicio desarrollado en inmueble de propiedad privada. Ha quedado claro que la operación del mercado de abastos es una actividad prestacional para los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción o el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna. El desprendimiento de la titularidad estatal en el concepto de servicio público en el Perú se condice con la libertad de empresa, permitiendo desarrollarse bajo las condiciones del libre mercado y bajo riesgo y supervisión de particulares. Por tanto, hay un derecho preexistente de habilitará a los ciudadanos a prestar el servicio.

En este supuesto coexistirán dos autorizaciones, una para la actividad y la segunda para la infraestructura.



Capítulo 4

Las relaciones jurídicas en el abastecimiento dentro del mercado

1. Actividades complementarias y conexas

La LSMMA y su Reglamento incluyen en su texto normativo actividades complementarias⁵¹ y conexas⁵² que son desarrolladas por agentes económicos (artículo 2.e del Reglamento de la LSMMA).

Como se ha explicado hasta ahora, la esencialidad de los mercados de abastos y su protección deriva de los productos que en ellos se ofrecen. La población debe tener la posibilidad de contar con un entorno donde sea posible adquirir productos de primera necesidad de manera continua y bajo unos estándares de calidad, la intervención pública no se genera por cualquier tipo de comercio, sino que se ha trascendido la relación entre privados y afectan a la colectividad, y se inspirará en principios de continuidad, igualdad, calidad y progresividad.

La protección y configuración de los mercados de abastos como servicio esencial deriva de la necesidad de los productos que en ellos se comercializan, siendo necesarios para el desarrollo y desenvolvimiento de la vida cotidiana de los ciudadanos, es decir la satisfacción de un derecho fundamental, por tanto, surge una necesidad de asegurar las condiciones de acceso y calidad para todos acorde con condiciones espacio-temporales.

Como se verifica, la LSMMA y su reglamento, al definir el mercado hacen mención a los artículos que se incluyen en el comercio, lo cual expresa su potestad para regular el servicio de los mercados. Sin perjuicio de ello, debemos indicar que la precisión es pobre y no da mayor expresión de una real decisión sobre los productos que se venderán en los mercados. Al respecto PORTA PEGO⁵³, hace mención a la necesidad de estructurar los productos que se vendan en los mercados, el orden de los mercados y puestos debe de atender a la necesidad

⁵¹ Ley del Sistema de mercados mayoristas de alimentos, Ley N° 28026, publicada 15 de julio de 2003. Actividades Complementarias.- Son aquellas correspondientes a información privada de precios; servicios de almacenamiento; servicios de refrigeración y congelado; servicios de clasificación de productos, provisión de envases estandarizados, equipos e infraestructura para comercialización; servicios de laboratorio de sanidad y residuos tóxicos, control de calidad de productos; servicios de publicidad, capacitación para modernizar operación del mercado mayorista, carga, descarga y traslado de productos, facilidades para implementación de mecanismos de compraventa y otras actividades autorizadas por la Municipalidad Provincial.

⁵² Ley del Sistema de mercados mayoristas de alimentos, Ley N° 28026, publicada 15 de julio de 2003. Actividades Conexas.- Son aquellas correspondientes a los servicios bancarios y de seguros; transporte y telecomunicaciones; restaurantes y hotelería; la compraventa al por mayor de flores y de productos alimenticios no estrictamente perecederos (transformados cárnicos, productos cárnicos, productos lácteos, conservas, productos envasados y precocidos); plataformas logísticas para cadenas de supermercados; estaciones de servicios para vehículos y parqueo privado de vehículos; posta de salud; locales de deporte, guarderías y otras actividades autorizadas por la Municipalidad Provincial.

⁵³ PORTA PEGO, Belén. op. cit., p 920

real de aprovisionamiento de estos productos, toda vez que la utilidad de dichas infraestructuras dependerá de ello. En el caso peruano, la normativa no ha sido exhaustiva al garantizar parámetros mucho más rigurosos que dictaminen el porcentaje de productos y puestos de venta de determinados productos, lo cual no significa una limitación, sino por el contrario la expresión de la garantía brindada por el Municipio de abastecer y comercializar

De lo expuesto, cabe plantear dos interrogantes (i) ¿la inclusión de actividades que no respondan a abastos desnaturalizaría la esencialidad del servicio? (ii) ¿es posible la convivencia en la infraestructura de actividades complementarias y anexas con la actividad de mercados?

