

# EL INDECOPI COMO ORGANISMO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO: RAZONES SOBRE EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

## *INDECOPI AS AN AUTONOMOUS CONSTITUTIONAL BODY: REASONS FOR THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROJECT*

**Raffo Velásquez\***  
Baxel Consultores

*The issue of the independence of competition agencies has been the subject of debate in law in general. Particularly in the different forums organized by the Organization for Economic Cooperation and Development due to the international standard required of such bodies. In this sense, an autonomous constitutional organism is relevant for the proper development of public administration and, consequently, for the fulfillment of the public interest of a State.*

*In this article, the author analyzes whether the Constitution provides reasons to consider Indecopi as a new OCA. To this end, he analyzes how public administrations are organized, why Indecopi would need to be an autonomous agency and if there are constitutional legal reasons that can sustain Indecopi's interest in having a greater detachment from the government.*

**KEYWORDS:** *Public administration; autonomous constitutional body; Indecopi; public interest; competition agencies.*

*El estudio de la independencia de las agencias de competencia ha sido objeto de debate en el Derecho a nivel general. Sobre todo, en los distintos foros que organiza la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, con motivo del estándar internacional exigible a dichos organismos. En ese sentido, un organismo constitucional autónomo (OCA), resulta de importarte relevancia para el desarrollo adecuado de la administración pública y, en consecuencia, del cumplimiento del interés público de un determinado Estado.*

*En el presente artículo, el autor analiza si la Constitución brinda razones para considerar al Indecopi como un nuevo OCA. Para ello, analiza cómo se organizan las administraciones públicas, por qué el Indecopi necesitaría ser un organismo autónomo y si existen motivos jurídicos constitucionales que pudieran sostener el interés del Indecopi por tener una mayor desvinculación del gobierno.*

**PALABRAS CLAVE:** *Administración pública; organismo constitucional autónomo; Indecopi; interés público; agencias de competencia.*

\* Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla – La Mancha y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Università degli Studi di Palermo. Socio de Baxel Consultores (Lima, Perú). Contacto: rvelasquez@baxel.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 31 de mayo de 2020, y aceptado el mismo el 23 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) es una organización internacional que agrupa a treinta y seis países que cumplen y promueven políticas internacionales estandarizadas para mejorar el bienestar económico y social de las personas. Sus miembros evalúan y buscan soluciones a problemas comunes, identifican buenas prácticas y coordinar políticas internas e internacionales. En la región de Latinoamérica, Brasil, México, Argentina y (este año) Colombia, han logrado integrarse. Desde hace unos años el Perú busca ser incorporado a dicha organización, por lo que ha realizado distintas adecuaciones normativas para ajustarse a estándares y prácticas internacionales en materia de contrataciones estatales (derecho laboral, regulación de mercados, entre otros sectores relevantes). Este aspecto aseguraría que nuestro país brinde condiciones más humanas de trabajo, seguridad jurídica y otras garantías adecuadas para el desarrollo económico interno e internacional.

En los exámenes *inter pares* sobre Derecho y política de la competencia en el Perú, realizados los años 2004 y 2018, los Estados miembros de la OCDE evaluaron el marco jurídico existente sobre la posición del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) y detectaron ciertas debilidades que podían hacer peligrar su autonomía e independencia. Igual observación hizo el presidente del Comité de Competencia de la OCDE, con motivo del inicio de un nuevo proceso de revisión *inter pares* sobre el Perú (2019, p. 17).

Dentro de ese marco, el Indecopi publicó en su página web la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo 038-2020-INDECOPI/COD<sup>1</sup>, del 28 de febrero de 2020. Esta aprueba la publicación del siguiente proyecto de modificación constitucional que supondría incorporar lo siguiente a la Constitución:

Artículo 65-A.

El Indecopi es una persona jurídica de derecho público. Es autónomo, rigiéndose exclusivamente por su Ley Orgánica y su Reglamento Normativo. La Ley Orgánica establece la organización y desarrolla las funciones del Indecopi,

así como incluye las disposiciones para garantizar la autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa.

Las funciones del Indecopi son las siguientes:

- a. La protección de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa eliminando las barreras burocráticas.
- b. La defensa de libre y leal competencia.
- c. La protección de los derechos de los consumidores.
- d. La protección de los derechos de propiedad intelectual.
- e. La protección del comercio exterior eliminando las barreras comerciales no arancelarias, así como corrigiendo las distorsiones en el mercado por prácticas de dumping y subsidios.
- f. Las demás funciones que señala su ley orgánica.

El Poder Ejecutivo designa a los miembros del Consejo Directivo del Indecopi. La designación del Presidente del Consejo Directivo se realiza mediante concurso público y está sujeta a ratificación del Congreso de la República.

El análisis de la independencia de las **agencias de competencia** o similares es un tópico fuertemente debatido en el derecho comparado y, sobre todo, en los distintos foros que organiza la OCDE con motivo del estándar internacional exigible a dichos organismos. Sin embargo, el énfasis central de nuestro análisis consistirá en evaluar si en el sistema peruano hay espacio para convertir al Indecopi en un organismo constitucional autónomo (en adelante, OCA).

Ello, tal como hace la Constitución en su artículo 82, con la Contraloría General de la República (en adelante, CGR); en su artículo 84, con el Banco Central de Reserva (en adelante, BCR); en su artículo 87, con la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, SBS); en su artículo 150, con la Junta Nacional de Justicia (en adelante, JNJ); en su artículo 158, con el Ministerio Público (en adelante, MP); en su artículo 161, con la Defensoría del

<sup>1</sup> En dicho documento, también se publicó el Documento de Trabajo Institucional 003-2020 (en adelante, DTI 003-2020), que sirve de exposición de motivos al proyecto (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020).

El 13 de enero de 2021, la congresista Zenaida Solís presentó el Proyecto de Ley 6919-2020/CR, que recoge el texto propuesto por el Indecopi.

Pueblo (en adelante, Defensoría); en su artículo 210, con el Tribunal Constitucional (en adelante, TC); y en su artículo 177, con los organismos que integran el sistema electoral —esto es, el Jurado Nacional Elecciones (en adelante, JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (en adelante, ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC).

Nuestro objetivo será determinar si la Constitución, como ley fundamental, nos brinda razones para considerar al Indecopi como un nuevo OCA. Aunque el interés por una mayor independencia del Indecopi nos forzará a analizar cómo se organizan las administraciones públicas y por qué el Indecopi ha necesitado ser autónomo dentro de ese entramado.

Más allá del legítimo interés político-internacional en darle plena autonomía e independencia al Indecopi, nos enfocaremos en determinar si hay motivos jurídicos constitucionales que pueden sostener el interés de este organismo por tener una mayor desvinculación del gobierno y, para ello, resulta necesario realizar un resumido repaso de la posición que tiene el gobierno como director político de la administración pública. Este análisis previo nos podrá aclarar el panorama; puesto que al identificar el rol que ha tenido el Indecopi en la administración pública, podremos saber si ese rol justifica su inclusión como un OCA.

## II. ALGUNAS CUESTIONES FORMALES

Sin perjuicio de abordar el tópico central, es conveniente mencionar ciertos asuntos formales previos relacionados con la propuesta normativa de convertir al Indecopi en un nuevo OCA.

### A. Recuento de los OCA existentes

Para saber qué significa ser un OCA se debe recordar la clásica teoría de separación de poderes ejecutivo, legislativo y judicial, construida no solo para distribuir tareas estatales; sino como un sistema de pesos y contrapesos que generan limitaciones mutuas entre ellos en beneficio de, finalmente, la libertad ciudadana. Sin embargo, la realidad demostró la escasa correspondencia con la realidad que guardaba tal sistema, puesto

que la cantidad de materias constitucionales y organismos necesarios para atenderlas es, en todos los Estados democráticos de derecho, una tríada de poderes que conviven con otros organismos constitucionales que no son comisionados, parte o dependencias de aquellos; sino que son igualmente independientes, autónomos y supremos en los asuntos de su competencia. En ese sentido, lo más propio sería hablar de separación o distribución de funciones entre los distintos órganos constitucionales<sup>2</sup>.

Como los poderes de los OCA emanan directamente de la Constitución, adquieren un estatus que les otorga independencia y se traduce en una supremacía de sus competencias que no puede ser invadidas por otros. En ese sentido, al referirse a la separación de poderes (Const., 1993, artículo 43), el TC ha señalado que los OCA no son superiores a los clásicos poderes del Estado, ni a otros OCA; sin embargo, tampoco están subordinados a ellos, pues son autónomos e independientes. En tal sentido, sus relaciones se dan en un marco de equivalencia, coordinación, cooperación y equilibrio o autolimitación mutua (sentencia recaída en el Expediente 004-2004-AI/TC, 2004, fundamento 33; sentencia recaída en el Expediente 0004-2004-CC/TC, 2004, fundamentos 12 y 13). Este es el estatus de independencia que quiere adquirir el Indecopi para cumplir con los estándares internacionales de la OCDE, por lo que sería conveniente revisar cuáles son los otros OCA que reconoce nuestro texto fundamental (así como sus funciones).

De un lado, la CGR se encarga del controlar la legalidad de la ejecución del presupuesto por parte del Estado, entre ellas, del gobierno (Const., 1993, art. 82). De tal forma, es imperativo que exista independencia de la CGR respecto de los demás órganos estatales que controla, puesto que debe estar libre de influencias políticas. Por su parte, el BCR se encarga de regular la moneda y el crédito (Const., 1993, art. 84), lo cual exige autonomía para no repetir experiencias de gobiernos pasados que influyeron en la emisión de dinero cubrir su déficit fiscal generando así una histórica hiperinflación en el país<sup>3</sup>. Tal influencia política llevó a tomar decisiones financieras, nada técnicas y que solo eran acuerdos con políticas populistas, lo que generó un fiasco económico. Por ello, el poder constituyente

<sup>2</sup> Compárese con Lucas Verdú (1983, pp. 133-152); Pizzorusso (1984, pp. 245-253); y Loewenstein (1970, pp. 54-61).

<sup>3</sup> Velarde (actual presidente del Banco Central de Reserva) y Rodríguez advirtieron que

[h]asta agosto de 1990 la política monetaria del Banco Central fue básicamente pasiva, respondiendo a las necesidades de financiamiento del sector público o a la evolución fijada para el tipo de cambio. A pesar de la autonomía legal del Banco, el completo control que tenía el partido gobernante, tanto del propio Ejecutivo como del Congreso, entre 1985 y 1990, determinó la elección de directores vinculados a dicho partido. Estos, lejos de defender la autonomía del Banco, siguieron las instrucciones del gobierno central (1998, p. 6).

diseñó al BCR como un OCA, neutralizado de las políticas de turno.

La SBS tiene la competencia de supervisión de las empresas bancarias y seguros que manejan el ahorro del público (Const., 1993, art. 87) para asegurar la solidez económica de esas empresas del sistema financiero. Al respecto, Velarde y Rodríguez realizan un estudio en donde advierten los riesgos de la influencia política sobre la SBS y resaltan la necesidad de mantener su autonomía para que solo realice “una tarea técnica, compleja y reservada que debe aislarse de las presiones políticas” (1998, pp. 49-52). Mencionan al Banco Popular, la Caja de Ahorros de Lima (ambos de propiedad estatal) y al Banco CCC, cuyas respectivas liquidaciones fueron sucesivamente aplazadas por la SBS debido a presiones políticas populistas que buscaban favorecer a los sectores a los que se dirigían sus créditos bancarios, o incluso a los titulares de los bancos vinculados al partido oficialista de turno. Para evitar esas presiones políticas, resaltan los autores, se necesita de su independencia constitucional de la SBS (1998, pp. 49-52).

La JNJ necesita autonomía porque selecciona, ratifica y destituye a los cuya autonomía e independencia es parte esencial del principio de división de poderes (Const., 1993, art. 139.2) y que, en términos generales, “[a]lerta al juez de influencias externas [...] por cuanto el rol de un juez no es el de representar políticamente a la sociedad y hacer las críticas en su nombre... [sino] más bien, está obligado a actuar *secundum legem* y con la más clara neutralidad (Sentencia recaída en el Expediente 3465-2004-AA/TC, 2005, fundamentos 9 y 21).

Un fundamento similar puede predicarse de la autonomía del TC (Const., 1993, art. 201), puesto que al tener competencias para resolver en última instancia procesos constitucionales por agravios o amenazas de derechos fundamentales (la mayoría contravenidos por el mismo Estado), también la tendrá para resolver conflicto de competencias entre órganos del Estado, e incluso la tendrá para declarar la invalidez de leyes en procesos de inconstitucionalidad. Para resolver con objetividad, es necesario asegurar su autonomía respecto de los poderes estatales que podrían verse afectados por sus decisiones, debido a que es difícil pensar

en una estructura en donde el juzgador deba estar sujeto a la dirección o influencia política de quien es juzgado.

De modo similar, la autonomía del MP (Const., 1993, art. 158) busca evitar la influencia de los poderes públicos sobre esta institución, que es titular de la acción penal contra particulares o de funcionarios. La actividad del MP supone un enorme riesgo, ya que así como podría ser influenciado con el propósito de evitar la persecución del delito también podría pretenderse su uso como arma de persecución penal contra adversarios políticos, como ya se ha visto en la década de los noventa<sup>4</sup>.

