



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

RESOLUCIÓN DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL INDECOPIN° **038** - 2020-INDECOPI/CODLima, **28** de febrero de 2020**VISTOS:**

Los informes N° 000017-2020-GEE/INDECOPI, N° 000094-2020-GEL/INDECOPI, N° 000116-2020-GEL/INDECOPI y el Documento de Trabajo Institucional N° 003-2020 denominado "*Propuestas relativas al fortalecimiento institucional del Indecopi*"; y,

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, Decreto Legislativo N° 1033, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, es un organismo público que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa; y se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros;

Que, el artículo 2 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi establece que este organismo es responsable de vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y la eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas; de defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales; de corregir las distorsiones en el mercado provocadas por el daño derivado de prácticas de dumping y subsidios; de proteger los derechos de los consumidores; de vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior mediante la eliminación de barreras comerciales no arancelarias; de administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones; entre otras funciones que le atribuye la ley;

Que, el Documento de Trabajo Institucional N° 003-2020 denominado "*Propuestas relativas al fortalecimiento institucional del Indecopi*" contiene un análisis y propuestas respecto de la autonomía institucional que debería tener en la estructura del Estado peruano una autoridad administrativa con las funciones que actualmente le han sido encomendadas al Indecopi; e identifica alternativas y mecanismos legales y constitucionales que puedan dotar a la institución de esta autonomía;

Que, mediante el Acuerdo N° 007-2020, el Consejo Directivo aprobó y encomendó a la Presidencia del Consejo Directivo la resolución que disponga la publicación del referido documento de trabajo en el Portal Institucional;

Que, con la finalidad de recibir comentarios y aportes de las instituciones públicas o privadas y de la ciudadanía en general respecto de las propuestas, se considera apropiada la publicación del Documento de Trabajo N° 003-2020 en el Portal Institucional del Indecopi;





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Con los vistos de la Gerencia General y la Gerencia Legal;

De conformidad con lo establecido en el Acuerdo N° 007-2020 del Consejo Directivo del INDECOPI del 17 de febrero de 2020 y los literales f) y h) del numeral 7.3 del artículo 7 del Decreto Legislativo Ley N° 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi;

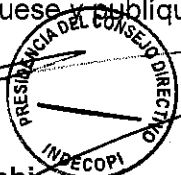
SE RESUELVE:

Artículo 1.- Disponer la publicación del Documento de Trabajo Institucional N° 003-2020 denominado "*Propuestas relativas al fortalecimiento institucional del Indecopi*", en el Portal Institucional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi (www.indecopi.gob.pe)

Artículo 2.- Establecer un plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la publicación de la presente resolución, a afectos de recibir comentarios y aportes de las instituciones públicas o privadas y de la ciudadanía en general, en el correo electrónico: presidencia@indecopi.gob.pe

Artículo 3.- Encargar a la Gerencia Legal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, la recepción, procesamiento, evaluación y consolidación de los comentarios y aportes que se reciban respecto del Documento de Trabajo Institucional N° 003-2020.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



Ivo Gagliuffi Piercechi
Presidente del Consejo Directivo

DOCUMENTO DE TRABAJO INSTITUCIONAL DEL INDECOPI N° 003-2020

PROPUESTAS RELATIVAS AL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL INDECOPI

I. OBJETIVO DEL DOCUMENTO DE TRABAJO INSTITUCIONAL

El presente Documento de Trabajo Institucional contiene las propuestas que realiza el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi orientadas a su fortalecimiento institucional.

Con la publicación de este Documento de Trabajo Institucional se inicia una etapa de debate público respecto de (i) la autonomía institucional que debe tener en la estructura del Estado peruano una autoridad administrativa con las funciones que actualmente le han sido encomendadas al Indecopi y (ii) identificar las alternativas y mecanismos legales y constitucionales que puedan dotar de esta autonomía.

En ese sentido, estas propuestas se someten consulta pública con la finalidad de recibir comentarios y aportes de las instituciones públicas o privadas y de la ciudadanía en general.

II. ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO DE TRABAJO

El presente Documento de Trabajo Institucional está conformado por cuatro secciones:

1. El carácter constitucional de las funciones del Indecopi, y la relación entre ellas y la garantía de autonomía que posibilita su adecuado cumplimiento.
2. Los mecanismos existentes en la actualidad que fueron previstos para proteger la autonomía institucional de la entidad
3. Modelos alternativos de autonomía de agencias reguladoras utilizados en otros países.
4. La propuesta que dota de la autonomía necesaria.