1.1. El carácter esencial de las actividades. La LSMMA y su Reglamento incluyen en su texto normativo actividades complementarias y conexas que son desarrolladas por agentes económicos (artículo 2.e del Reglamento de la LSMMA). Las actividades complementarias están relacionadas al servicio esencial de los mercados, e incluso ayudan al desarrollo de los mismos, por otro lado, las actividades conexas son actividades impropias que no están vinculadas a los abastos, pero que pueden significar una mejora en el servicio a la población y una mayor rentabilidad.

A nuestro criterio es incorrecto señalar que estas actividades forman parte del concepto de servicio esencial de abastecimiento en los mercados porque como ya se ha señalado precedentemente no encajan en el concepto de abastos. Sin embargo, lejos de la discusión a nivel conceptual, en la realidad estas actividades formarán parte del servicio de los mercados; asimismo, el título habilitante que es aplicable en la dimensión-actividad será la misma (licencia), conforme se ha explicado anteriormente.

1.2. Régimen jurídico aplicable. Si bien las actividades complementarias y conexas carecen de un carácter esencial al no identificarse en ellas las notas características del servicio esencial de mercados, físicamente se desarrollan dentro del mercado al cual identificamos como infraestructura pública, es decir, estas actividades están afectas y sujetas al régimen jurídico de un bien demanial el cual está afecto a una finalidad pública.

Cuando hablamos de un bien demanial, hablamos de una unidad, no podemos seccionarlo, a menos que se logre individualizar el régimen demanial y patrimonial de un bien inmueble o propiedad al realizarse en un ambiente totalmente distinto y separado.

Por tanto, el régimen aplicable a las actividades, dependerán en este caso, el espacio físico donde se desarrollan al tener una naturaleza jurídica especial afecta a la garantía del abastecimiento.

2. La relación municipalidad y operador

Las Municipalidades provinciales son los entes responsables de velar por el cumplimiento de la normativa que regule la calidad y eficiencia de la actividad básica de la empresa operadora en los mercados de abastos; esto lo logran realizando su labor de fiscalización a través de inspecciones e imponiendo sanciones buscando reestablecer la legalidad de la actividad.

Los servicios específicos que constituyen la actividad básica que presta la empresa operadora a los agentes de comercio de la actividad principal del mercado mayorista son principalmente:

- (i) El arrendamiento de puestos o módulos de comercio mayorista,
- (ii) la circulación y el estacionamiento operativo para vehículos de los agentes que abastecen y desabastecen el mercado, y
- (iii) los sistemas de información pública de precios,
- (iv) volúmenes comercializados y stocks de productos.

Los servicios comunes que presta la empresa operadora a los usuarios del mercado mayorista son:

- (i) Iluminación pública normal y de emergencia; agua, desagüe y alcantarillado, limpieza general y eliminación de desperdicios y basura sin producir contaminación y daños al medio ambiente, servicios higiénicos públicos, control de entrada y salida de productos;
- (ii) Mantenimiento de instalaciones comunes; publicidad institucional del mercado mayorista, medios de prevención y control de incendios, vigilancia general;
- (iii) Instalación y conservación de jardines públicos; seguros colectivos de espacios, instalaciones y personas dentro del recinto del mercado y otros que la municipalidad establezca conforme a ley.

Adicionalmente la empresa operadora presta a los agentes de las actividades complementarias y conexas del mercado mayorista, los servicios de:

- (i) Arrendamiento de locales y/o terrenos, la circulación y el estacionamiento operativo para vehículos,
- (ii) Otros necesarios para desarrollar sus actividades. Estos servicios se definen como la actividad complementaria de la empresa operadora.

La justificación de la intervención de la Municipalidad respecto de estas actividades, emana primigeniamente de la esencialidad de la actividad desarrollada y su competencia sobre el abastecimiento y comercialización de productos y servicios.

Asimismo, la LMMSA ratifica sus competencias en su artículo 20°, que de manera general identifican a las municipalidades provinciales como las encargadas de velar por el real y fiel cumplimiento de la LSMMA y su reglamento, ordenanzas municipales y cualquier disposición que emane de las Municipalidades y que tengan incidencia en tema de mercados dentro de su respectiva jurisdicción incluyendo la normativa interna como lo es el Reglamento Interno del mercado mayorista.