Asimismo, se consagra la autonomía de la Defensoría (Const., 1993, art. 161) para asegurar su independencia respecto de los poderes públicos y privados que supervisa para detectar posibles agravios contra los derechos fundamentales. Es necesario precisar que antes de la Constitución de 1993 la Defensoría era parte del Ministerio de Justicia, llegando incluso a tener once Fiscalías Especiales de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos en el país. Sin embargo, como señala Abad Yupanqui, “[...] resultaba incongruente que el órgano estatal titular de la acción penal —y en consecuencia de acusar a las personas— sea a la vez el encargado de defenderlas” (2010, p. 484), de ahí que fue más adecuado concebirlo como un organismo autónomo que supervise a todos los demás poderes para la defensa de los derechos fundamentales.

Finalmente, se consagra la autonomía de los organismos del sistema electoral (JNJ, ONPE y RENIEC) con el propósito claro de evitar influencias políticas en los procesos de elección de cargos políticos. Para asegurar el acceso igualitario a los cargos públicos se requiere imparcialidad y transparencia en los procesos electorales, lo que es esencial para nuestro Estado Democrático de Derecho (Const., 1993, arts. 3, 43 y 177).

El proyecto que comentamos pretende que Indecopi cuente con autonomía constitucional para contar con garantías jurídicas frente a eventuales influencias del gobierno u otras entidades. Por ende, también pretende asegurar neutralidad en la decisión de controversias de innegable sustrato constitucional (como el derecho de la libre compe-

<sup>4</sup> Por ejemplo, la Ley de Jurisdicción Militar, Ley 28665, fue declarada inválida por el Tribunal Constitucional, porque suponía un agravio contra la autonomía del Ministerio Público y del Consejo Nacional de Magistratura (en la actualidad, Junta Nacional de Justicia). Respecto del primero, se creó una fiscalía especializada compuesta de oficiales que provenían solo del Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial que no dependía del Ministerio Público sino de los fueros del gobierno. Ahora, para esos fines, se menoscababa la autonomía del Consejo Nacional de la Magistratura a quien se pretendía obligar que realizar un concurso público de selección de fiscales que; sin embargo, solo provenían del citado Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial. Es decir, se pretendía instaurar un régimen en donde el Congreso facilitaba cierto nivel de influencia del gobierno sobre la selección y acceso a los cargos fiscales (Sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-AI/TC).

tencia, competencia desleal y consumidor). Veremos si nuestro derecho admite dicha posibilidad.

### B. La innecesaria referencia a la ley orgánica

Ahora bien, con respecto al texto del proyecto se debe resaltar que incurre en la misma redundancia que tuvo el constituyente al regular los casos de la CGR, el BCR, la JNJ y la Defensoría, en donde se señala que una ley orgánica regulará sus competencias y funciones. Los demás OCA no necesitan de esa referencia para sustentarse en sus respectivas leyes orgánicas, puesto que el artículo 106 de la Constitución ya dispone que “[m]ediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución [...]” (1993).

De tal modo, es innecesaria la grandilocuente referencia que hace el proyecto normativo a la futura ley orgánica del Indecopi y a todos los asuntos que regulará. Ese tipo de redacción, por cierto, no tiene comparación con la regulación que hace la Ley fundamental de los demás OCA y puede generar ciertos problemas.

### C. El peligro de un OCA autárquico

El proyecto normativo refiere que el Indecopi se regirá exclusivamente por su ley orgánica y su reglamento normativo. Más allá de la intención por reasegurar la autonomía del Indecopi (como si la inclusión como OCA no fuera suficiente), el proyecto genera el riesgo de que se interprete al Indecopi como una entidad autárquica y no autónoma<sup>5</sup>, regida solo por sus propios textos legales y ajeno al resto del sistema de leyes, lo que es inconcebible en nuestro Estado unitario (Const., 1993, art. 43).

Ahora bien, no hay ningún caso en donde la Constitución disponga que un OCA se rige exclusivamente por su ley orgánica y reglamento normativo. Eso por la sencilla razón de que estamos dentro de un Estado unitario que descarta toda posibilidad de establecer islas autárquicas, regidas solo por sus textos y ajenas al resto del sistema jurídico.

Es probable que el proyecto pretenda dar autonomía política al Indecopi, lo que le permitiría dictar sus propias normas, puesto que como señala el TC “la autonomía político-normativa de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo” (sentencia recaída en los

Expedientes 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC, fundamento 57). Pero ese tipo de autonomía debe ser bien enmarcada. En efecto, el TC invalidó los reiterados intentos de los gobiernos regionales por asumir una autonomía política absoluta que los convertirían en islas regidas “exclusivamente” por sus propios textos legales. En ese sentido, el TC precisó que “[...] no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél” (sentencia recaída en el Expediente 0007-2001-AI/TC, 2003, fundamento 6). El mismo organismo concluye que

[...] no debe confundirse autonomía con autarquía, pues desde el mismo momento en que el ordenamiento constitucional lo establece, su desarrollo debe realizarse respetando a ese ordenamiento jurídico. Ello permite concluir que la autonomía no supone una autarquía funcional, o que alguna de sus competencias pueda desvincularse total o parcialmente del sistema político (Sentencia recaída en el Expediente 0010-2003-AI/TC, 2004, fundamento 5).

En suma, la pretendida autonomía política del Indecopi correría el riesgo de ser inconstitucional al usar el término “exclusivamente”, debido a que habilita la posibilidad de que se rija solo por ese marco normativo que, a su vez, podría desentenderse del resto del ordenamiento jurídico nacional. En ese sentido, Fernando Badía, citado por el TC, señalaba que

la actividad legislativa de los entes autónomos ha de estar de acuerdo con los principios de integración del Estado del que forman parte... La autonomía es, en efecto, libertad, facultad de promulgar normas, pero con coordinación necesaria, respecto de una colectividad más grande (Sentencia recaída en los Expedientes 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC, fundamento 57).

Nuevamente, lo más adecuado es que el proyecto use menos palabras de las que implementa o, en este caso, que elimine el término “exclusivamente”.

### D. Los peligros de un reglamento normativo reconocido en la Constitución

Otro riesgo en el proyecto se relaciona con la referencia al futuro **reglamento normativo** del Indecopi. Como se sabe, esos reglamentos se

<sup>5</sup> Cabe aclarar que, recurrimos a la noción de autarquía que usa y cuestiona el Tribunal Constitucional y que se sustenta en el derecho español. Dicha noción es muy distinta al concepto de autarquía que se usa en el derecho argentino, que es un tipo de autonomía que se concede a algunos entes administrativos.

caracterizan porque pueden alterar derechos de los ciudadanos, en cuanto tales, no en cuanto funcionarios o usuarios de un servicio público. En cambio, los reglamentos organizativos o de administración delimitan la estructura interna de cuerpos estatales y que, por ende, solo alcanzan a los funcionarios de esos entes y a los particulares en la medida que se encuentren sometidos a sus procedimientos administrativos<sup>6</sup>.

De ordinario, los reglamentos normativos solo actúan cuando existe una habilitación legal explícita y claramente delimitada, de modo que solo puedan **complementar** lo que ya prevé de manera genérica la ley. Esto porque el mandato constitucional es que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (1993, artículo 2, numeral 24, literal a), de modo que toda limitación o intervención en los derechos necesita de una ley habilitante. En contrapartida, todo ejercicio del poder estatal también necesita de una ley habilitante, ya que la norma suprema también resalta que todo poder del Estado se ejerce “con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes [no los reglamentos] establecen” (1993, artículo 45).

Ahora bien, los reglamentos normativos deben tener habilitación por ley para reglamentar cualquier intervención del poder estatal en los derechos de los particulares. En cambio, el proyecto en comentario generaría una suerte de excepción al Indecopi frente a esa doble garantía constitucional de legalidad. En efecto, la CP le reconocería la potestad de dictar reglamentos normativos, de alterar derechos de los ciudadanos, sin ninguna ley habilitante que fije un parámetro de contenido, que delimite su intervención.

Por lo demás, no basta con modificar un texto en la Constitución para tener el poder de dictar normas generales que afecten los derechos. En efecto, se debe recordar que el sistema constitucional descansa en una lógica de cláusulas intangibles que no pueden ser alteradas por el poder constituido, que imponen límites materiales al poder reformador. Como señala el TC, alterar esas cláusulas intangibles supondría “destruir” la Constitución, de modo que cualquier modificación constitucional no po-

drá alterar los “principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado” (Sentencia recaída en el Expediente 0014-2002-AI/TC, 2003, fundamento 76)<sup>7</sup>.

El proyecto reconocería un poder reglamentario normativo al Indecopi, lo que es claramente inconstitucional porque alteraría la cláusula intangible de soberanía del pueblo, en virtud del cual se concede solo al poder legislativo la potestad de dictar normas que alteren o incidan sobre los derechos. Ciertamente, el artículo 45 de la CP consagra que “el poder del Estado emana del pueblo”, lo que significa que su ejercicio debe estar legitimado por la voluntad del pueblo (Const., 1993, arts. 3 y 102.1).

De tal forma, el legislador tiene el poder de dictar leyes que sometan a los ciudadanos, porque ellos mismos decidieron darle esa potestad normativa de incidir sobre sus derechos. Asimismo, el pueblo decidió otorgar al Poder Ejecutivo el poder de dictar normas que complementen las leyes, que reglamenten su intervención en los derechos, sin desnaturalizar sus alcances. Solo hasta ahí alcanza su poder reglamentario. Entonces, solo se cabe hablar de reglamentos normativos que inciden sobre los derechos ciudadanos cuando media una ley autoritativa que delimita la posible intervención de la potestad reglamentaria.

Desde esa perspectiva, los OCA no tienen potestad reglamentaria normativa. En efecto, a diferencia del Congreso, los OCA no tienen una posición constitucional que les permita dictar normas generales que sometan al pueblo, normas puedan alterar o hacer perder sus derechos. Los actuales OCA y las demás Administraciones públicas, tienen ciertas potestades reglamentarias solo en la medida que les ha sido otorgada por el legislador a través de sus respectivas leyes orgánicas. Tienen, sin duda, potestad reglamentaria organizativa, de autorregularse, pero no tienen una autónoma potestad reglamentaria normativa.

Sería inconstitucional que, sin base legal previa, un OCA o cualquier Administración pública, pueda dictar normas reglamentarias normativas. Incluso

<sup>6</sup> Confróntese con García de Enterría y Fernández (2001, pp. 188-189), De Otto (1991, pp. 218-219) y TC (sentencia recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC, fundamentos 6 y 7). En estos últimos casos, el TC parece corregir la errada referencia que hizo a los reglamentos normativos en su sentencia recaída en el Expediente 0001-2003-AI/TC y su sentencia recaída en el Expediente 0003-2003-AI/TC (fundamento 15). En estas decisiones no los consideró como reglamentos *secundum legem*; sino como *extra legem*, similares a los reglamentos organizativos o administrativos que se caracterizan por normar jurídicas independientes (sin desarrollar una ley específica, pero sin contravenir ninguna ley).

<sup>7</sup> Para mayor información, véase la sentencia recaída en los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, STC 0004-2005-AI/TC y 0007-2005-AI/TC (fundamentos 32 a 35); y la STC 0006-2018-AI/TC (fundamento 49).

si esa posibilidad se introdujera en la Constitución mediante una modificación, pronto tal cambio constitucional podrá ser invalidado por destruir dicha norma y alterar las cláusulas intangibles que el poder constituyente ha fijado como límite al poder constituido<sup>8</sup>.

Los riesgos mencionados se evitarían estableciendo con simplicidad que el Indecopi es una OCA. Esa declaración exigiría, por sí sola, dictar una ley orgánica que identifique sus competencias y funciones. Asimismo, habilitaría después al Indecopi a dictar su propio reglamento organizativo que complemente sus competencias y procedimientos, y (si su ley orgánica le autoriza) a dictar su reglamento normativo que complemente la incidencia sobre los derechos de los administrados.

### III. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO

Para analizar la potencialidad del Indecopi como OCA es necesario hacer un breve repaso sobre la posición actual que tiene este organismo dentro del aparato administrativo del Poder Ejecutivo y, a su vez, realizar un análisis de la posición constitucional que ostenta este último dentro del entramado constitucional. El Poder Ejecutivo, a través del gobierno central, es el titular de la administración central, de modo que debe liderar toda la organización administrativa compuesta por entes desconcentrados y descentralizados creados para el logro de los fines que le han sido encomendados por la Constitución. Dentro de ese sistema se ubica el Indecopi, creado en 1992 por el Decreto Ley 25868 como un organismo dependiente o desconcentrado del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales –que es en la actualidad el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante, MINCETUR)– pero con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa.

Esa naturaleza fue sustantivamente modificada el año 2008, cuando se dictó el Decreto Legislativo 1033 que, si bien ratificó estas últimas competencias autónomas, estableció que en adelante el Indecopi sería un organismo descentralizado, con **autonomía funcional**. Se estableció que es un organismo adscrito y no dependiente a la Presidencia del Consejo de Ministros. En la actualidad, el Indecopi propone ser convertido en un OCA, que

supone no estar adscrito al Poder Ejecutivo, ni a ningún otro organismo o poder del Estado.