III. ANTECEDENTES Y ANALISIS DE LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL Y LAS FUNCIONES DEL INDECOPI EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

III. 1. El carácter constitucional de las funciones atribuidas al Indecopi

El INDECOPI fue creado en el año 1992 mediante el Decreto Ley N° 25868, en cuyo artículo 2 se indicó que tendría como función principal la aplicación de las normas legales destinadas a proteger:

- a) El mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores;
- b) Los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones (...);
- c) La calidad de los productos;
- d) Otros que se le asignen.

La creación del organismo contó con un respaldo constitucional en la reforma de 1993, pero que también provenía del texto constitucional anterior. Así, de acuerdo con la Constitución promulgada ese año (artículo 58 y ss.), el régimen económico que permitiría un adecuado balance entre las nuevas políticas orientadas por el "giro hacia el mercado"¹ y la protección de las y los ciudadanos, estaría dada por el modelo de una economía social de mercado. Este modelo se definiría a partir de principios tales como la libre iniciativa privada, la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, el pluralismo económico, la participación subsidiaria del Estado, la libre competencia, la prohibición del monopolio creado por Ley, y la libertad de contratar. Asimismo, se indica expresamente que todos estos principios están

¹ Parodi, C. (2019). *Los laberintos de América Latina. Economía y política 1980-2016*. Lima: Universidad del Pacífico, pp. 223 y ss.

limitados por la moral, la salud, y la seguridad pública, así como el interés de los consumidores y usuarios, cuya defensa es encargada al Estado —cabe señalar que esta obligación ya venía instaurada desde la Constitución de 1979.

Así, si bien en su diseño técnico el INDECOPI fue creado sobre la base de los soportes de la competencia del libre mercado y la propiedad intelectual, de forma general se afirma que la función principal de este nuevo organismo estaría orientado a corregir y regular las imperfecciones del libre mercado², generadas a partir de las nuevas reformas estructurales implantadas a la economía peruana durante la década de 1990, que principalmente afectarían a la población. En tal sentido, hoy en día la entidad se define como un organismo cuyo rol es clave para la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores³.

Teniendo en cuenta dicho rol, uno de los factores que resultaba clave en el diseño del INDECOPI estaba constituido por el alcance de su autonomía institucional. Ello debido a la necesidad de que esta entidad pueda cumplir sus funciones de forma independiente e imparcial respecto de las partes involucradas en los temas de competencia, propiedad intelectual y protección al consumidor. Estas partes son: la ciudadanía, el empresariado y el Estado. En relación con los dos primeros, la entidad debía regir su funcionamiento por la aplicación técnica de las normas legales que regulan el mercado; mientras que, en el caso del Estado, debía evitar en la mayor medida posible injerencias políticas que interfirieran en sus decisiones técnicas.

Debido a ello, una de las experiencias administrativas previas que influyó en la determinación de la composición interna de la entidad fue la de Estados Unidos, en donde existía la figura de un conjunto de comisionados que conformaban subunidades autónomas e independientes de la intervención gubernamental⁴ —que podría darse a través del gobierno central o de alguno de los sectores ministeriales involucrados. La principal competencia de dichos comisionados debía ser resolutoria, y, por lo tanto, su nombramiento no debería provenir ni del gobierno ni del Parlamento. En tal sentido, se hizo evidente la necesidad de contar con un Consejo Directivo con calidad de órgano administrativo, que se encargaría de seleccionar a profesionales con prestigio en las distintas áreas de especialización, y con una trayectoria que pudiese garantizar el nivel de tecnicismo requerido.

Asimismo, otro presupuesto base para incrementar el nivel de autonomía del INDECOPI, que se previó desde su diseño original, tuvo que ver con la posibilidad de que la entidad se autofinancie y no dependa, por lo tanto, económicamente del Estado. Por ello, se implementó un mecanismo de generación de recursos propios a través de los ingresos que provendrían de procedimientos administrativos como el registro de signos distintivos, derechos de autor, invenciones y nuevas tecnologías, procedimientos concursales, entre otros. Al día de hoy, se considera que la fuente de financiamiento se ha mantenido “estable y autónoma”⁵.

Al respecto, es importante destacar que uno de los hitos de la historia institucional de la entidad, está referido a la “obtención de independencia financiera total del INDECOPI”⁶, cuyo logro se atribuye a la gestión de Jaime Thorne como Presidente del Consejo Directivo. Desde el año 2007, la institución no recibe ningún tipo de financiamiento por parte del Estado, lo que ha quedado retratado en la emisión del Decreto Legislativo N° 1033, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI. Así, en el artículo 52° de esta norma, referida al régimen económico de la entidad, se indica que sus ingresos son recursos directamente recaudados a través de: tasas de los procedimientos administrativos de competencia, montos por concepto de multas, derechos antidumping y compensatorios, recursos por prestación de servicios, recursos provenientes de la cooperación técnica internacional, entre otros.