Ahora bien, las Municipalidades no sólo lo tienen competencia en un sentido 'reactivo', sino también 'preventivo'. Es decir, la Municipalidad debe de realizar actividades inspectivas para el mantenimiento del orden y ajuste a la normativa vigente, la LMMSA menciona dicha posibilidad en su artículo 12°.

Como menciona CANO CAMPOS "La inspección es un mecanismo de control de carácter preventivo (...), aunque la inspección es una actividad auxiliar de otras potestades administrativas (sancionadora, de restablecimiento de la legalidad, etc.), ella misma cumple por si sola una función de prevención general reforzando la observancia de los mandatos y prohibiciones en un determinado sector"⁵⁴.

La inspección constituye una actividad jurídica resultado del ejercicio de una potestad administrativa llevada a cabo por los inspectores en su condición de autoridad o agentes de la autoridad y con facultades para exigir información y colaboración por parte de los particulares y de las propias Administraciones Públicas. A través de empleados públicos cualificados, examina, reconoce, vigila o controla la actuación de los comerciantes al objeto de comprobar el cumplimiento de los mandatos y prohibiciones que les impone la normativa reguladora de los mercados de abastos.

Las inspecciones y fiscalizaciones incidirán sobre materias distintas de los mercados (entre otras, la sanidad o la defensa de consumidores y usuarios) al ser una realidad jurídica que envuelve un gran conglomerado de relaciones, por tanto, otras entidades intervendrán como:

⁵⁴ CANO CAMPOS, Tomás, "11. El comercio ambulante". En: *Comercio interior*, IX, ed.; Madrid: Iustel [etc.], 2013.p 869

- (i) Ministerio de Agricultura, mediante SENASA, se encargan de la inspección fitosanitaria de los alimentos perecibles que ingresan a la ciudad, así como de la inspección zoonosanitaria del ganado que ingresa al camal municipal.
- (ii) Ministerio de Salud, mediante DIGESA se encarga de normar, supervisar, controlar, evaluar y concertar con los gobiernos locales y demás componentes del Sistema Nacional de Salud, aspectos de protección del ambiente, saneamiento básico, higiene alimentaria, control de zoonosis y salud ocupacional.
- (iii) Ministerio de la Producción, A través del Vice Ministerio de Pesquería, la Dirección General de Inspección y Control Sanitario tiene entre otras funciones la vigilancia y control sanitario de los productos hidrobiológicos. Asimismo, mediante la Dirección Nacional de Seguimiento, Control y Vigilancia se encarga de vigilar e inspeccionar los productos hidrobiológicos en la pesca, captura, recolección, transporte, comercialización y su procesamiento a fin de cautelar su utilización racional y sostenida.
- (iv) Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante la Dirección de Carreteras realiza el pesaje y cobro de peaje a los camiones que traen alimentos. Asimismo, repara las carreteras a fin de que se encuentren en buenas condiciones para su uso.
- (v) Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), recibe las denuncias de los consumidores por competencias desleales o por deficiente información de un producto, y realiza campañas de difusión sobre los derechos del consumidor.

La fiscalización del cumplimiento de los contratos de concesión podrá ser tercerizada total o parcialmente a entidades públicas o privadas. Cualquiera sea la modalidad en que se haya otorgado la concesión, la empresa operadora concesionaria pagará a la municipalidad provincial concedente, como mínimo, una contribución que cubra los costos de fiscalización del cumplimiento del contrato de concesión respectivo.

3. La relación operador - mayorista

En torno del espacio físico de los mercados surge un cúmulo de relaciones comerciales entre los diferentes agentes que participan de él y que se relacionan directamente con la empresa operadora. Al delimitar los sujetos de esta relación encontramos por un lado a la empresa operadora, pero cuando hablamos de Mayorista es necesario delimitar al existir varias posibilidades como los Agentes de Comercio, Agentes de Reexpedición, comerciantes ambulantes, Agentes Económicos los mismos que lejos de desarrollar la actividad comercial dentro del mercado, cumplen con una serie de requisitos adicionales exigidos a nivel interno

en el mercado a través del Reglamento Interno (Art 19 de LSMMA), así como la legislación general de mercado de abastos.

Asimismo, sobre la naturaleza y normas aplicables apreciamos que la relación que mantienen es netamente civil puesto que si bien la operadora presta un servicio esencial no tiene la naturaleza de un ente público, ni las potestades que derivan de ella. En nuestro ordenamiento al entender al bien demanial como una unidad, resulta más práctico el manejo por una sola persona que cien partes de parcelas que pueden variar en su régimen.