Para comprender ese régimen jurídico (y, por ende, el nivel de autonomía del Indecopi) es necesario reseñar conceptos como **organismos descentralizados, desconcentrados, administración instrumental, adscripción, tutela**, y otros elementos propios del derecho administrativo orgánico. De forma posterior, podremos comprender la posición constitucional que ostenta el gobierno y, por ende, también podremos darle sentido a los sucesivos cambios que ha experimentado el Indecopi hacia la autonomía del Poder Ejecutivo

#### A. La organización administrativa: descentralización y desconcentración

En los Estados organizados bajo una **administración centralizada**, las decisiones son tomadas por esta a través de sus distintas dependencias sujetas a una relación de jerarquía. No existen varios órganos que ejercen sus poderes, sino una gran burocracia que es parte de un solo ente de poder. Incluso las demarcaciones territoriales en donde existe una mayor relación con el pueblo (y, por ende, este tiene cuotas de poder), están sujetos a una tutela estricta que incluye la revisión de sus decisiones por la administración central.

Ahora, se trata de casos de **desconcentración**, puesto que el primer caso descrito se refiere a órganos que ejecutan los comandos de la administración central; mientras que, en el segundo caso, se trata de órganos con capacidad propia para decidir, pero que emiten decisiones revisables por la administración central. En efecto, se trata, sin duda, de una relación de jerarquía entre administración y las demás dependencias.

Por otro lado, en una **administración descentralizada**, las demarcaciones territoriales obtienen plena autonomía y supremacía sobre los asuntos de su competencia, y solo se sujetan a tutelas tasadas (de la administración central u otros órganos autónomos) que se activan solo si invaden con contravienen competencias ajenas. Ciertamente, se han detectado varios intentos de los gobiernos regionales de ejercer una autonomía política autárquica, puesto que han pretendido regular materias que competen al Poder Ejecutivo e incluso

<sup>8</sup> Igual lectura constitucional presenta Parada Vázquez, al mencionar que

[e]sta distinción [entre reglamentos administrativos y normativos] reviste importancia en relación con el principio de reserva de ley: mientras que los reglamentos jurídicos [o normativos], por afectar en último término a la propiedad y libertad o contenidos tradicionales del Derecho privado, solo se admiten en desarrollo a una ley previa, o lo que es lo mismo, necesitan de una ley habilitante; los reglamentos administrativos por el contrario se entiende que inciden en un ámbito doméstico de la Administración y por ello sólo tienen que respetar el principio de reserva de ley forma, esto es, no contradecir su regulación si existe una norma superior (2014, p. 64).

en contra de lo que este ya había regulado (sin embargo, que el TC ha invalidado creando una nutrida jurisprudencia al respecto)<sup>9</sup>.

Esto solo busca contextualizar el desempeño del Poder Ejecutivo, pues aquí nos interesa estudiar la actual administración descentralizada que este último ostenta como gobierno central, con competencias propias, sujeto a un régimen autónomo y distinto del que rige a las llamadas demarcaciones territoriales (gobiernos locales y regionales). Una administración descentralizada se organiza de forma que logran convivir una administración central y organismos descentralizados. El gobierno central mantiene ciertos entes desconcentrados con los que sostiene una relación de jerarquía. De modo que tales organismos podrán ser meros gestores de los mandatos de la autoridad superior (delegación, mandato, etc.), o incluso podrán no parecer simples mandaderos de otro; sino que se pueden actuar como autores, que ejercen en su propio nombre la competencia para decidir determinado asunto, pero que están sujetos a directrices, circulares, instrucciones, etc., de la administración central que, por lo demás, podrá revisar sus decisiones.

Ahora, lo que caracteriza a la organización descentralizada es que, además de lo anterior, la administración central recurre a una real distribución de su poder en distintos entes autónomos con personalidad jurídica propia y no sujetos a una relación de jerarquía, sino a una **descentralización de sus competencias**. En ese sentido, se podría decir que, en la desconcentración se cede el **ejercicio** de la competencia (de modo genérico o para casos específicos) sobre cierto asunto, pero la administración central no cede su **titularidad**. En cambio, en la descentralización se transfiere la titularidad misma de la competencia a otro organismo. En el primer caso, bastará con una resolución de organización del gobierno central, con la finalidad de crear un organismo separado o agregar a su estructura otro órgano dependiente, mientras que, en el segundo caso, la descentralización o cesión de las competencias necesitará de la decisión del legislador, pues los poderes estatales solo se ejercen como prevé la ley (Const., 1993, art. 45).

La distinción anterior puede ser didáctica, pero aún es insuficiente. Gallego Anabitarte advierte que hay casos de transferencias de competencias que no implican descentralización, debido a

que la persona jurídica receptora puede quedar sujeta a la supervisión plena del ente cedente (ya sea mediante directrices o instrucciones, o incluso mediante la revisión de sus decisiones por la administración central) (1990, pp. 11-14). De modo que, para identificar una administración descentralizada es esencial verificar su nivel de independencia respecto del cedente del poder. De cualquier modo, la descentralización no es sinónimo de ajenidad, ya que el nuevo organismo empoderado mantendrá siempre una relación de tutela con la administración central debido que fue creada para cumplir los fines constitucionalmente de este último.

Al respecto, Baena del Alcázar señala que

[p]ara comprender claramente la relación que se da entre los entes funcionalmente descentralizados y la Administración central, hay que partir de la base de que tras estos entes no existe un centro de intereses propios, sino que se trata de los intereses del propio Estado. Si ponemos esta idea en conexión con la atribución de una función estatal, resultará claro que el Estado crea estos entes, que desempeñan funciones que son propias del mismo Estado, con unos fines determinados. Estos fines no pueden ser otros que la concesión de una mayor agilidad y flexibilidad en el cumplimiento de sus funciones, o más exactamente la consecución de un medio más idóneo para realizar las funciones aludidas. Como, desde luego, el Estado no se desentiende en absoluto de estos entes, como de ninguno de los entes públicos, es claro que se trata de utilizar estas personas jurídicas como medios, como instrumentos para realizar una serie de funciones que son las que se asignan a las nuevas personas [de derecho público] (1964, p. 115).

Por este motivo, por más autonomía que se les otorgue, las entidades descentralizadas no dejan de integrar la administración central, sino que están adscritas a un sector público; es decir, tienen una necesaria vinculación orgánica con ese sector lo que no necesariamente significa sometimiento, ni dependencia de la entidad rectora de dicho sector. Ser un organismo descentralizado garantiza autonomía en varios aspectos, pero nunca autonomía en cuanto a los fines estatales para los cuales fue concebido. Es un instrumento creado para hacer más eficiente la realización de los fines asignados a la administración central. Es en este sentido que se habla de **administraciones instrumentales**.

<sup>9</sup> Ariño Ortiz señala que esta exigencia de unidad del derecho, o al menos de no contradecir el Derecho nacional, indica que la identificación entre descentralización y autonomía política no es tan real; sino que la verdadera descentralización se refiere a la distribución de las actividades administrativas en distintos órganos (1988, pp. 17-19).



Este aspecto explica por qué siempre la administración central del sector tendrá cierto poder de control sobre los organismos desconcentrados adscritos a sí. Además, no es jurídicamente posible lograr la total independencia de estos organismos con relación a la administración central, porque el poder que ostentan emana de su integración al Poder Ejecutivo. Sin ello no serían parte de ningún cuerpo estatal; en efecto, no tendrían ningún correlato constitucional, puesto que serían entes sin posición en el aparato estatal (sin competencias ni poder que, por ende, solo podrían emitir actos nulos)<sup>10</sup>.

Usamos los términos organizaciones desconcentradas y descentralizadas para fines explicativos, debido a que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo prefiere la denominación “organismos públicos” para englobar a los organismos **ejecutores y especializados** (que, a su vez, se subdividen en organismos **reguladores y técnicos especializados**), algunos de los cuales tienen altos niveles de desconcentración y otros son reales organismos descentralizados, por lo cual su creación solo puede darse por ley (debido a que suponen una alteración de las competencias).

Asimismo, la ley reconoce a distintas modalidades de **comisiones, programas y proyectos especiales**, cuya creación depende del Poder Ejecutivo (porque su creación no supone una modificación de competencias) y tienen una marcada relación de dependencia o jerarquía con relación al gobierno. Sobre este último asunto volveremos más adelante.

## B. El gobierno como director de la política general y de la Administración

El presidente de la República se encarga de exponer y debatir ante el Congreso la política general del Gobierno (Const., 1993, art. 130), desde luego que dicha exposición no consistirá en una mera elucubración de ideales, debido a que, a la par, se faculta al gobierno a “dirigir” esa política gubernamental (Const., 1993, art. 118.3). Para explicar el poder de dirección política del gobierno, Pérez Royo recuerda que el Estado se fundó como un

instrumento para dirigir la sociedad, por lo que su dirección requiere de actuación política cuestión que, dentro del Estado, se atribuye al gobierno. En efecto, el autor señala que

[e]l Gobierno tiene que ser el intérprete político de la sociedad, que potencie con su liderazgo y acción los elementos positivos que hay en ella y elimine o reduzca el impacto de los elementos negativos. Y esto no es definible jurídicamente... [por lo que] la Constitución ... no puede añadir nada más. Lo único que puede hacer es concretar a lo largo del texto constitucional una serie de instrumentos de dirección política [...] (2007, p. 744).

Para esa dirección política, el gobierno debe contar entre sus instrumentos con un aparato administrativo (Const., 1993, art. 118.24), puesto que, como insiste Pérez Royo,

[o]bviamente, para poder cumplir esta función, el Gobierno tiene que disponer de un aparato administrativo que esté a la altura de las tareas en que una tal función se descompone... es el contrapeso de la dirección política, en la medida en que da estabilidad a la acción política del Gobierno (2007, p. 745).

Es decir, la dirección de la política general del gobierno incluye la dirección sobre las administraciones instrumentales.

Por su parte, García Morillo (1998, pp. 88-93) y Magide Herrero (2000, pp. 229-230), transitan otro camino para llegar a la misma conclusión: si es el gobierno es el responsable político de las actividades de las administraciones públicas que se integran a él, lo mínimo que puede exigirse para imputarle la conducta de aquellas, es que ahí el gobierno tenga ciertas potestades de dirección o de influencia<sup>11</sup>. En efecto, resulta difícil imputar responsabilidad política a quien no tiene ninguna clase de comando sobre la gestión que se cuestiona.

En ese sentido, el mandato constitucional según el cual el gobierno dirige y gestiona los servicios

<sup>10</sup> Debe recordarse que estamos refiriéndonos a lo que se conoce como administraciones derivadas de otra matriz. La cuales surgen con motivo de desconcentración o descentralización de competencias y que, por ese motivo, compartirán siempre los mismos fines públicos de su matriz. Sin embargo, existen otros entes con personalidad jurídica pública que no necesitan de esa adscripción a otro para ser parte del Estado; sino que son originarias en la medida que surgen de actos soberanos del constituyente y como tales gozan de autonomía en sus fines, como los OCA que venimos estudiando, los gobiernos regionales y locales (Const., 1993, arts. 191 y 194), las universidades públicas (Const., 1993, art. 18) o los colegios profesionales (Const., 1993, art. 20). Para mayor información, véase a Martínez López-Muñiz (1986, pp. 80-81).

<sup>11</sup> Por ejemplo, en la actualidad es claro que la política general del gobierno es enfocarse en la lucha contra la pandemia del COVID-19, de tal suerte que sus administraciones instrumentales (en especial los dedicados a los rubos de salud y economía) están orientadas a implementar distintas medidas para combatir o mermar los efectos sanitarios y económicos que genera la pandemia. Dicho aspecto no enerva, en definitiva, los posteriores controles políticos a los que se someterá el Poder Ejecutivo por la actuación de sus organismos en la implementación de las políticas de gobierno.

públicos (Const., 1993, art. 119) debe entenderse como una atribución genérica al gobierno de un poder de dirección y gestión de las administraciones públicas encargadas de satisfacer los servicios públicos. Es decir, el gobierno es responsable de todos los servicios vinculados con las actividades económicas de especial interés público y reconocido por el legislador por su carácter esencial para la comunidad, lo que impone su prestación continua, en condiciones de igualdad y bajo ciertos estándares mínimos de calidad (sentencia recaída en el Expediente 0034-2004-AI/TC, 2006, fundamento 40)<sup>12</sup>. Precisamente, para eso se fundan las administraciones públicas, puesto que, como resume Parejo Alfonso, “el fundamento y fin institucional de la Administración residen en la satisfacción de los intereses sociales generales” (1993, p. 98).

Por tanto, el Poder Ejecutivo cuenta con un entramado de administraciones instrumentales en los distintos sectores como la industria, la agricultura, el comercio, la energía, la pesca, la educación, el trabajo, la economía, entre otros, para favorecer la satisfacción de esos intereses generales de la comunidad. Además, el constituyente ha colocado al gobierno a la cabeza de ese entramado de Administraciones públicas (como director y gestor) como parte de su poder de dirección política.