III.2. EL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DE LAS FUNCIONES DEL INDECOPI Y LA GARANTÍA DE AUTONOMÍA INSTITUCIONAL

² Ramos, C. (2013). *El Indecopi a sus veinte años: La historia de una innovación*. Lima: Indecopi, p. 55.

³ <https://www.indecopi.gob.pe/sobre-el-indecopi>

⁴ Ramos, C. (2013). *Ibidem*, p. 55.

⁵ OCDE. (2018). OCDE (2018). “Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú”. OCDE: <http://www.oecd.org/competition/> p. 11.

⁶ Ramos, C. (2013). *Op. Cit.*, p. 82.

El INDECOPI en el nivel intermedio de la escala de descentralización administrativa

En la actualidad, las funciones generales del INDECOPI son las siguientes⁷:

- a) Vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales (...)
- b) Defender la libre y leal competencia, (...);
- c) Corregir las distorsiones en el mercado de (...) prácticas de dumping y subsidios;
- d) Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, (...) y evitando la discriminación (...);
- e) Desarrollar actividades de control posterior y eliminación de barreras comerciales no arancelarias, (...);
- f) Proteger el crédito mediante la conducción de un sistema concursal (...);
- g) Administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual (...)

Asimismo, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1033, se le otorga la naturaleza jurídica de organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno, razón por la cual goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa, respecto del Poder Ejecutivo.

La categoría jurídica mencionada ubica al INDECOPI en el nivel intermedio dentro de la escala de descentralización administrativa del Poder Ejecutivo, la cual está definida por el grado de autonomía y/o independencia que gozan cada uno de los diferentes tipos de organismos en la ejecución de sus funciones, respecto de las posibles injerencias provenientes del gobierno de turno. Así, por ejemplo, a diferencia de los organismos públicos ejecutores, cuyo nivel de autonomía es calificado como primario, los organismos públicos especializados —también denominados organismos administrativos independientes— “poseen un grado mayor de independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su propia Ley de creación y a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, no obstante estar adscritos a una autoridad sectorial (Ministerio)”⁸.

De acuerdo con el artículo 31 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), los organismos públicos especializados pueden ser de dos tipos: organismos reguladores u organismos técnicos especializados. La naturaleza del INDECOPI se ubica en la segunda categoría, siendo que su creación estuvo justificada conforme al inciso 2 del artículo 33 de la LOPE por la necesidad de establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas y que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado.

La personería jurídica de derecho público interno que se le asigna al INDECOPI —expresada a través de su autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa—, le otorga una competencia resolutoria, sustentada en una forma de independencia que conlleva que sus decisiones únicamente puedan ser revisadas por el Poder Judicial. A fin de proteger esta garantía de autonomía/independencia se prevén mecanismos institucionales para preservar el adecuado funcionamiento de su principal órgano administrativo: el Consejo Directivo. Entre estos mecanismos, se podrían encontrar según la doctrina⁹: (i) una conformación sectorial plural (5 miembros: dos en representación de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno del Ministerio de Economía y Finanzas, otro del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y uno del Ministerio de la Producción); (ii) un periodo estable de mandato; (iii) la exigencia de requisitos especiales para ser miembro; (iv) la elección meritocrática a través de un proceso de convocatoria pública; (v) el establecimiento de causales de vacancia o remoción; (vi) un periodo de renovación progresiva; otros.

⁷ Decreto Supremo N° 99-2017-PCM, que modifica el artículo 2 del Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI.

⁸ Morón, Juan Carlos. (2011). "Preocupaciones sobre los organismos administrativos independientes dentro del Poder Ejecutivo peruano", *Ius et veritas*, N° 43, p. 241.

⁹ Morón, J. (2011). *Ibidem*. pp. 248-249.

Las funciones del INDECOPI en contraste con las funciones de los organismos constitucionalmente autónomos

Ahora bien, dentro de la escala de descentralización administrativa mencionada en el párrafo 11, es posible encontrar un tercer nivel en el que los organismos ostentan un grado aún mayor — máximo— de autonomía. Se trata de aquellas entidades que tienen la calidad de organismos constitucionalmente autónomos, pero con la particularidad de ejercer materialmente funciones que, en su origen, eran administrativas, y que posteriormente fueron separadas y constitucionalizadas. Es el caso, por ejemplo, de instituciones como la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva, y la Superintendencia de Banca y Seguros, y AFP.