El mercado como bien ha sido concedido en uso a un privado (empresa operadora) para el desarrollo de un servicio esencial que será administrado por él, pero la Administración mantendrá potestades que le permitirán supervisar su desarrollo y corregir los errores de ilegalidad a través de sanciones.

En ese sentido podemos concluir que, si bien el vendedor desarrolla actividades comerciales dentro del mercado, estas no constituyen parte del servicio ni objeto del mercado de abastos, el comercio libre no puede ser configurado ni confundido de esta forma, los intercambios comerciales no constituyen el objeto del servicio de mercado de abastos.

El usuario si bien está llevando a cabo un intercambio comercial tiene por objeto bienes que por la importancia que revisten requieren de una protección especial por parte de la Administración, a nuestro parecer para poder acceder a desarrollar esta actividad debemos de tener en cuenta su limitación por dos aspectos:

- (i) Normativa referente a la actividad. Al ser una actividad que se identifica como un servicio esencial para la comunidad se va generar todo el desarrollo de un marco legal que como se ha explicado en la primera parte de este estudio tiene un origen constitucional para ir desarrollándose hasta un nivel de normativa municipal a través de ordenanzas.
- (ii) Aspecto físico. El comerciante está haciendo uso de un bien demanial que ha sido concedido por la Administración a la empresa operadora, y está dirigido al desarrollo de un servicio esencial. El desarrollo de la actividad estará sometida también al régimen del bien.

Asimismo, los usuarios del mercado, estarán sometidos al respeto de unas normas dentro del mercado, y protegidos al ser usuarios del mismo. Al respecto creemos necesario entender la fuente de los mismos, hacer un examen, a partir de sus dos dimensiones:

- (i) La organización del mercado (dimensión-actividad), comprende una vertiente interna que se enfoca en la preparación del mercado para que en él se puedan llevar a cabo las

transacciones comerciales; y de una vertiente externa, equivalente a la organización de la actividad misma, de las transacciones. En ese sentido es necesario desarrollar las reglas que aplicarán en el mercado sobre ciertos aspectos como horarios de funcionamiento (Art 19.2.f); control, vigilancia y seguridad (Art 19.2.g); infracciones (Art 19.2.l); etc.

- (ii) Bien en el que se desarrolla la actividad (dimensión-infraestructura), sobre el mercado como bien también debemos de tener algunas consideraciones, es decir el mercado es un bien demanial con las características de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad que está dirigido a llevar a cabo un servicio esencial, se le confía al concesionario el resguardo del bien, la posibilidad de modificación continua estará dentro de los límites del contrato de concesión entre la empresa operadora y la Municipalidad; en caso se desarrolla en un bien privado se deberá de regir por las reglas del Derecho Civil.

Ambos aspectos, generan una serie de derechos y deberes que deberán estar regulados en el Reglamento interno del mercado, el artículo 19° de la LSMMA estipula las normas que deben de ser establecidas, incluyendo los derechos y deberes de los usuarios del mercado de abastos (19.2.i). Este reglamento será propuesto por la empresa operadora y aprobado por la Municipalidad, configurándose como el instrumento principal por medio del cual se establecerá el régimen interno del mercado de abastos que pese a ser aprobado por la Municipalidad es la materialización del convenio entre concesionario y comerciantes.

Es de destacar en este punto que la relación que surge entre la empresa operadora y los usuarios es netamente civil, en ese sentido será siempre la empresa operadora la que responda ante la Municipalidad por incumplimientos de la normativa dentro y de lo establecido en el contrato de concesión.

Como punto final a tratar respecto de los mercados de abastos, queda aclarar la naturaleza del costo que tiene este servicio, y el universo de personas que asumen el mismo. Al respecto, la LSMMA en su numeral 18.3 menciona “las tarifas, precios, términos, condiciones y estándares técnicos de los servicios que presta la empresa operadora serán los mismos o equivalentes para cada tipo de usuario del mercado”.

Es preciso señalar que el principio de igualdad se manifiesta entre los diversos usuarios del mercado en diferentes dimensiones, y una de ellas es en el costo que acarrea el servicio. Serán los agentes de comercio, quienes pagarán una tarifa para poder explotar un espacio y poder ofrecer los bienes de avituallamiento, ellos son quienes soportan este gasto.