### C. Tutela administrativa

Señalamos que los organismos desconcentrados y descentralizados están siempre adscritos a la organización administrativa de un sector público, lo que significa que están sujetos a cierto grado de control, influencia o tutelas del organismo regente del sector. La tutela es aquella competencia que posee una organización para colocarle en una posición de superioridad frente a otro en determinadas situaciones. Según la magnitud de tutela, podemos estar frente a un organismo desconcentrado o descentralizado, pero la tutela no se reduce a la relación entre ente rector e instrumental; sino que se puede dar incluso entre organismos un organismo desconcentrado o descentralizado, o entre organismos que pertenecen a distintos sectores públicos.

Ahora bien, Gallego Anabitarte precisa que puede existir la **tutela material** que usualmente se da frente a organismos desconcentrados y que supone el control de legalidad de las actuaciones de un organismo por otro ya sea para invalidarlo, revocarlo o confirmarlo; o incluso un control más político mediante el dictado discrecional de directrices, prohibiciones o autorizaciones (2001, p. 13). De otro lado, se encuentra la **tutela orgánica** que se identifica con la **jerarquía** y consiste en el control que ejerce un órgano superior frente a otro de menor rango, pero que forma parte de una misma organización, por lo que incluye también una **tutela material** (2001, pp. 61-62)<sup>13</sup>.

Estas tutelas definen el grado de dependencia u autonomía que tienen los organismos, y la administración central materializa su ejercicio por distintos medios. Por ejemplo, a través del **poder normativo**, en donde el gobierno dicta circulares o directivas internas que deberán cumplir los organismos desconcentrados, desde luego, dentro de los límites establecidos por el legislador. También suele contar con mecanismos de **control funcional** que les permitan revisar, anular o corregir las decisiones o actos adoptados por las administraciones. Incluso con mecanismos de **control personal** que le otorgarían discrecionalidad para designar funcionarios, en especial, en los más altos puestos de dirección de la administración pública. Todo esto, sin olvidar el **control financiero** que tiene que ver con la discrecionalidad del gobierno en la asignación del presupuesto<sup>14</sup>.

Estos elementos que permiten la dirección política y jurídica de la administración central respecto de sus organismos desconcentrados se ven mermados cuando se trata de organismos descentralizados, de modo que se solo existe una dirección matizada del gobierno, se trata de una tutela más débil.

En efecto, como ya advertimos, por más independencia que se dé a los organismos descentralizados, estos siempre estarán sujetos a una relación de tutela con la administración central, que permita evidenciar que forman parte o están adscritas a

<sup>12</sup> Un estudio más técnico del concepto aplicado en nuestro derecho puede verse en Huapaya Tapia (2015, pp. 368-397). Asimismo, el detalle de las distintas acepciones constitucionales del término servicios públicos, puede encontrarse en Ochoa Cardich (2013, pp. 105-119).

<sup>13</sup> Esta noción de tutela no es absoluta, puesto que autores como Muñoz Machado consideran que las tutelas se aplican solo a ciertos organismos con alta autonomía, por lo que se explica que

[l]a tutela es, por su contenido y carácter, una alternativa a los poderes jerárquicos, que confiere un poder de supervisión y control más matizado y debilitado, pero que permite a la entidad de la que dependen las unidades descentralizadas intervenir en la designación de sus órganos de dirección y participar en la planificación de las actividades del ente autónomo, así como, en su caso, controlar sus decisiones (2017, p. 67).

<sup>14</sup> Para mayor detalle sobre estos elementos que emplea el gobierno para la tutela, véanse a Magide Herrero (2000, pp. 83-120) y a García de Enterría y Fernández (2001, pp. 407-411).

esta última. De lo contrario, perderían el terreno constitucional en donde se enraízan sus funciones. Si fueran totalmente independientes del Poder Ejecutivo, entonces no serían parte de ningún cuerpo estatal constitucional, no tendrían ningún poder que emana del pueblo tal como manda la ley fundamental (Const., 1993, art. 45).

Según el diseño de las tutelas del gobierno, las administraciones instrumentales presentan una variedad de autonomías, lo que depende de los fines que tuvo la administración central o el legislador al crear los organismos desconcentrados o descentralizados. Así, en unos casos, habrá un marcado control funcional del gobierno, en otros tal control no existirá; en unas administraciones públicas la designación y retiro de personal directivo clave quedará a la entera discrecionalidad del gobierno, en otros dependerá de un proceso de selección objetivo, entre otros supuestos<sup>15</sup>.

No hay una fórmula única de entes desconcentrados y descentralizados, sino que cada institución tiene estos distintos niveles de tutela. De tal forma, según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158, 2007) y el Decreto Supremo que actualiza la calificación y relación de los Organismos Públicos (Decreto Supremo 058-2011-PCM, 2011) existen los siguientes organismos:

- a) **Organismos públicos ejecutores:** Son creados por ley y cuentan con una administración propia debido a la magnitud de sus operaciones dedicadas a la prestación de servicios específicos. Sin embargo, sus lineamientos técnicos, políticas y personal, se encuentran en una relación de dependencia respecto del gobierno (Ley 29158, 2007, artículos 28, 29 y 30), como la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, el Instituto Nacional de Defensa Civil, el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal, la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, entre otros.
- b) **Organismos públicos especializados:** Son creados por ley, pero con independencia para ejercer sus funciones, de modo que solo están adscritos a un ministerio (Ley 29158, 2007, artículos 28, 29 y 32).

En ese sentido, se subdividen en dos puntos.

Por una parte, los **organismos reguladores**, dedicados a ámbitos especializados de regulación de mercados o de mercados no regulados, para asegurar su cobertura na-

cional. Tienen autonomía para definir sus lineamientos técnicos, objetivos, estrategias. En efecto, se rige por un Consejo Directivo designado por el gobierno mediante concurso público, que solo puede ser removido por falta grave e incompetencia manifiesta (Ley 29158, 2007, artículo 32). Por ejemplo, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

Por otra parte, los **organismos técnicos especializados**, los cuales planifican, supervisan, ejecutan o controlan políticas multisectoriales o intergubernamentales del Estado, por lo que requieren un alto grado de independencia funcional. Asimismo, atienden derechos a los particulares, ya sea para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas. Se sujetan a los lineamientos técnicos del sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias (Ley 29158, 2007, artículo 33). Por ejemplo, la Autoridad Nacional del Agua, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, el Organismo Superior de Contrataciones con el Estado, el Instituto del Mar del Perú, el Servicio Nacional de Áreas Protegidas, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el Indecopi, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, la Autoridad Nacional de Servicio Civil, entre otros.

Dependiendo de sus leyes de creación y de las relaciones de tutela, algunos de los organismos mencionados pueden ser organismos desconcentrados y otros organismos descentralizados.

En otro rubro se encuentran los distintos órganos a que hace referencia la ley 29158 y que tienen una relación de tutela orgánica con la administración central. De un lado, están las comisiones que son órganos encargados del seguimiento, fiscalización, propuesta o emisión de informes, que para el gobierno no poseen personería jurídica propia y están integradas a una entidad pública de la cual dependen. De otro lado, se encuentran los programas que son estructuras funcionales creadas para atender situaciones críticas, implementar políticas específicas de la entidad a la que pertenecen. Por último, se encuentran los proyectos especiales que son un conjunto de actividades destinados a aten-

<sup>15</sup> Compárese con Santamaría Pastor (2002, pp. 419-433) y Gallego Anabitarte (1990, pp. 7-ss.).

der actividades de carácter temporal (Ley 29158, 2007, artículos 35, 36, 37 y 38).

#### D. El Indecopi como administración instrumental

Lo anterior nos permite comprender de qué manera el Indecopi forma parte de ese entramado de variedades de administración pública. En un inicio, el Indecopi fue creado por el Decreto Ley 25868 como un “organismo dependiente” del MINCETUR, pero con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Y sin autonomía funcional o de personal. Este aspecto significaba que debía soportar una fuerte tutela administrativa del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, en cuanto al personal directivo clave, el MINCETUR designaba al presidente del directorio y a dos miembros de este, mientras que el otro miembro lo designaba el Ministerio de Economía y Finanzas (Decreto Ley 25868, 1992, arts. 4 y 5). Asimismo, en lo referido a las funciones, el directorio del Indecopi definía las políticas y directivas de administración, así como la creación de gerencias. También designada a los miembros de las comisiones, de sus Tribunales y a sus secretarios técnicos (Decreto Ley 25868, 1992, arts. 4 y 11) e incluso el directorio tenía libertad para remover a los miembros del Tribunal invocando solamente la pérdida de confianza (Decreto Ley 25868, 1992, art. 15)<sup>16</sup>.

Es decir, en sus inicios el Indecopi fue un organismo desconcentrado del gobierno, con varios espacios de autonomía, pero sin autonomía política para fijar normas o directivas internas y sin autonomía de personal para nombrar y mantener a sus funcionarios clave. Sin embargo, se le concedió otras autonomías funcionales relevantes como la autonomía técnica que le aseguró la no revisión de sus decisiones por el gobierno. En otras palabras, se le otorgó competencia exclusiva para resolver las causas, de modo que sus resoluciones solo fueran revisables en la vía judicial.

Ahora, el 3 de febrero de 1998, se publicó la Ley 26923, que la calificó como organismo descentralizado y adscrito a la PCM. Sin embargo, sin una modificación de las tutelas impuestas, eso solo podía significar un cambio en la entidad que ejercerá

la influencia indirecta del gobierno sobre Indecopi. Unos meses después, el Decreto de Urgencia 025-98 la haría retornar a los fueros del MINCETUR. Asimismo, el 16 de mayo de 1999, la Ley 27111 volvió a calificar al Indecopi como organismo descentralizado, pero solo para ratificar que volvió a los fueros del MINCETUR bajo la forma de adscripción, sin ningún cambio adicional.

En este periodo el Indecopi fue un organismo descentralizado sometido a una intensa tutela del ejecutivo. Sin embargo, se caracterizó por su especialización y autonomía técnica, garantizada con la falta de revisión de sus decisiones.

#### E. Fines y modelo del Indecopi

El Decreto Legislativo 1033 convirtió al Indecopi en un organismo descentralizado más autónomo, con características lo permiten actualmente calificarlo como una administración independiente por su innegable autonomía funcional frente al gobierno en el ejercicio de sus competencias y con tutelas reducidas, a veces inexistente, en otros aspectos por parte de la administración central. Todo esto para asegurar la neutralidad de sus decisiones, sin influencias políticas y con un sustento objetivo o técnico. Sin embargo, el hecho de que sea una administración independiente no significa que haya dejado de ser un organismo instrumental, sino que sigue adscrito al Poder Ejecutivo.

El proyecto normativo comentado en el presente artículo no señala los fines que persigue el Indecopi, por lo que solo podría ser deducido de sus funciones. A diferencia de la norma actual, el proyecto no considera entre sus funciones a la protección del crédito mediante un sistema concursal, lo que puede ser indicativo de los fines que se busca asignarle.

Ahora bien, las funciones –algunas de manera evidente y otras de forma más tangencial– pueden ser vistas como potestades que tienen como finalidad promover políticas que favorezcan al consumidor y a la competencia. Así, la eliminación de barreras burocráticas permitirá el acceso al mercado de nuevos competidores y, por ende, de mayores ofertas a los consumidores. Además, lo propio pasará con la defensa de la competencia que favo-

<sup>16</sup> Cabe señalar que, tal regulación se dictó bajo el marco jurídico de la Ley del Poder Ejecutivo que otorgaba al presidente de la República la facultad para designar a los titulares de los organismos públicos descentralizados (Decreto Legislativo 560, 1990, art. 2.8) y se otorgó a los Ministerios la potestad de

dictar las normas sectoriales de alcance nacional en los asuntos de su competencia y prestar, a través de los organismos públicos descentralizados [...] bienes y servicios sectoriales; así como supervisar y evaluar la ejecución de las políticas sectoriales. Tienen a su cargo la supervisión y control de las instituciones públicas descentralizadas que conforman el Sector correspondiente (Decreto Legislativo 560, 1990, art. 19).

Es decir, se otorgaba tutela política (a través del dictado de normas) al Gobierno, e incluso la facultad de supervisión sobre las acciones de los organismos descentralizados.

recerá la adecuada concurrencia de actores en el mercado en beneficio de los consumidores, mientras que la protección de la propiedad intelectual protegerá no solo a los titulares de la marca o derechos de autor, sino a los consumidores que confían en la adquisiciones de bienes y servicios de sus creadores. Finalmente, la eliminación de barreras comerciales no arancelarias supone la adopción de medidas para que actores externos no ingresen al mercado nacional con ventajas indebidas, en perjuicio de una competencia equitativa.

Esta concurrencia de políticas en un solo organismo ha generado dudas en los debates de la OCDE. Las mismas que parecen despejadas por el Ergas y Fels, quienes señalan lo siguiente:

La política de competencia tiene como objetivo proteger y, cuando sea apropiado y eficiente, ampliar la gama de opciones disponibles para los consumidores. Al mismo tiempo, la política del consumidor busca proteger, y cuando sea apropiado mejorar, la calidad de esa elección, y asegurar que los consumidores puedan ejercer su elección de manera efectiva y con confianza en la equidad e integridad de los procesos del mercado [...]. el riesgo de desplazamiento que pesa sobre las empresas en mercados efectivamente competitivos crea incentivos para que esas empresas desarrollen y protejan una reputación de proveedores de buena calidad, ya que esto les permite asegurar la repetición de negocios y reducir los costos de comercialización. Esto reduce la carga que de otro modo recaería sobre la política del consumidor en términos de hacer cumplir los estándares de productos y servicios, ya que las empresas tendrán sus propios incentivos para cumplir y superar las expectativas de los clientes (2008, pp. 18-19).