En este supuesto, estamos ante autonomía en sentido de función pública que requiere de unas condiciones para cumplir ciertos fines institucionales. "En el campo de la distribución funcional del poder, la autonomía es un concepto asociado a la independencia de órganos estatales y también a la potestad de autonormación reglamentaria que tales órganos poseen"¹⁰. En este sentido, entidades como las mencionadas, presentan un matiz, cuyo análisis resultará útil para la evaluación de la naturaleza jurídica de las funciones del INDECOPI. Así, dentro del conjunto de organismos constitucionalmente autónomos hay diferencias que dependen de la naturaleza jurídica de las funciones de tales organismos. Bajo dicho supuesto, se distinguen tres tipos de entidades¹¹: (a) los organismos constitucionalmente autónomos en *sentido estricto* (como el TC, o el JNE), cuyas funciones son de carácter esencialmente constitucional; (b) los organismos a cargo de funciones conexas a alguno de los tradicionales poderes del Estado (como el Ministerio Público o la Junta Nacional de Justicia); y, (c) los organismos que materialmente ejercen funciones de origen administrativo, pero que han sido separadas y luego constitucionalizadas (como el BCR o la SBS).

De acuerdo con el Tribunal Constitucional¹², los organismos constitucionalmente autónomos, para ser considerados como tales, deben presentar las siguientes tres características de manera concurrente:

- a) *necesidad e insustituibilidad*: el órgano debe ser un elemento necesario del ordenamiento jurídico en tanto que sus funciones solo pueden ser realizadas por éste, al punto que su ausencia determinaría una paralización de las actividades estatales o una ilegítima transformación de la estructura del Estado;
- b) *inmediatez*: el órgano 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 (concepción contemporánea del principio de división del poder);
- c) *posición de paridad e independencia*: el órgano debe tener, por mandato constitucional, autonomía e independencia, de modo tal que no sea un órgano "autárquico" ni tampoco un órgano subordinado respecto de otros órganos o poderes constitucionales.

A partir de la observación de tales características, es posible sostener que las dos últimas plantean una definición formal, mientras que la primera hace referencia a una cualidad material que caracterizaría a los organismos constitucionalmente autónomos. Ello quiere decir, a su vez, que para que a nivel político pueda tomarse la decisión de reconocer a una entidad como organismo constitucionalmente autónomo, debe antes verificarse que esa entidad cumple con la cualidad material requerida, que, como se expondrá a continuación, tiene que ver con la naturaleza de sus funciones.

Desde una perspectiva formal, los organismos *constitucionalmente autónomos* se diferenciarían, por ejemplo, de entidades o instituciones *constitucionalmente relevantes*, principalmente por el hecho de que el establecimiento y configuración de los primeros estarían dados por la propia Constitución. Ello quiere decir que una mera mención en el texto constitucional de las funciones o competencias de forma aislada de una entidad, resultaría insuficiente. Es necesario, por lo

¹⁰ Zúñiga Urbina (2007), "Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la "democracia constitucional"; en *Revista Ius et Praxis*, 13 (2): 223-244.

¹¹ Morón, J. (2011). *Ibidem*, p. 252.

¹² Sentencia recaída en el Expediente N° 0029-2008-PI/TC, fundamentos 4-6.

tanto, que la Constitución determine la composición de la entidad, los mecanismos de designación de sus miembros, su categoría institucional y el conjunto de sus competencias¹³.

En 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 *iustificacional*—, para que a una entidad pueda asignársele 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 estructura¹⁴.

Este es el caso, justamente, de entidades como el Tribunal Constitucional (TC) o el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), consideradas como organismos constitucionalmente autónomos en *sentido estricto*. Su autonomía institucional es tan importante que, cualquier injerencia arbitraria que menoscabe su correcto funcionamiento, conlleva consecuencias graves para el orden constitucional, ya que afectan principios esenciales del mismo, como son la protección de los derechos fundamentales y la preservación de la democracia.

No obstante, como ya fue mencionado, las funciones de tales entidades no tienen la misma naturaleza jurídica que las de instituciones como el BCR o la SBS, que, si bien son organismos constitucionalmente autónomos, materialmente ejercen funciones de origen administrativo, pero que fueron separadas y luego constitucionalizadas. Tal como se indicó anteriormente, pese a que es una característica sustancial de los organismos constitucionalmente autónomos la relación de necesidad existente entre sus funciones y elementos esenciales de la estructura constitucional, los diferentes matices de tales funciones requieren también una valoración distinta. Ello para evaluar la justificación de su reconocimiento o incorporación a la categoría máxima de autonomía.

La relevancia constitucional de las funciones de INDECOPI

La Constitución Política de 1993 delimita un marco constitucional de regulación del mercado. El artículo 58, por ejemplo, se refiere a la necesidad de crear un marco para que la libre iniciativa se desarrolle en una "economía social de mercado"; por su parte, el artículo 59, impone al Estado la obligación de garantizar, "la libertad de trabajo, comercio e industria" estableciendo, además, un deber de garantía para que, el ejercicio de tales libertades no sea "lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas". Finalmente, los artículos 61 y 65 son más explícitos al habilitar la presencia del Estado a través de una institución de garantía, conforme al artículo 61:

"El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios".