Asimismo, la relación del monto de la tarifa a pagar será proporcional a la calidad del servicio relativo a la administración y mejora por parte del operador, bajo esta premisa las

Municipalidades deberán de asegurar que sea un servicio de calidad que sea acorde y que asegure la consecución de su fin, es decir el atendimento de surtir a los ciudadanos de un determinado espacio geográfico de bienes y servicios esenciales para el desarrollo habitual de su vida diaria.



Conclusiones

Primera. - Los mercados de abastos tienen dos dimensiones “gestión y organización de un servicio” (actividad) y dotación de “infraestructuras colectivas materiales” (infraestructura). Ambas dimensiones se complementan, y conceptualizan como unidad a los mercados de abastos. La actividad requiere de una infraestructura para desarrollarse, y esta infraestructura se acoge a un régimen especial que se relaciona directamente con la actividad que desarrolla la actividad de mercados.

Segunda. - El Mercado de Abastos Mayorista es catalogado como un servicio público en la LSMMA; sin embargo, esta técnica no está vigente en el ordenamiento peruano, y su uso en la normativa es incorrecto (i) porque la configuración actual del sistema económico consagrado en nuestra Constitución, identifica al Perú como un Estado social y democrático de Derecho. A consecuencia de ello, se han eliminado monopolios, incrementado la competencia e incorporado principios como libertad de mercado y subsidiariedad que hacen incompatible la reserva de actividades hacia el Estado; y (ii) el Tribunal Constitucional ubica al elemento subjetivo (titularidad) a un segundo plano, por lo que pervive la realidad objetiva (servicio esencial). Es decir, el Estado estará siempre obligado a garantizar la titularidad de gestión de un servicio, pero no estará obligado a la asunción de su titularidad.

Tercera. - No es posible hablar de servicios públicos locales en estricto en el caso peruano, pese a que la Constitución y la LOM empleen dicho término para referirse a ciertos servicios, entre ellos los Mercados de Abastos; sin embargo, si bien el Estado no conserva la publicatio sobre estas actividades mantiene su carácter garante y de promoción frente a ellos, siendo el servicio esencial título suficiente para imponer ciertas obligaciones. Al respecto se debe de afinar las competencias a nivel legislativo entre los niveles de gobierno regional, local y distrital en la LOM, lo cual conducirá a un desarrollo efectivo y conjunto de acciones y políticas que impulsen a mejoramiento del servicio de los mercados de abastos. Así como de diferentes instituciones que inciden en el desarrollo de los mercados.

Cuarta.- La caracterización e identificación del mercado de abastos como un servicio esencial hace necesario reconocer y aplicar una serie de principios que informaran y condicionarán el alcance de las técnicas reguladoras, a fin de: i) generar obligaciones para las partes involucradas en la prestación del servicio como las empresas operadoras, ii) otorgar

potestades al Estado a través de las Municipalidades para regular y supervisar la correcta prestación del servicio público garantizando el ejercicio y acceso a derechos fundamentales que coinciden con el carácter esencial del servicio, y iii) en ese sentido, el ciudadano podrá disfrutar y ejercer el ejercicio de una determinada prestación, pero al mismo tiempo demandará la atención de dicho servicio el mismo que podrá ser atendido por el Estado u otros.

Quinta. - Las actividades complementarias en los mercados están relacionadas al servicio esencial de los mercados, e incluso ayudan al desarrollo de los mismos; asimismo, las actividades conexas son actividades impropias que no están vinculadas a los abastos, pero que pueden significar una mejora en el servicio a la población y una mayor rentabilidad. Sin embargo, ninguna de las dos forma parte del servicio esencial puesto que si bien coadyuvan a su desarrollo no condicionan en un supuesto de exclusión el desarrollo y continuación del abastecimiento; son expresión de la libre iniciativa respaldada en nuestro ordenamiento por la subsidiariedad.

Sexta. - En atención a la dimensión – actividad del mercado de abastos, se requerirá de una autorización (licencia de funcionamiento) para el desarrollo de la actividad económica, conforme el artículo 9 de la Ley Marco de la Licencia de Funcionamiento, independientemente del lugar donde se desarrolle.