Este aspecto indicaría que el óptimo constitucional exige que un solo organismo reúna la promoción de la defensa del consumidor y de la competencia, tal como se deriva del proyecto de convertir al Indecopi en un OCA.

No obstante, ya sea como un futuro OCA o como actual organismo público descentralizado, la re-

unión de muchas funciones en el Indecopi hace difícil identificarlo solo con el modelo agencia de competencia; ya que tiene algunos atributos propios de un organismo regulador. En ese sentido, Bullard González resalta que el propósito de ambas es garantizar adecuadas condiciones de competencia en favor de los consumidores, pero los organismos reguladores toman medidas *ex ante* para evitar previsibles defectos en la competencia de determinados mercados (2006, pp. 901-921). Asimismo, establecen medidas para asegurarse de que pase aquello que estiman ocurriría en adecuadas condiciones competencia, como fijar precios, calidades, condiciones de contratación, información a los usuarios, entre otros. En cambio, las agencias de competencia actúan *ex post*, ante las distorsiones que efectivamente ocurren. De este modo, no fijarán precios, pero velarán que no se distorsionen mediante acuerdos entre competidores. No precisarán la calidad de los productos, pero evaluarán si resultaron o no ser idóneos a los fines para los cuales fueron adquiridos. No precisarán estándares de información, pero analizarán si aquella fue adecuada para tomar una decisión informada.

El Indecopi, principalmente, sigue el modelo de una agencia de competencia, pero en temas de propiedad intelectual parece actuar como un organismo regulador. Podría decirse que procede *ex ante* al registrar marcas y derechos de autor puesto que su jurisprudencia fija reglas para la registrabilidad de tales derechos. Ello brinda previsibilidad y evita la generación de asimetrías de información en los mercados. Sin embargo, esta entidad también actúa con carácter *ex post* para atender eventuales disputas sobre estas titularidades<sup>17</sup>.

En todo caso, esas funciones *ex ante* en propiedad intelectual se asemejan mucho más a las de un registrador que a las de un regulador<sup>18</sup>. Hace un tiempo era indudable que el Indecopi actuaba como regulador y agencia en asuntos de metrología debido a que no solo fijaba las reglas de actuación en ese sector, sino que inclusive fiscalizaba su cumplimiento. Dicha competencia corresponde actualmente al Instituto Nacional de Calidad.

<sup>17</sup> En distintos países se fusionan agencia de competencia y organismos reguladores, lo que fue analizado por la OCDE en diciembre de 2014 y junio de 2015. Ahora, los profesores Kovacic y Fels (2016, pp. 4-5) resumen los debates generados y resaltan que tal fusión puede ser beneficiosa; puesto que la información económica de la agencia puede favorecer las funciones de regulación, aunque eso también se podría lograr con sistemas de cooperación de datos entre organismos distintos. Sin embargo, estiman que la principal ventaja de esa fusión de competencias es que evitaría que el regulador no se enfoque solo en un sector del mercado, que tenga menos contacto con dicho sector y se reduzcan las posibilidades de captura del regulador. En efecto, debido a la preponderante posición como agente de competencia que tiene el Indecopi, no puede decirse que tenga estos problemas.

<sup>18</sup> Cabe resaltar que, en el sector de telecomunicaciones, el Osiptel actúa tanto como agencia de competencia como regulador. Dicho ámbito que se encuentra excluido de las competencias del Indecopi.

#### IV. INDECOPI COMO ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE

##### A. Fundamento de las administraciones independientes

Magide Herrero define a las administraciones independientes como organismos con funciones propias y activas sobre los particulares. Asimismo, tienen una configuración jurídica de tal tipo que evita facultades de dirección o de intervención política del gobierno, lo que asegura la emisión de decisiones técnicas y neutrales (2000, p. 33). Precisamente, las administraciones independientes de Estados Unidos, Francia, Inglaterra y Alemania surgieron por la concurrencia de factores como desconfianza en las decisiones del gobierno, necesidad de respuestas técnicas y no políticas en sectores sensibles o estrategia del legislador para restar poderes al gobierno<sup>19</sup>.

Sin embargo, Salvador Martínez señala que en esos países lo usual fue que la creación de esos entes se justifique en la neutralidad política, despolitización o imparcialidad política, por lo que

obedece a la necesidad de que ciertas funciones se ejerzan al margen de la mucha de partidos, es decir, la necesidad de alejar determinadas actividades y decisiones del ámbito de influencia de los partidos, y más concretamente de los órganos del Estado en los que tiene lugar la lucha política (2002, p. 344).

En la construcción dogmática, la doctrina suele remitirse a los estudios de Schmitt<sup>20</sup> para justificar la necesidad de neutralidad técnica de ciertos entes (1983, p.180). Este autor señalaba que algunos organismos son creados, precisamente, para ser ajenos al pluralismo político, para funcionar solo como peritos financieros, económicos o administrativos. Sin embargo, agregaba que esa sola condición de organismos técnicos no los haría ajenos a influencias políticas, puesto que el peso de sus argumentos y no sería suficiente para vencer la influencia o la resistencia de fuertes intereses políticos (Schmitt, 1983). En este sentido, la sola condición de administración no asegura la neutralidad requerida; sino que, al contrario, haría manipulable a esta entidad como arma política, bajo el ropaje de tecnicidad. Dichos peligros del plura-

lismo político, concluía Schmitt, deben combatirse mediante un proceso de autonomización y despolitización de tales organizaciones técnicas (1983)<sup>21</sup>.

Dicho aspecto llevó a concluir que se necesitan administraciones ajenas al juego de fuerzas políticas en ciertos rubros que exigen respuestas técnicas antes que políticas. No obstante, se estimó conveniente crear organismos altamente despolitizados o con muy pocas posibilidades de ser influenciadas políticamente, que es lo que se espera, por ejemplo, con la creación de organismos descentralizados con altos niveles de independencia.

Eso ocurre con los organismos reguladores como Osiptel, Ositrán, Osinergmin y Sunass que atienden y resuelven cuestiones técnicas vinculadas a los servicios públicos, su supervisión, regulación o sanción. Para esa tecnicidad en los sectores de telecomunicaciones, infraestructura, energía, minería o de agua (de forma respectiva) el legislador consideró que la mejor opción política era asignar aquellas competencias a organismos con altos niveles de independencia respecto del gobierno central, a pesar de que seguían integrados a este. Por similares razones, se establecieron un moderado nivel de tutelas del gobierno sobre el Indecopi, asegurándole así una mayor independencia en los asuntos de su competencia que tienen un alto corte técnico.

Ahora, en este punto se debe evitarse confusiones. La creación de administraciones independientes se debe a la necesidad de asegurar organismos necesariamente técnicos y despolitizados, pero ése no es el elemento que los identifica; sino que es sólo la razón política que usa el legislador para su creación. En efecto, únicamente sabremos si estamos ante administración independiente luego de revisar las tutelas a las que se encuentra sometida y el nivel de independencia que le dejan.

Si las administraciones independientes se diferenciaron únicamente en la necesidad de respuestas técnicas en algunos sectores, entonces cabría esperar que otros muchos rubros de la Administración pública sean también administraciones independientes. Por ejemplo, en las tasaciones del Ministerio de Vivienda para la expropiación de predios se esperan criterios técnicos de valoración antes que políticos. Del mismo modo, en el di-

<sup>19</sup> Compárese con Betancor Rodríguez (1994), Salvador Martínez (2002) y Parada Vázquez (2014, pp. 342-356).

<sup>20</sup> En ese sentido, para mayor información, véase a Sala Arquer, (1984) y a Magide Herrero (2000, p. 126).

<sup>21</sup> En sentido crítico, Rallo Lombarte señala que nada garantiza que el experto actuará efectivamente con neutralidad, alejado de sus propias inclinaciones políticas o que ciertas administraciones requieran con mayor urgencia una estructura despolitizada porque deben ser más neutrales que otras organizaciones en virtud de la función que desempeñan (1995, pp. 132-ss.).

seño del currículo nacional escolar se espera el uso de criterios pedagógicos y no de criterios políticos del Ministerio de Educación. Sin embargo, eso no ha exigido que tales sean atendidos por la administración independiente, ni siquiera por organismos descentralizados; sino por el mismo gobierno, por sus ministerios<sup>22</sup>.

Por tanto, los motivos técnicos o de despolitización para instaurar administraciones independientes son sólo la causa política para su creación, no pueden ser elevados como criterios para su identificación. Hay un amplio espectro, en donde se exige, se valora y espera respuestas técnicas y no políticas de la administración pública; lo que no basta para instaurarlas como administración independiente.

## B. Garantías del Indecopi como administración independiente

Saber si un organismo tiene la cualidad de administración independiente pasa por evaluar la intensidad de las tutelas a las que está sometido y, en especial, los niveles de su **autonomía orgánica, funcional, personal y financiera**<sup>23</sup>. Esa es la línea que busca seguir el artículo 1 del Decreto Legislativo 1033 al disponer que el Indecopi es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) y con autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Ahora, no debemos olvidar, como advierte Betancor Rodríguez, que las administraciones independientes cuentan con esa autonomía para neutralizar políticamente a su matriz u otras influencias, sin llegar a erigirse en otro poder ajeno a aquélla (1994, p. 188).

**Indecopi tiene autonomía orgánica**, puesto que sus competencias son definidas en una norma con rango de ley (Decreto Legislativo 1033, 2008), de modo que la PCM no puede mermar, ni afectar sus

atributos. Si bien la reglamentación de esas potestades sigue en cabeza del Gobierno, aquel no podrá ejercerlas desnaturalizando la ley (Const., 1993, art. 118.8) e incluso el Indecopi podrá dictar directivas que regulen su funcionamiento (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 5, literal k). Además, Indecopi cuenta con personalidad jurídica propia y distinta de su matriz, lo que permite asumir derechos y deberes por sí mismo (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 1).

**Indecopi cuenta con autonomía funcional**, puesto que el gobierno carece de elementos para dirigir el desempeño de sus competencias, no puede dictarle órdenes sobre cómo o cuándo atender determinado asunto. Asimismo, tampoco puede establecer directivas u objetivos a seguir por el Indecopi. Se podría decir que esta es la principal nota característica de las administraciones independientes que, en el caso de Indecopi, se ve reforzada porque sus competencias son exclusivas; ya que las decisiones de sus órganos solo pueden ser revisadas por los órganos superiores del mismo Indecopi y, luego de agotada la vía administrativa, por un Juez (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 18). En suma, Indecopi no depende de las opiniones, criterios o directivas provenientes de otros organismos ajenos a él.

**Indecopi tiene autonomía financiera**, debido a que se mantiene con sus propios recursos provenientes de tasas, multas y la cooperación internacional (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 52). Este aspecto constituye una gran cualidad y una de las principales características de la OCDE. De hecho, con motivo de una visita al Perú, Jenny resaltó que uno de los principales problemas de independencia se da por el hecho de que otro organismo defina los ingresos de la agencia de competencia, dado que eso condiciona muchas veces sus acciones (2019, p. 22). Inclusive, resaltó la conveniencia de recurrir a mecanismos de autofinanciamiento para obtener capital sin tener que negociar los re-

<sup>22</sup> En efecto, en contra de lo que sostienen algunos autores, la vinculación con ciertos servicios esenciales o incluso con la defensa de derechos fundamentales, no puede ser la nota identificadora de las administraciones independientes; debido a que hay otras dependencias estatales que también prestan servicios esenciales a los ciudadanos o que protegen sus derechos (como vivienda, educación, salud, etc.) y no por eso se convierten en administraciones independientes. Una cuestión similar advierte Rallo Lombarte, quien niega la utilidad técnica de esa postura; puesto que permitiría ampliar sin mayor sustento las Administraciones exentas de dirección política del gobierno (1995: 129-130). En efecto, advierte que [c]ualquier precepto constitucional habilitaría al legislador a crear Administraciones independientes hoy inimaginables, que gestionen no importa qué ámbito público... Un sinfín de ámbitos de gestión pública serían susceptibles de autonomización [independización] y, con ello, el ejercicio de la función directiva del gobierno sí que sufriría un debilitamiento tal que resquebrajaría las estructuras del edificio constitucional democrático (Sala Arquer, 1984, p. 402).

Ahora, de forma paradójica, se propone el criterio técnico como nota diferenciadora, puesto que se señala que es necesario un filtro adecuado que identifique bien el fundamento de las administraciones independientes; debido a que, de lo contrario, corremos el riesgo de convertir a ese instituto "en una especie de cajón de sastre, en el que se da entrada a una abigarrada tipología de entes, cuya supuesta independencia obedece a motivos esencialmente diversos" (Sala Arquer, 1984, p. 402).