Por su parte el artículo 65, precisa que:

"El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población".

Son estas obligaciones de garantía de la institución del mercado, pero también de los derechos constitucionales de los consumidores, las que dan cuenta de la relevancia materialmente constitucional de las funciones que desarrollan instituciones como INDECOPI.

Conforme ha precisado el Tribunal Constitucional, sobre la base de tales enunciados de la Constitución es que "(...) se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de

¹³ García-Pelayo, M. (1981). "El 'status' del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, pp. 13-14.

¹⁴ Serrano, F. (2014). "Naturaleza jurídica de los órganos constitucionales en México", *AIDA Opera prima de Derecho Administrativo*, N° 16, p. 226.

desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia, para cuyo efectivo cumplimiento los Organismos reguladores y el INDECOPi juegan un rol preponderante, tanto en la promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios”¹⁵.

En otra de sus decisiones, con incidencia sobre las funciones del INDECOPi, el TC se refiere al especial deber de protección de derechos de naturaleza constitucional que cumple esta institución. Según el Tribunal Constitucional, “(...) la primera parte del artículo 65 de la Constitución contiene un genérico deber especial de protección del consumidor y usuario que asume el Estado, cuyas formas como puede concretizarse, se traducen, sólo de manera enunciativa en garantizar “el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado”, así como en velar, “en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

El Tribunal se refiere de modo más explícito aun al precisar que de las obligaciones que impone el artículo 65 de la Constitución se desprenden, “(...) una serie de exigencias que recaen sobre diversos órganos del Estado. *En primer lugar, sobre el legislador ordinario, al que se le impone la tarea, mediante la legislación, de crear un órgano estatal destinado a preservar los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios. Pero también la tarea de establecer procedimientos apropiados para que, en su seno, los consumidores y usuarios puedan, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos, solicitar la protección de aquellos derechos e intereses*” (cursivas agregado)¹⁶.

En buena cuenta, estamos ante obligaciones a crear instituciones que estén en condiciones de responder en forma efectiva a las exigencias de un mercado en el que los usuarios y consumidores encuentren que sus derechos están siendo respetados. Más aún, si tomamos en cuenta, el desarrollo expansivo de los servicios públicos que el Estado ha puesto progresivamente en manos de empresas privadas.

En este contexto, estas entidades deben actuar con garantías institucionales que las doten de independencia e imparcialidad, no solo para arbitrar con objetividad y equidistancia respecto de los intereses del gobierno, sino también, respecto de los agentes económicos. Esto por cuanto las dinámicas siempre conflictivas de los mercados tienen la capacidad de generar presión a los funcionarios del Poder Ejecutivo, además de buscar infiltrarse a través de mecanismos de copamiento que deben ser controlados con arreglos institucionales que hagan posible el acceso igualitario a la información y, al mismo tiempo, que permitan que las competencias sancionatorias otorgadas a estos órganos no se vean desvirtuadas o controladas por parte de los poderes del mercado. “*De ahí que la solución se busque en un árbitro regulador independiente, esto es, que sea competente para aplicar las reglas y dirimir en los conflictos entre las empresas gestoras, que expida reglamentos y señale estándares, con facultades de inspección y sanción, y se encuentre más allá de los intereses entrecruzados de usuarios y gestores*”¹⁷.

Razones prácticas o razones institucionales, lo cierto es que en todas las aproximaciones que se han hecho, antes y ahora, sobre las debilidades institucionales del INDECOPi, surge siempre la necesidad de fortalecer su autonomía e independencia al asumir sus funciones más relevantes. Aun cuando no siempre se coincide en cuáles funciones y/o competencias merecen una autonomía reforzada, se ha venido señalando con insistencia que cuando menos “...*todas aquellas relacionadas con la resolución de controversias en materia de libre y leal competencia, protección al consumidor y reestructuración patrimonial deberían ser ejercidas por una Administración independiente*”¹⁸.

El estándar de autonomía necesaria y su protección

La relevancia constitucional de las funciones que materialmente desarrolla una institución no es todavía una razón suficiente para plantear la necesidad de su autonomía a nivel constitucional.

¹⁵ Cfr. STC 1963-2006-PA/TC Fundamento 9.

¹⁶ Cfr. STC 0858-2003-PA/TC Fundamento 14.

¹⁷ Cfr. Kresalja R. Baldo “El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos”, en *Themis*, N. 39, p. 70.

¹⁸ Cfr. Rodríguez Manrique, Carlos: “Organismos públicos del poder ejecutivo y autoridades independientes”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, CDA, p. 222.

Se pueden lograr niveles adecuados de autonomía funcional y administrativa que garanticen niveles razonables de independencia en la toma de decisiones, con otro tipo de arreglos institucionales.