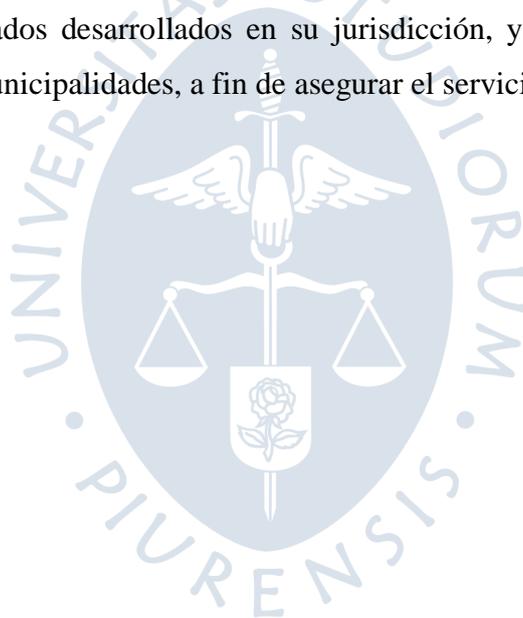
Séptima. - En atención a la dimensión – infraestructura del mercado de abastos, la pertenencia a una organización pública es una característica de los bienes demaniales, es su fin el que teleologiza el bien y determina la aplicación de un régimen de protección, así como de caracteres como la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. En el caso de los mercados tanto el bien como el servicio están estrechamente unidos, pues es el servicio el que permite la caracterización como un bien demanial al desarrollarse en él, teniendo consecuencias en su régimen aplicable. Sin embargo, será el inmueble el que demande la aplicación de un régimen como lo de la concesión en el caso de inmuebles municipales o autorización en el caso de inmuebles privados.

Recomendaciones

Los mercados de abastos, son una figura vigente y necesaria en las diferentes regiones de nuestro país. Conforme se ha desarrollado en este trabajo, los mercados de abastos atienden a una necesidad básica, como lo es el avituallamiento de alimentos. Por tanto, es necesaria la reformulación de la Ley del Sistema de Mercados Mayoristas de Alimentos, que tomen como punto de partida a los mercados como un servicio esencial.

Esto debe de estar acompañado por un desarrollo de normativa a nivel local que impulse la mejora del servicio e infraestructura por parte de los mercados. Asimismo, la fiscalización del servicio debe de ser permanente, asegurando las diferentes características requeridas en el servicio como lo son la continuidad, calidad, igualdad, universalidad y cláusula de progreso.

Finalmente, los gobiernos locales y regionales, están en la responsabilidad de asumir la conducción de los mercados desarrollados en su jurisdicción, y acatar los mandatos de la Constitución y Ley de Municipalidades, a fin de asegurar el servicio esencial de mercados.





Lista de Referencias

- ABRUÑA PUYOL, Antonio. Notas al curso de Derecho Administrativo, lección décimo segunda: Los elementos objetivo y causal, pro manuscrito. Edición 2014. Facultad de Derecho Universidad de Piura. Piura, 2014.
- ARANA ÑIQUE, Hernán Alfonso; Zubiaga Taboada, Ángela María. El rol del Estado en la Economía Su función administrativa y la Ley del Procedimiento Administrativo General. Actualidad jurídica, Tomo 289 (diciembre 2017): 255-263.
- ARGENTI Olivio y MAROCCHINO Cecilia. Abastecimiento y distribución de alimentos en las ciudades de los países en desarrollo y de los países en transición, Guía para planificadores. Recurso virtual obtenido en <http://www.fao.org/3/a-y5401s.pdf>.
- ARÓSTEGUI HIRANO, J. El acceso a un Servicio Público de calidad, continuidad del servicio y rol del Regulador. Recurso obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13488/14115> (consultado el 16/01/2020).
- BACA ONETO, Víctor. “Servicio Público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano” en Teoría de los Servicios Públicos. Coord. VIGNOLO CUEVA, O. Grijley, Lima. 2009.
- CANO CAMPOS, Tomás, "11. El comercio ambulante". En Comercio interior, IX, ed.; Madrid: Iustel [etc.], 2013.
- CARRERAS SCHABAUER, Noelia. Medidas de policía administrativa y régimen jurídico del servicio público: uso de las medidas correctivas en el Perú. Revista de Derecho PUCP, N°67 (2011): 487-509.
- CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. Ley orgánica de municipalidades: concordada y comentada. Lima: Ubi Lex Asociados 2010.
- CHANG CHUYES, Guillermo, “La Subsidiariedad del Estado en Materia Económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria: Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI”, en II Convención de Derecho Público, (BECERRA GÓMEZ, A. M. y CASTILLO CÓRDOVA, L.: coordinadores), Palestra Editores, Lima 2015.
- CHANG CHUYES, Guillermo. “Regulación e intervención del Estado en la economía”, Compendio de experiencias de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras privadas de fondo de pensiones, Superintendencia de Banca, Seguros, y Administradoras privadas de pensiones – Cooperación Suiza SECO, Lima 2016.
- CHANG CHUYES, Guillermo. Concurrencia y competencia en la prestación de derechos sociales bajo el régimen de servicio público en el ordenamiento peruano. En: VI Convención de Derecho Público (Piura, 3 – 4 de septiembre 2019).
- CHANG CHUYES, Guillermo. La titularidad de los bienes de la Administración Pública y sus modos de adquisición. En: García Rivera Esther Paola III Convención de Derecho Público. Lima, Palestra 2016.

- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. en Teoría de los Servicios Públicos. Coord. VIGNOLO CUEVA, O. Grijley, Lima. 2009.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO, Informe Defensorial N° 133, “¿Uso o abuso de la autonomía municipal? El desafío del desarrollo local”, Lima, 2008 (primera edición).
- FERNÁNDEZ GARCÍA, María Yolanda. Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red. Madrid: INAP, 2003.
- FUENTES, Manuel. Estadística General de Lima. París: Tipografía de AD. Laine et J. Havard.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano. Revista IUS ET VERITAS, N°50, Julio 2015/ISSN 1995-2929.
- INEI. Censo nacional de Mercados de Abasto. 2016. Resultados a Nivel Nacional. Instituto Nacional de Estadística e Informática. 2017. Lima. Perú. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1448/libro.pdf
- JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. Comentarios al Sistema Nacional de Bienes Estatales. Lima: Arial Editores, 2010.
- JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. Estudio de los bienes del Estado en el marco del Derecho Administrativo nacional. Actualidad Jurídica, Tomo 275 (octubre 2016): 229-264
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Derecho administrativo económico. Cizur Menor [Navarra]: Civitas: Thomson Reuters, 2016.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2010.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Telecomunicaciones: regulación y mercado. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2010.
- MARTIN TIRADO, Richard J. El Régimen de la actividad empresarial del Estado en el Perú, Análisis del rol subsidiario del Estado y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico peruano. Actualidad Jurídica, Tomo 287 (octubre 2017): 237-258.
- MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “El sector eléctrico en España”, en revista del Instituto de Estudios Económicos 4, 1991.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS José Luis. Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado. Barcelona: Bayer 2007.
- MENDEZ VASQUEZ, Diego. El Servicio Esencial y las Obligaciones Especiales de Servicio Esencial. Recurso vital obtenido en <https://www.itaiusesto.com/el-servicio-esencial-y-las-obligaciones-especiales-de-servicio-esencial/> (consulta 15/01/2020)

- MIDDENDORF Ernest. Perú: observaciones y estudios del país y sus habitantes durante una permanencia de 25 años. Tomo I, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1974.
- PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito municipal. Círculo de Derecho Administrativo.
- PORTA PEGO, Belén. El servicio Municipal de Mercados. Los mercados municipales minoristas y mayoristas. En: REBOLLO PUIG Manuel. Comercio interior, IX, ed.; Madrid: Iustel [etc.], 2013.
- REBOLLO PUIG, Manuel, "12. El servicio municipal de mercados. Los mercados municipales minoristas y mayoristas". En: Comercio interior, IX, ed.; Madrid: Iustel [etc.], 2013.
- SACA CARO, Cinthya Pamela, Mercado municipal Sostenible Gastronómico de la culinaria Región Piura, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).
- SHIMABUKURO TOKASHIKI, Nestor Raúl. Privatización y extinción del régimen concesional en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de la Promoción de la Inversión Privada. Círculo de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Administrativo, Número 76.
- TALLEDO FARIÁS, Miriam Melina. Régimen jurídico de la empresa pública regional y municipal. Piura: Universidad de Piura, 2017.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando, Coord. Teoría de los Servicios Públicos. Grijley, Lima. 2009.
- YARANGA HERNÁNDEZ, Yamilé Yurimar. La comunicación para el desarrollo desde los mercados populares: estudio de caso del mercado "Santa Rosa" de Chorrillos, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio público: fundamentos. Palestra, Lima: 2005.