<sup>23</sup> Confróntense con Magide Herrero (2000, pp. 83-120) y Salvador Martínez (2002, pp. 358-372).

cursos (Jenny, 2019). De tal forma pasa en Turquía e Italia, donde existe un impuesto por el ingreso de nuevas empresas al mercado; o en Portugal, donde los recursos provienen de un impuesto derivado de los ingresos que perciben las entidades reguladoras sectoriales.

### Indecopi tiene una débil autonomía personal.

Algunas administraciones independientes son protegidas mediante una restricción de la discrecionalidad del gobierno en la designación de sus principales funcionarios. Por ejemplo, en el caso de los organismos reguladores o en los organismos técnicos especializados, el gobierno solo puede designar a candidatos que cumplan el perfil establecido por el legislador, debe realizar un proceso de selección de candidatos, o elegir entre los candidatos recomendados por el gobierno, o se impone que tales organismos sean dirigidos por cuerpos colegiados (directorios) y no por un solo funcionario designado por el gobierno.

No obstante, para el caso del Indecopi las cosas son algo distintas. El gobierno mantiene un alto nivel de tutela en la designación de cargos claves, puesto que dos miembros del directorio son designados por la PCM, uno por el MEF, uno por el MINCETUR, y otro por el Ministerio de la Producción. En cuanto al presidente del Indecopi (que, a su vez, preside el directorio), aquel funcionario es elegido por el Presidente de la República entre una lista de candidatos propuestos por la PCM (Decre-

to Legislativo 1033, 2008, arts. 4 y 7)<sup>24</sup>. Aquel tiene como funciones principales proponer a la PCM los vocales de las Salas de los Tribunales del Indecopi, designar a los miembros de las Comisiones, designar o remover al Secretario General y expedir las directivas administrativas de funcionamiento (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 5).

Aunque aquella tutela se modera al advertirse que el personal directivo y los vocales de las Salas ostentan el cargo por cinco años, por lo que no dependen de la permanencia del gobierno. En efecto, solo pueden ser vacados por motivos objetivos como fallecimiento, incapacidad permanente, renuncia, impedimento legal sobreviniente, falta grave o inasistencias injustificadas (Decreto Legislativo 1033, 2008, arts. 6.3 y 13.6).

Al respecto, el actual presidente del Comité de Competencia de la OCDE advierte que esa regulación del Indecopi no cumple con los estándares internacionales al señalar lo siguiente:

La estructura realmente, a rasgos simplificados, es que un ministerio de autoridades designa a los miembros del Consejo Directivo y luego, es el Consejo Directivo el que designa a los comisionados, a los tribunales de vocales y al personal. Entonces, este proceso no es completamente transparente, de pies a cabeza. Por ejemplo ¿quién es seleccionado para ser un candidato? ¿Quién es elegido? Por lo que hay

<sup>24</sup> Existen ciertas objeciones a la constitucionalidad de las administraciones independientes. En ese sentido, Parada Vázquez hace la siguiente crítica a su creación:

[L]a autolimitación de los poderes de dirección de gobierno sobre la Administración y los servicios públicos... no puede excusarse o justificarse en que sus poderes y responsabilidades se trasladan a otro de los poderes del Estado, el legislativo, pues eso sería incurrir en otro motivo de inconstitucionalidad, dada la incapacidad del poder legislativo para asumir la gestión o cualquier tipo de responsabilidad en la gestión de los servicios públicos (2014, p. 374).

Mientras que García Llovet señala que

(i) El legislador no está facultado para disponer de las competencias constitucionalmente atribuidas a otro órgano o poder constitucional; no puede, por tanto, privar al Gobierno de la potestad de dirección sobre la Administración Pública que tiene reconocida [...] (i) La voluntad del Gobierno de neutralizar una parte del aparato administrativo, con la colaboración del Parlamento mediante el instrumento formal de la ley, es igualmente irrelevante; el Gobierno no puede, sin fraude del texto constitucional, eximirse de la responsabilidad que los poderes de dirección tienen implícitos [...] (1993, p. 117).

No obstante, las administraciones independientes no están exentas de toda dirección política del Gobierno, el cual conserva ciertas tutelas moderadas. Su influencia se da principalmente en el plano personal, puesto que el Gobierno conserva la potestad de designar al presidente de las administraciones independientes que no tienen discrecionalidad en su gestión y son parte de un directorio (también designado por el Gobierno) que decide de manera colegiada. Asimismo, el Gobierno no puede cesar libremente al presidente o a los miembros del directorio, cuyos cargos están fijados en plazos legales. En suma, existe un débil nivel de dirección política del Gobierno sobre las administraciones independientes, pero suficiente para salvar los cuestionamientos como el de Parada Vázquez y García Llovet. En efecto, es que la instauración de esas organizaciones sí respeta el mandato constitucional de que el gobierno ejerza el control político de ellas; puesto que la Constitución no ordena un alto, medio o bajo nivel de dirección política sobre la administración pública, solo exige que tal tutela exista. Este aspecto también permite superar los cuestionamientos de García Morillo y Magide Herrero, puesto que si no hubiera ninguna influencia en la administración pública, no cabría imputar al gobierno responsabilidad política por la gestión de ella. Por ello, siguiendo el actual diseño de las administraciones independientes el Congreso sí podría imputar al Gobierno responsabilidad política sobre su gestión. Desde luego, si el Congreso redujo el poder de dirección política del Gobierno sobre las administraciones independientes, después no podría cuestionar la falta de dirección política de este último como si se tratase de una administración tradicional. Al contrario, deberá mermar o adecuar su nivel de control político a las circunstancias que rigen a ese nuevo tipo de organizaciones y que el mismo Congreso creó (López Ramón, 1991, p. 193; Betancor Rodríguez, 1994, p. 271).



un problema presente acerca de la transparencia de la institución para pueda ser garantizada por el hecho, por ejemplo, de que vaya a haber un proceso más formal de solicitudes con, probablemente, ciertos criterios requeridos para ser comisionado o para ser un miembro del tribunal o para ser un miembro de la comisión (Jenny, 2019, p. 17).

No cuestiona la independencia del Indecopi, sino que solo resalta que no se ajusta a los estándares de la OCDE. En efecto, Jenny hizo un estudio comparado sobre el adecuado nivel de independencia de las distintas agencias de competencia de la OCDE y advertía que mientras más independencia estructural u operativa tengan tales agencias, es menos probable que sean pasibles de presiones. Agrega que algunas normas pueden dar espacio a influencias del Poder Ejecutivo que, si bien no serían eficaces en la práctica, podrían ocultar manipulaciones difíciles de detectar. Por lo que estima que es particularmente importante que las autoridades de competencia estén lo más protegidas posible frente a esos riesgos de captura por parte del gobierno o de intereses comerciales. Aunque eso no garantiza la independencia, señala que sí limita los riesgos de que metas ilegítimas interfieran en sus procesos, por lo que considera que la situación en donde la autoridad de competencia forma parte de un departamento ministerial es poco compatible con el requisito de independencia. Ahora bien, más coherente con la necesidad de garantizar la independencia de la autoridad de competencia, sería la situación en la que la agencia de competencia es un organismo administrativo que está fuera de la estructura ministerial (2016, pp. 28-34).

Finalmente, Jenny pone como el ejemplo el caso de México que para asegurar la independencia requerida estableció dos agencias con autonomía constitucional que sustituyeron a otros organismos que eran parte del Poder Ejecutivo y a las cuales, además, les fueron otorgadas garantías adicionales como las facultades de dictar normas de organización administrativa y reglamentos de ejecución, así como de interponer demandas de constitucionalidad contra normas que vulneren sus competencias. Por su parte, el modelo chileno es bastante peculiar, puesto que para asegurar mayor independencia establecen una fiscalía especializada que se encarga de los temas competencia directamente ante el Poder Judicial (Jenny, 2019). Esto puede indicar que el proyecto del Indecopi que propone una autonomía constitucional se inspira en parte en el modelo mexicano, sumado a un proceso de selección objetiva de sus funcionarios.

En este punto podemos concluir que el Indecopi es, sin duda, una administración independiente,

que tiene garantías para su operación autónoma; pero que no deja de estar sujeto a tuteladas del gobierno en el aspecto del personal. Sin embargo, esa condición legal es insuficiente o inadecuada, si el Perú insiste en postular a la OCDE. El siguiente paso para la autonomía requerida es que el Indecopi obtenga la condición de OCA, lo cual es precisamente lo que el proyecto en comentario propone.

## V. EL INDECOPI COMO OCA

### A. Justificación del constituyente para la creación de un OCA

Anteriormente, se hizo el recuento de los OCA y se advirtió que la necesidad de independencia era la justificación política que subyace en sus fundamentos. Sin embargo, según Schmitt, la neutralidad puede tener distintas acepciones. Algunas veces estamos ante una **neutralidad en un sentido negativo, como la ajenidad de influencias políticas**, para lo cual el Estado se abstiene de intervenir en ciertos espacios (por ejemplo, cuando se ejercen libertades o se forma ciertas voluntades políticas) o actúa como un instrumento técnico, sin importar si es requerido por amigos o adversarios. Sin embargo, también puede usarse la **neutralidad en un sentido positivo, como garantía de decisiones objetivas** (ya sea porque la decisión se sustenta en normas, criterios técnicos, el beneficio común o unificado) (Schmitt, 1982, pp. 183-187).

Es posible, de forma evidente, que una **versión combinada de neutralidad** sea aplicable en espacios liberados de influencias políticas con el propósito de asegurar decisiones objetivas. Dicha **neutralidad combinada** es la que se aplica a la mayoría de los OCA, puesto que han adquirido su autonomía para evitar ser influenciados o dirigidos políticamente por el Gobierno (o el Congreso) y asegurar así decisiones objetivas basadas en normas prediseñadas. Ese es el caso de la CGR, la JNJ, el MP, TC y Defensoría, que consagran su autonomía para evitar que el sujeto de la investigación pueda influir en los órganos que los investigan, lo que atentaría contra un contenido mínimo de justicia y, por ende, puedan emitir decisiones o dictámenes objetivos.

Un extremo de las funciones del JNJ, ONPE y RENIEC exige una **neutralidad en un sentido negativo**, para impedir toda perturbación del ejercicio de sufragio universal. Otra parte de sus funciones requiere **neutralidad en un sentido positivo** para resolver con objetividad las impugnaciones o cuestionamientos que puedan formular las distintas fuerzas políticas contra distintos elementos y etapas del proceso electoral. Aquí también hay

una exigencia mínima de justicia que indica que el candidato (o sus allegados políticos) no debe tener injerencia sobre el órgano que lleva adelante su elección.

Finalmente, el BCR y la SBS necesitan de una **neutralidad combinada** para su adecuado funcionamiento, debido a que requieren de la abstención de las influencias políticas para poder adoptar decisiones objetivas, basadas en criterios técnicos de economía. En estos casos, el contenido de justicia que subyace en la autonomía de estas entidades está en la necesidad de asegurar la razonabilidad de decisiones sobre asuntos económicos, con criterios también económicos (más aún si se considera que la magnitud de posibles yerros, agraviarían a toda la sociedad).

A dicha neutralidad debe sumarse la **trascendencia constitucional** y social de los asuntos que atienden. Por ejemplo, la CGR se encarga de la defensa de la legalidad en el uso del presupuesto del Estado (Const., 1993, arts. 77 y 82); la JNJ busca asegurar la independencia de los jueces y del Poder Judicial (Const., 1993, arts. 139.2 y 150); el MP defiende la legalidad de las actuaciones públicas y privadas (Const., 1993, arts. 45 y 159.1) e independencia del Poder Judicial (Const., 1993, arts. 139.2 y 159.2); el TC es el garante de la supremacía constitucional (Const., 1993, arts. 51 y 201); la Defensoría se encarga de defender los derechos fundamentales (Const., 1993, arts. 1, 2, 3 y 162); y el JNJ, el ONPE y el RENIEC buscan asegurar la forma democrática del gobierno (Const., 1993, arts. 3, 43 y 176).

Ahora bien, en el caso del BCR y la SBS la cuestión es más controvertida porque se encargan de asuntos que no tienen un directo reconocimiento constitucional, pero debido a su trascendencia económica, tiene suma importancia en la conciencia de la población peruana. Su inclusión como OCA se sustenta principalmente en la necesidad de neutralidad de las decisiones en los sectores en donde se desempeñan. En todo caso, la SBS y el BCR se vinculan con mandatos constitucionales genéricos que ordenan promover condiciones para el progreso social y económico (Const., 1993, art. 23), para lo cual protegen el ahorro público como parte del derecho de propiedad (Const., 1993, arts. 70 y 84); y que procuran mantener las condiciones económicas para estimular la creación de riqueza, libertad de trabajo y libertad de empresa, comercio e industria (Const., 1993, arts. 59 y 89).

En conclusión, la justificación política para crear un OCA consiste en la **necesidad de asegurar decisiones neutras, ajenas a la influencia política**

**de otros poderes estatales, en asuntos que impactan en espacios con reconocimiento constitucional.** Sin embargo, la necesidad de **neutralidad** y de **trascendencia constitucional** no son los únicos elementos identificadores de los OCA, puesto que similar necesidad de neutralidad se puede predicar de variopintas organizaciones administrativas que también atienden asuntos con trascendencia constitucional directa. Piénsese, por ejemplo, en la Oficina de Normalización Previsional (en materia de pensiones), el Seguro Social de Salud (en materia de salud), o el Programa Nacional de Becas y Créditos (en materia de educación), entre otros que, debido a la necesidad de que se mantengan neutrales y a los asuntos constitucionales que atienden, cumplirían con esos requisitos materiales.