Existen, por otro lado, modelos de gestión de la autonomía que pueden fortalecer considerablemente los niveles de independencia de una institución reguladora o de protección de derechos, sin que tal autonomía tenga que elevarse necesariamente a un plano constitucional.

En este sentido, existen algunas experiencias comparadas para identificar modelos apropiados para nuestro entorno. En cualquier caso, conviene pasar a analizar un estándar que ha sido evaluado por el TC en un caso concreto, como es el Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana (IIAP).

En este caso, el Tribunal debía determinar si una entidad como el Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana (IIAP) ostentaba, implícitamente, la categoría de organismo constitucionalmente autónomo en la medida que la constitución disponía una especial protección constitucional a la Amazonía (Sentencia recaída en el Exp. N° 0029-2008-PI/TC). Uno de los argumentos que postularon los demandantes en aquella ocasión era, en efecto, que:

*"(...) el IIAP mantiene tal condición bajo la Constitución vigente por cuanto ésta lo reconoce de modo implícito al establecer en sus artículos 67°, 68° y 69° deberes del Estado respecto a la región amazónica (la promoción del desarrollo sostenible de la Amazonía, la protección del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos naturales) que son realizados por el IIAP, máxime cuando la Constitución de 1993, al incluir el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, otorga a la materia ambiental una importancia cualitativamente superior a la Constitución de 1979."*¹⁹

Para responder esta cuestión, el Tribunal establece un parámetro que puede resumirse del siguiente modo: La naturaleza "constitucional" de un órgano del Estado pasa por establecer en primer lugar su (a) *necesidad*: según el Tribunal esto supone que el órgano en cuestión sea requerido por el sistema jurídico en la medida que "...su ausencia determinaría una paralización de las actividades estatales". Esto es, no cualquier tipo de necesidad sino una indispensable en las tareas del Estado. En segundo lugar el Tribunal requiere que el órgano en cuestión tenga un (b) *reconocimiento formal directo*, el Tribunal se refiere al requisito de la *inmediatez*: "(...) 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 (artículo 43°, Constitución)". Finalmente, en tercer lugar, el Tribunal exige que un órgano constitucional tenga una (c) *posición de paridad e independencia* respecto de otros órganos constitucionales. "Esto 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"²⁰.

Si bien se trata de un estándar construido para dar una respuesta a un caso puntual, no deja de tener interés como esquema general en la medida que, el Tribunal sugeriría que la relevancia constitucional de determinados bienes o derechos para cuya garantía se establecen instituciones, no transmiten de manera implícita y automática un carácter constitucional a dichos órganos. Ahora bien, el requisito formal previsto en (ii) se presenta como un razonamiento circular: un órgano tiene carácter constitucional si está recogido en forma explícita y directa en la Constitución.

El argumento de la "necesidad" es uno de contenido que vale la pena explorar. En el caso anotado, el Tribunal Constitucional concluyó que dicha entidad no podía, ni de forma implícita ni explícita, tener la categoría de organismo constitucionalmente autónomo, debido principalmente a que no cumplía con el presupuesto material esencial: *la necesidad*. Así, se lee de la sentencia

¹⁹ Resumen del propio Tribunal en los antecedentes de la sentencia, STC 0029-2008-PI/TC.

²⁰ Sentencia recaída en el Expediente N° 0029-2008-PI/TC, fundamentos 5, 6 y 7.

que "el IAP no tiene tal carácter, ya que si se prescindiera de él no se produciría una paralización de las actividades estatales ni tampoco se causaría una ilegítima transformación del Estado"²¹.

Lo que hace el Tribunal a través de este razonamiento es verificar si existe una relación de necesidad entre las funciones de la entidad y algún elemento esencial del ordenamiento constitucional. Es cierto que dichas funciones encuentran su sustento en el texto constitucional (deberes de promoción del desarrollo sostenible de la Amazonía, protección del medio ambiente y aprovechamiento de los recursos naturales). Sin embargo, la no existencia en este caso de la relación necesaria estaría dada en razón a que el Estado podría dar cumplimiento a los mismos deberes a través de otras vías que no sean la IAP; como, por ejemplo, mediante acciones directamente realizadas por el Ministerio del Ambiente. Se concluye, en tal sentido, que las funciones ejercidas por la IAP solo pueden ser calificadas de *relevancia constitucional*.

Tomando como parámetro dicho razonamiento, lo que hay que evaluar en el caso del INDECOPI es si sus funciones mantienen una relación de *necesidad* con elementos esenciales de la estructura constitucional. Este elemento de *necesidad* debe, además, combinarse con el elemento de exigencia de *paridad e independencia* que se recoge como tercer elemento. En primer lugar, es importante señalar que, del conjunto de funciones enumeradas en el Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI, se pueden plantear una clasificación de tres grupos: (a) equilibrio democrático del mercado: acceso, debida competencia, prohibición de monopolios; (b) garantía de los derechos del consumidor; (c) protección al derecho fundamental a la propiedad intelectual; y (d) eliminación de barreras burocráticas ilegales e irracionales. En segundo lugar, hay que indicar que todas estas funciones están respaldadas por principios y derechos reconocidos en el texto constitucional, y referidos, principalmente, al régimen económico de la nación (artículo 58 y ss.).