Por dichos motivos, además de estos elementos constitucionales infaltables, se necesita de un **elemento formal**, la inclusión en el texto constitucional para adquirir la condición de OCA; y de un **elemento político**, que justifique esa necesidad de otorgar autonomía constitucional (requisito que también podría concurrir en este caso debido a la necesidad de que el Estado peruano cumpla con los estándares internacionales que establece la OCDE para las agencias de competencia).

## B. La postura del Tribunal Constitucional

Este ejercicio teórico de interpretación tiene como propósito comprender mejor la respuesta que dio el TC a un proceso de inconstitucionalidad en donde se discutía la inclusión del Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana como posible OCA; debido a que habría sido reconocido como tal por el artículo 120 de la Constitución de 1979, pero obviado en la actual Constitución de 1993.

Para ello, la sentencia recaída en el Expediente 0020-2008-AI/TC (2008, fundamentos 4 a 6) tuvo que precisar cuáles son las condiciones materiales que deben concurrir para reconocer la condición de organismo constitucional:

- a) **Necesidad**, lo que implica que el órgano de que se trate sea un elemento necesario del ordenamiento jurídico, al punto que su ausencia determinaría una paralización de las actividades estatales (aunque sea parcialmente) o produciría una ilegítima transformación de la estructura del Estado. Este elemento también implica que el órgano debe ser insustituible, en el sentido de que sus tareas sólo pueden ser realizadas por éste y no por otros órganos constitucionales.
- b) **Inmediatez**, lo que significa que un órgano para ser constitucional debe recibir de la

Constitución de manera inmediata y directa sus atribuciones fundamentales que lo hagan reconocible como un órgano que se engarza coordinadamente en la estructura estatal, bajo el sistema de frenos y contrapesos, propio de una concepción contemporánea del principio de división del poder (Const., 1993, art. 43).

- c) **Paridad e independencia** respecto de otros órganos constitucionales. Este aspecto quiere decir que un órgano constitucional para ser tal debe tener, por mandato constitucional, autonomía e independencia, de modo tal que no sea un órgano **autárquico** ni tampoco un órgano subordinado a los demás órganos constitucionales e inclusive a los poderes del Estado.

Ahora, vemos que la creación de OCA se sustenta en criterios mínimos de **neutralidad** y justicia que obligan a separar funciones constitucionales, de modo que, por ejemplo, una misma entidad no reúna la condición de juez y parte, no sea el investigado y a la vez, investigador (o que no realice funciones contrapuestas, como el ser el acusador y el defensor del acusado). Todo esto, para no transformar la estructura de separación de poderes que inspira nuestro Estado de Derecho (Const., 1993, art. 43) existe la **necesidad** de crear organismos autónomos y diferenciados de los demás.

Esta es la forma como debe interpretarse este requisito de **necesidad**: en el sentido de necesidad de contar con organismo autónomo específico dentro del sistema constitucional; es decir, que las funciones del ente requieren de un cuerpo constitucional diferenciado de los otros para asegurar decisiones objetivas, que no partan de situaciones contradictorias, como que el mismo organismo sea juez y parte, o acusador y defensor<sup>25</sup>. En este extremo, estimamos que el DTI 003-2020 del proyecto comete un error, puesto que entiende el requisito de necesidad como el requerimiento de que exista el organismo y de que sus funciones no puedan ser realizadas por otro organismo (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020).

Ahora bien, si fuera así, los organismos reguladores o los organismos técnicos especializados de-

berían ser considerados como posibles OCA, más aún si sus funciones tienen una relación de necesidad con elementos esenciales de la estructura constitucional, como los servicios públicos o los derechos fundamentales. En efecto, las funciones de esos organismos públicos no podrían ser asumidas por otros ministerios o entidades, de modo que se hace necesario mantener su existencia. Sin embargo, esa condición de insustituibilidad dentro del ordenamiento jurídico no les da el tipo de necesidad que se requiere para instaurar un OCA. Lo que hace elegible a un ente como OCA es la necesidad de levantarlo como otro cuerpo constitucional distinto de los demás OCA.

Volviendo a los demás requisitos, podemos señalar que también hemos advertido que los OCA deben tener un sustrato constitucional **inmediato** para justificar su existencia como tal. Sin embargo, advertimos que en el caso del BCR y la SBS su sustrato constitucional es menos inmediato, aunque no dejan de tenerlo. En todo caso, lo anterior nos permitió resaltar que la trascendencia o **inmediatez** constitucional no puede ser el único elemento por considerar; debido a que casi todos los ámbitos de la realidad son reconducibles a algún mandato constitucional, lo que haría imposible diferenciar los OCA de otros entes.

Finalmente, la **paridad** es el elemento que inspira a toda organización que aspira ser autónoma, como los OCA. En efecto, como señalaba Schmitt, ciertos organismos son creados para ser ajenos a las influencias políticas; porque interesa contar con sus respuestas técnicas (1983, p.180). Sin embargo, para asegurar este aspecto, necesita crearse ciertas garantías frente a las influencias políticas. De ahí que sean concebidas como organismos autónomos, con una mayor posición de paridad frente a las demás entidades, de modo que se reduzcan los riesgos de su politización e influencia.

Desde luego, ya vimos que lo anterior solo constituye el fundamento político-constitucional para la instauración de un OCA. El fundamento jurídico de su existencia solo puede tenerse a través de un expreso reconocimiento constitucional. De lo contrario, debería aceptarse que distintas entidades tienen la condición de OCA porque reúnen los requisitos de **necesidad** e **inmediatez** constitucional y que incluso actúan en condición de paridad

<sup>25</sup> Esta misma idea parece asumir el DTI 003-2020 al señalar lo siguiente:

[e]n contraste, desde una perspectiva material, más allá de la formulación en el texto de la Constitución (que depende más de una decisión política antes que de una con carácter fundamental), para que una entidad pueda asignarse la categoría de organismo constitucionalmente autónomo, se requiere evaluar si aquella posee una cualidad sustancial, relacionada con la necesidad de su existencia en la estructura constitucional. Esta presencia necesaria del organismo estaría justificada en los principios, valores y criterios organizativos que se encuentran en la base de dicha estructura (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020, p. 4).

frente a otros entes estatales. Lo que traería por tierra el principio fundamental de que los poderes de las entidades públicas no tienen poderes presuntos<sup>26</sup>, sino solo poderes expresos (artículo 45 de la CP)<sup>27</sup>.

### C. Elementos para incluir al Indecopi como OCA

De acuerdo con lo anterior, podemos averiguar si concurren los elementos que impone el TC para incluir al Indecopi como OCA.

#### 1. Necesidad - neutralidad

Según el Documento de Trabajo Institucional del Indecopi 003-2020 (en adelante, DTI 003-2020), este requisito se refiere a la necesidad de mantener el mismo organismo para atender cierto asunto constitucional, es decir, que el Estado no pueda cumplir esa tarea a través de otro organismo (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020). En el caso del IIAP, señaló el TC, aunque sus funciones tenían relevancia constitucional, podían ser cumplidas por otro ente como el Ministerio del Ambiente. En ese orden, el DTI 003-2020 señala que en el caso del Indecopi se cumple con el requisito de necesidad porque se produciría una paralización de las actividades estatales y una ilegítima transformación del Estado (si se prescindiera de esa entidad) sus funciones no podrían ser asumidas por otro ente (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020).

La historia del Indecopi indica que un organismo desconcentrado o uno descentralizado, que fuera parte del gobierno puede cumplir un gran rol en el desarrollo de sus funciones. Es decir, que es posible una realidad o mundo sin Indecopi, pero no se

trata de una necesidad de que exista el Indecopi; sino de la necesidad de contar con un ente neutral y técnico, libre de influencias externas. En efecto, la inexistencia de ese organismo es lo que podría mermar la eficacia de los principios esenciales del sistema constitucional.

Las funciones que desempeña el Indecopi generan muchos conflictos de intereses con el gobierno al que actualmente está adscrito. Este aspecto genera la **necesidad** de su separación de la administración central, a fin de generar un ejercicio de funciones más neutral e imparcial. Ahora, aunque tiene una reconocida reputación de objetividad, no puede negarse que es problemático que un organismo adscrito de la PCM, cuyo presidente, miembros del directorio, y miembros del tribunal son designados por los ministerios que integran la PCM pueda mantener siempre la neutralidad requerida para eliminar barreras burocráticas ilegales impuestas por ministerios u ordenar la imposición de derechos para-arancelarios a productos que el ejecutivo permite importar (por provenir de países que son socios comerciales del estado peruano), que se sancione a empresas de capitales estatales administrados por la PCM por afectación de la libre competencia. En todos esos casos, se exigirá que el Indecopi tome medidas contra dependencias del mismo gobierno al que se encuentra adscrito el Indecopi, lo que contraviene el más un mínimo sentido de justicia (o de neutralidad y separación de poderes) (Const., 1993, art. 43); lo que genera la necesidad de contar con un organismo autónomo y ajeno al Poder Ejecutivo.

Es cierto que la condición de administración independiente del Indecopi le ha permitido mostrar bastante independencia frente al gobierno, invalidando distintas medidas de este último; lo

<sup>26</sup> En nuestro sistema constitucional no cabe la existencia de potestades presuntas. En efecto, como explica Martínez López-Muñiz, la Administración pública tiene una "vinculación positiva frente a la ley"; es decir, sólo tiene competencia si le es atribuida expresamente por el ordenamiento jurídico, tal como manda el artículo 45 de la CP. Esa vinculación debe entenderse "en el sentido que toda su existencia real y su actuación deberá estar expresamente establecida y autorizada por el Derecho, y en concreto necesariamente por el Derecho positivo". En cambio, agrega, los particulares tienen una vinculación negativa frente al Derecho pues se presume que gozan de libertad mientras ésta no sea restringida por ley expresa, tal como prevé el artículo 2.24.a de la CP (1986, p.30).

<sup>27</sup> Este ejercicio interpretativo busca seguir el realizado varias décadas atrás por Kelsen (1993, pp.81-90.; 1994, p.17-43) [publicados en inglés en 1942 y en francés el 1928] para justificar la instauración de los primeros tribunales constitucionales como OCA. Dicho autor propuso que, para la inmediatez o eficacia de las normas constitucionales, era necesario establecer ciertos mecanismos de defensa. En efecto, una manera sería haciendo personalmente responsables a los dictaron los actos inconstitucionales, lo que no invalidaba la norma; sino solo desincentivaba conductas ilegítimas. Otra forma sería autorizando a los funcionarios (jueces y administración) a inaplicar la ley en el caso concreto si la estiman inválida. Sin embargo, advertía, que eso daría lugar a opiniones distintas sobre la inconstitucionalidad de misma norma. Por ello, creyó que la manera más eficiente de asegurar la supremacía constitucional era con un único órgano que invalide la ley con efectos generales. Para dicho fin, agregaba, sería necesario que tal órgano goce de autonomía o paridad frente a los demás órganos, debido a que ejerce control sobre los actos del gobierno y del parlamento. De hecho, Kelsen pone como ejemplo la experiencia del Tribunal Constitucional austriaco cuyos miembros eran designados en su totalidad por el gobierno, por lo que ese órgano no opuso ninguna resistencia cuando Austria fue anexada por los nazis (1993, p. 84).

que tal vez pueda explicar, por ejemplo, por qué el Poder Ejecutivo usó sus potestades delegadas para reducir el ámbito de actuación de las barreras burocráticas. De tal forma, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1256 cambió la jurisprudencia del Indecopi y ya no consideró como barreras las omisiones del ejecutivo, los asuntos vinculados a tarifas o servicios prestados por entidades del ejecutivo y los asuntos vinculados a sanciones administrativas.

En ese sentido, para la OCDE, la independencia de los funcionarios no debe ser la razón que impida la autonomía; sino la razón para garantizarla en mayor medida. La OCDE ha observado, por ejemplo, el hecho de que el Poder Ejecutivo sea quien designe a los principales directivos del Indecopi, por lo que advierte lo siguiente:

[v]arios observadores han señalado que, si bien hasta el momento parece no haber pruebas de la existencia de injerencias [en el Indecopi], en teoría sería fácil que los agentes políticos que designan directamente a los miembros a su criterio eligieran a personas sobre las que pudieran ejercer alguna influencia. En resumen, se considera que el mecanismo de frenos y contrapesos de estas designaciones es poco apropiado y que puede plantear problemas en el futuro. Parece pues necesario instaurar un mayor número de controles formales (2018, p. 35).

En ese sentido, Kovacic advierte que los poderes de las agencias de competencia pueden despertar el interés en el ejecutivo o legislativo con fines electorales (2011, pp. 294-295). Las acciones del Indecopi contra un sector podrían favorecer a otros intereses favorecidos con esa intervención, los eventuales controles excesivos no solo pueden darse en asuntos de derecho de la competencia; sino en temas de consumidor afectados frecuentes por empresas de distintos sectores. Varios congresistas se han presentado como abanderados de los derechos de los consumidores y han apuntado contra empresas del sector financiero, de telefonía, energía, aeronáutico o (en fin) contra varias otras, haciendo invocaciones públicas a la intervención del Indecopi como si se tratara de un arma que decidieron activar. Lo que evidencia más la necesidad de brindar garantías al Indecopi para que actúe con neutralidad y libre de direccionamientos.

## 2. Inmediatez

Este requisito se cumple con facilidad en el caso del Indecopi, puesto que todas sus funciones tienen un sustrato constitucional directo. La protección de la libre iniciativa privada y la libertad

de empresa eliminando las barreras burocráticas, tienen sustrato constitucional directo en los artículos 58 y 59 de la Constitución. Otras directrices también se encuentran mencionadas en la Constitución, como la libre y leal competencia en su artículo 61, la protección al consumidor en su artículo 65, la protección en el comercio exterior en su artículo 63 y la propiedad intelectual en sus artículos 2.8 y 70. Esto indica que el Indecopi tiene un sustento similar al del TC, debido a que asume el rol de garantía constitucional de los mandatos arriba enumerados, y que podrían verse vulnerados por las distintas administraciones públicas del gobierno central o de los entes regionales o locales.

## 3. Paridad

Este requisito no es cumplido por el Indecopi pues es una administración independiente sujeta a la tutela de la PCM, lo que no significa que esté imposibilitado de ser calificado como OCA. Precisamente, el proyecto propone darle la condición de OCA para que sea totalmente independiente en sus funciones, para que actúe en paridad de circunstancias frente a otros organismos o poderes estatales, de modo que se impidan eventuales influencias de las distintas entidades estatales. Este aspecto no hará que el Indecopi adquiera una posición autárquica; sino que, al igual que los demás organismos constitucionales estará sometidos a los límites que fije la Constitución y las leyes.

El reconocimiento del Indecopi como OCA le exigirá cambiar la manera de relacionarse con los demás poderes. Actualmente, la mejor opción para asegurar su independencia es mantenerse lo más ajeno posible a los demás poderes políticos, pero si fuera reconocido como OCA deberá ser parte del proceso político. En efecto, como advierte Kovacic, si una agencia de competencia no tiene conexión con ese proceso corre el riesgo de aislarse a tal nivel que luego su voz no sea considerada en asuntos que le competen (2011, pp. 304-305). Además, si las demás autoridades estiman que sus preocupaciones no son tomadas en cuenta, encontrarán otras formas de disminuir la importancia de las funciones de la agencia para atender sus reclamos, por ejemplo, el Poder Legislativo podría dictar leyes que despojen al Indecopi de sus poderes o que los trasladen a otros organismos.

En ese sentido, la condición de OCA permitirá el que Indecopi se relacione y coordine con los demás poderes, sin que eso signifique un direccionamiento o influencia de sus acciones; sino de un intercambio de posturas en pie de igualdad. Para

esto existe una variedad de formas, como la realización de audiencias periódicas en donde los legisladores pueden pedir a los líderes de la agencia que expliquen sus acciones en asuntos terminados y que discutan las tendencias generales de sus políticas. Además, la agencia también podría difundir información sobre sus actividades y un programa de evaluación *ex post* que midan las consecuencias de sus iniciativas.

## VI. RECUENTO DEL ANÁLISIS

El Poder Ejecutivo ostenta la dirección de la Administración pública, lo que incluye a los organismos desconcentrados y descentralizados. Los primeros se caracterizan porque se encuentran sujetos a la tutela **orgánica** del Gobierno; mientras que los segundos gozan de una mayor autonomía, pero igual se sujetan a una serie de tutelas que le das cierto poder de dirección del gobierno sobre ellas.

Las administraciones independientes ostentan un régimen legal que reduce en gran medida la tutela del gobierno; con la finalidad de asegurar que emitan decisiones técnicas, sin influencias políticas del gobierno sobre ellas. Sin embargo, no es posible que estos sean totalmente independientes del ministerio al que se encuentre adscritos, puesto que esa integración a la organización administrativa es la que permite considerarlos como parte del aparato estatal y, en esa medida, con competencias reconocidas.

Actualmente, Indecopi tiene la condición de administración independiente, puesto que solo se encuentra adscrita a la PCM y cuenta con una serie de garantías que le otorgan autonomía funcional, organizativa y financiera, pero no autonomía en la designación de personal directivo. Si bien el gobierno puede designar a dicho personal, tal designación se sujeta a una serie de garantías que pueden reducir esa discrecionalidad (como la exigencia de determinado perfil objetivo, la designación de un cuerpo colegiado que dirija el Indecopi, la limitada posibilidades de remoción del personal designado).

Finalmente, las funciones que ejerce el Indecopi generan la **necesidad** de evitar el nivel de influencia (tutelas) que tiene actualmente el gobierno sobre su organización, para así asegurar que pueda fiscalizar con objetividad o tecnicidad al mismo gobierno al cual se encuentra adscrito. A su vez, las funciones del Indecopi tienen reconocimiento constitucional **inmediato**, por lo que se requiere que cuente con una posición que le permita actuar en situación de **paridad** con relación a todos los demás entes estatales a los que eventualmente pueda controlar.

Por lo tanto, existen razones que harían admisible la inclusión del Indecopi como OCA para asegurar una mayor neutralidad y tecnicidad en la protección de la libre iniciativa privada, competencia y protección al consumidor que son los fines de esta agencia. ■

## REFERENCIAS

- Abad Yupanqui, S. (2010). La Defensoría del Pueblo. La experiencia peruana. *Teoría y realidad Constitucional*, (26). <https://doi.org/10.5944/trc.26.2010.6931>
- Ariño Ortiz, G. (1988). Principios de descentralización y desconcentración. *Documentación Administrativa*, (214). <https://doi.org/10.24965/da.v0i214.5009>
- Baena del Alcázar, M. (1964). Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la administración central. *Revista de Administración Pública*, (44), 59-120. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2115791.pdf>
- Betancor Rodríguez, A. (1994). *Las administraciones independientes*. Editorial Tecnos.
- Bullard González, A. (2006). *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*, (2da ed.). Palestra.
- De Otto, I. (1991). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel.
- Ergas, H., & Fels, A. (2008). The interaction and coordination of competition policy and consumer policy: challenges and possibilities, *The Interface between Competition and Consumer Policies*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). <https://www.oecd.org/daf/competition/40898016.pdf>.
- Gallego Anabitarte, A. (1990). Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. *Revista de Administración Pública*, (122), 7-101. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17045.pdf>
- (2001). *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*. Marcial Pons.
- García Llovet, E. (1993). Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*, (131), 61-118. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17174.pdf>

- García de Enterría, E. & Fernández, T. (2001). Curso de derecho administrativo, (Tomo I, 10ma ed.), Civitas.
- García Morillo, J. (1998). Responsabilidad política y responsabilidad penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (52), 81-110. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79596.pdf>
- Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y régimen jurídico del servicio público en el ordenamiento jurídico peruano. *Ius et Veritas*, (50), 368-397. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827>
- Jenny, F. (1 de enero de 2016). *The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends*. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2894893](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894893)
- (2019). Recomendaciones del Peer Review [Exposición]. En Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual [Indecopi]. *Conferencia de lanzamiento del peer review sobre derecho y política de competencia en el Perú elaborado por la OCDE-BID*, (pp. 15-22). [https://www.esuela-indecopi.edu.pe/images/publicaciones/pdf/2019/EBOOK\\_LANZAMIENTO\\_DEL\\_PEER\\_REVIEW.pdf](https://www.esuela-indecopi.edu.pe/images/publicaciones/pdf/2019/EBOOK_LANZAMIENTO_DEL_PEER_REVIEW.pdf)
- Kelsen, H. (1993). El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana, *Ius et Veritas*, (6), 81-90. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15379>
- (1994). La garantía jurisdiccional de la Constitución. La Justicia constitucional, *Ius et Veritas*, (9), 17-43. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15443>
- Kovacic, W. (2011). Competition agencies, independence, and the political process. En Drexel, J., Kerber, W., & Podszun, R. (Eds.), *Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations*. Edward Elgar Publishing.
- Kovacic, W., & Fels, A. (18 de mayo de 2016). Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15-19 June 2015. En Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN9/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL&docLanguage=En)
- López Guerra, L. (1998). Funciones del gobierno y dirección política. *Documentación Administrativa*, (215), 15-40. <https://revistas-online.inap.es/index.php/DA/article/download/5021/5075>
- López Ramón, F. (1991). El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de administración independiente. *Revista de Administración Pública*, (126), 189-216. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17104.pdf>
- Loewenstein, K. (1970). *Teoría de la Constitución*, Ariel.
- Lucas Verdú, P. (1983). *Curso de derecho político*, (Tomo II, 3ra ed.), Editorial Tecnos.
- Magide Herrero, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública.
- Martínez López-Muñiz, J.L. (1986). *Introducción al Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos.
- Muñoz Machado, S. (2017). Tratado de derecho administrativo y derecho público general, (2da ed.). Boletín Oficial del Estado.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2004). Derecho y política de la competencia en Perú - Exámenes Inter-Pares. <https://www.oecd.org/daf/competition/DerechoPol%C3%ADticaPeru.pdf>
- (2008). Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia – Perú. <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>
- Ochoa Cardich, C. (2013). El servicio público en la Constitución peruana de 1993. *Pensamiento constitucional*, (18), 105-119. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/8950/9358/0>
- Parada Vázquez, R. (2014). *Derecho Administrativo*, (Tomo I. Parte general, 24va ed.). Marcial Pons.
- Parejo Alfonso, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Editorial Tecnos.
- Pérez Royo, J. (2007). *Curso de derecho constitucional*, (11va ed.). Marcial Pons.
- Pizzorusso, A. (1984). *Lecciones de derecho constitucional*, (Tomo I). Centro de Estudios Constitucionales.

Rallo Lombarte, A. (1995). Poderes neutrales exentos de control gubernamental: reflexiones constitucionales. *Revista de las Cortes Generales*, (36), 105-136. <https://doi.org/10.33426/rcg/1995/36/737>

Salvador Martínez, M. (2002). *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Ariel.

Santamaría Pastor, J. (2002). *Principios de derecho administrativo*, (Tomo I, 3ra Ed.). Centro de Estudios Ramón Areces.

Sala Arquer, J.M. (1984). El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (42).

Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos.

Velarde, J., & Rodríguez, M. (1998). *Autonomía de tres instituciones públicas en el Perú: La autonomía del Banco Central de Reserva, de la Comisión de Fiscalización de Dumping y subsidios de Indecopi en Perú y de la Superintendencia de Banca y Seguros*. Banco Interamericano de Desarrollo. Red de Centros de Investigación de la Oficina del Economista Jefe Banco Interamericano de Desarrollo [BID]. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Autonom%C3%ADa-de-tres-instituciones-publicas-en-el-Per%C3%BA-La-autonom%C3%ADa-del-Banco-Central-de-Reserva-de-la-Comisi%C3%B3n-de-Fiscalizaci%C3%B3n-de-Dumping-y-subsidios-de-Indecopi-en-Per%C3%BA-y-de-la-Superintendencia-de-Banca-y-Seguros.pdf>

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) (Perú).

Decreto de Urgencia 025-98, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de octubre de 1999 (Perú).

Decreto de Urgencia 058-2011, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de agosto de 2011 (Perú).

Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial – Indecopi, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de mayo de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 560, Ley del Poder Ejecutivo, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de marzo de 1990 (Perú).

Decreto Ley 25868, Organización y Funciones del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de noviembre de 1992.

Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, Diario Oficial *El Peruano*, 7 de enero de 2006 (Perú).

Ley 27111, Ley que Aprueba la Transferencia de Promcepri a la Copri y de Organismos Descentralizados a Diversos Ministerios, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de mayo de 1999 (Perú).

Ley 26923, Ley que Establece que los Organismos Públicos Descentralizados y Organismos Reguladores Dependerán de la Presidencia del Consejo de Ministros, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de febrero de 1998 (Perú).

Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de diciembre de 2007 (Perú).

Presidencia del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 28 de febrero de 2020, Resolución 038-2020, Resolución que aprueba el Documento de Trabajo Institucional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual 003-2020 (Perú). <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3994339/RES038-DOCUMENTO+DE+TRABAJO+INSTITUCIONAL+003-2020.pdf/1ae0fed3-685c-4a3b-a173-87ad6d96303c>

Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de enero de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0014-2002-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 1 de febrero de 2003, sentencia recaída en el Expediente STC 0007-2001-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 1 de septiembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0001-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 1 de septiembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0003-2003-AI/TC (Perú).



Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de julio de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0004-2004-CC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de septiembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 004-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de diciembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0010-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de febrero de 2005, sentencia recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de junio de 2005, sentencia recaída en los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC y 0007-2005-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 19 de julio de 2005, sentencia recaída en el Expediente 3465-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de marzo de 2006, sentencia recaída en el Expediente 0034-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 18 de abril de 2006, sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-AI (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de agosto de 2008, sentencia recaída en el Expediente 0020-2008-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de septiembre de 2009, sentencia recaída en el Expediente 0021-2005-AI (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de septiembre de 2010, sentencia recaída en el Expediente 0020-2005-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de noviembre de 2018, sentencia recaída en el Expediente 0006-2018-AI/TC (Perú).