Ahora bien, una vez superadas ambas barreras, corresponde preguntarse —en aplicación del requisito de *necesidad e insustituibilidad*— si es que se produciría una paralización de las actividades estatales y una ilegítima transformación del Estado, en el supuesto de que se prescindiera de una entidad como el INDECOPI. La respuesta es afirmativa dadas las siguientes dos razones. La primera está relacionada con la idea de que los principios constitucionales protegidos por las funciones que ejerce la entidad tienen una posición esencial en la estructura constitucional. Ello debido a que están referidos a derechos y libertades individuales, lo que genera una fuerza normativa mucho mayor para la exigencia de su protección frente al Estado. Asimismo, la inadecuada protección de tales principios incide directamente en uno de los elementos fundamentales del orden constitucional contemporáneo, referido a la legitimidad de un diseño económico de libre mercado, sustentado ante todo en el respeto por los derechos fundamentales y en el equilibrio adecuado de las fuerzas que lo gobiernan²².

La segunda razón, conectada principalmente con esta última idea, tiene que ver con el hecho de que una inadecuada protección de principios como los derechos del consumidor, el acceso libre a un mercado competitivo y leal, el pluralismo económico, y la participación subsidiaria del Estado, solo pueden ser adecuadamente garantizados a través de una entidad con un grado alto de autonomía. Ello quiere decir que mientras más vulnerable sea la entidad a injerencias provenientes del Estado, grupos empresariales, o de los propios ciudadanos, menores posibilidades tendrá para garantizar de forma efectiva tales principios. Aquí juega un rol preponderante la calidad de las decisiones de instituciones como el INDECOPI. La calidad a la que nos referimos supone una cierto estándar en el cumplimiento de los fines. Para definir un estándar de calidad resulta fundamental una cierta posición de paridad respecto a otros órganos y un estándar objetivo de independencia a que se refiere uno de los elementos que desarrolla el TC. Cierta estatus formal de autonomía genera unas condiciones objetivas de cierta calidad de independencia.

Una de las consecuencias más relevantes de ello es que las funciones ejercidas por el INDECOPI no podrían ser realizadas directamente por los sectores ministeriales comprometidos, debido a

²¹ Sentencia recaída en el Expediente N° 0029-2008-PI/TC, fundamento 8.

²² Cfr. Ferrajoli, L. (2018). "Por un constitucionalismo de derecho privado"; "Igualdad, desarrollo económico y democracia"; "Por un constitucionalismo global, contra la anarquía de un capitalismo salvaje", *Libertad y Propiedad*. Lima: Palestra Editores.

la elevada posibilidad de intervención proveniente de los intereses del gobierno. En tal sentido, la garantía institucional de la autonomía del INDECOPI está atada a, y se justifica en, el tipo de principios constitucionales garantizados en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, no sería posible prescindir de una entidad como el INDECOPI, en la medida que su existencia autónoma es necesaria e indispensable para mantener la estructura constitucional. Dicha autonomía debe ser idónea para producir decisiones independientes del poder del gobierno, pero también respecto de los actores del mercado. Una posición institucional reforzada que proyecta una mejor calidad en las decisiones de este órgano.

Finalmente, todo ello lleva a concluir que las funciones ejercidas por el INDECOPI tienen naturaleza constitucional y que, por lo tanto, en el caso de que se considere la ampliación de su autonomía, se cumple con el presupuesto material. A continuación, se analizará si también en este caso se cumpliría con el presupuesto formal, a través del cual se determina si tal ampliación es necesaria en términos fácticos. En otras palabras, lo que se evalúa es si en la realidad institucional de la entidad, pese a la existencia de mecanismos diseñados para proteger su autonomía, hay factores que la podrían menoscabar. Debido a ello se requiere un reforzamiento de los mecanismos o, en todo caso, el reconocimiento de un nivel mayor de autonomía.

IV. LOS MECANISMOS PARA PROTEGER LA AUTONOMÍA DEL INDECOPI Y LOS RIESGOS A LOS CUALES SE ENFRENTAN: EL DIAGNÓSTICO 2018 DE LA OCDE Y EL BID

Como ha sido mencionado con anterioridad, la personería jurídica de derecho público interno que la ley le asigna al INDECOPI —expresada a través de su autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa—, hace posible el ejercicio independiente de sus funciones. Los mecanismos institucionales que fueron previstos desde el diseño de la entidad para proteger esta garantía de autonomía/independencia, están relacionados principalmente con “candados” para evitar cualquier tipo de injerencia externa en su órgano administrativo superior: el Consejo Directivo. Ello debido a que este órgano es competente en cuatro funciones esenciales para la autonomía de la entidad: 1) Proponer ante la PCM la designación de los vocales de las Salas del Tribunal del INDECOPI; 2) Designar a los miembros de las Comisiones; y, 3) Designar a los miembros de la Secretaría Técnica, órgano que presta asistencia a las Comisiones y Salas del Tribunal; y, 4) Designar a los Directores de la Propiedad Intelectual.

Entre dichos mecanismos del Consejo Directivo se encuentran los siguientes:

- i. una conformación sectorial plural: 5 miembros de los cuales dos son designados por la Presidencia del Consejo de Ministros (uno de ellos es el Presidente del Consejo Directivo), uno por el Ministro de Economía y Finanzas, otro por el Ministro de Comercio Exterior y Turismo y uno por el Ministerio de la Producción.*
- ii. un periodo estable de mandato con renovación progresiva: 5 años con posibilidad de reelección por un periodo adicional*
- iii. la exigencia de requisitos especiales para ser miembro*
- iv. el establecimiento de causales de vacancia o remoción*

Sin embargo, las críticas de la presunta falta de una independencia efectiva no han estado ausentes desde sus primeros años. En un recuento de su desempeño institucional de los primeros años se menciona, por ejemplo, como principales limitaciones en su accionar, lo siguiente:

“Interferencia del Ejecutivo, tanto para formular denuncias de oficio como para la adopción de soluciones. Muchas de las denuncias de oficio han sido hechas por iniciativa del Presidente de la República, lo cual le resta independencia a las comisiones que tienen que investigar el caso.

Falta de autonomía para sancionar a los organismos públicos y empresas estatales. Al Indecopi le ha sido imposible ejecutar sus resoluciones frente a prácticas anticompetitivas realizadas por el Ministerio de Agricultura, Enapu y Enaco”²³.

²³ Cfr. Jorge Fernández-Baca “La experiencia regulatoria en Perú”, en *Apuntes: Revista de Ciencias Sociales*, N°. 42, 1998, págs. 93-105.

Otro estudio de aquellos años que analiza los problemas de autonomía, sobre la actuación de la Comisión Antidumping, da cuenta de los siguientes hallazgos:

En las dos experiencias de dumping y subsidios analizadas, se ilustran dos situaciones: una de presiones de grupos empresariales y la otra de presiones provenientes del poder ejecutivo.

En el primer caso, de importación de insumos lácteos, los demandantes representaban un gremio que había ejercido anteriormente con éxito presiones sobre el gobierno, que le permitieron obtener medidas proteccionistas en momentos en que el gobierno defendía la apertura comercial. La Comisión pudo enfrentar las presiones, decidiendo en contra de la demanda.

En el otro caso estudiado se puede apreciar la interferencia del Ejecutivo, el que buscaba un fallo a favor de los derechos compensatorios en aras de preservar la mayor parte de la reforma arancelaria. El fallo de la Comisión se aproximó al criterio del Ejecutivo, sin embargo, no se puede concluir que éste determinó la decisión final.²⁴

Aun cuando las conclusiones son ponderadas, generan dudas que restan credibilidad y ponen en riesgo las labores fundamentales que corresponden al INDECOPI. Estas evaluaciones no han cambiado a lo largo de los años y son un permanente foco de atención en los análisis sobre los retos pendientes de esta institución.

En el 2018 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), realizaron un diagnóstico sobre el derecho y la política de competencia en el Perú²⁵. En su análisis uno de los factores que tuvieron en cuenta fue el grado de autonomía del INDECOPI bajo su diseño organizacional actual. La principal conclusión a la que se arribó está referida a que, si bien no se detectaron hechos que demuestren un menoscabo a la autonomía de la entidad, lo cierto es que su regulación normativa actual la hace propensa a riesgos latentes que eventualmente podrían afectar su independencia. Tales riesgos están concentrados principalmente en dos aspectos: el mecanismo de designaciones y remociones de los miembros del INDECOPI, y sus limitaciones presupuestarias.

A continuación, se presentará un breve resumen del diagnóstico realizado en cada uno de esos aspectos, así como las recomendaciones planteadas por la OCDE y el BID a partir de aquel.

Riesgos generados a la autonomía por el mecanismo actual de designaciones y remociones de los miembros del INDECOPI

MECANISMO ACTUAL	RIESGOS A LA AUTONOMÍA	RECOMENDACIONES
- El Consejo Directivo propone a la PCM la designación de los vocales del Tribunal; sin embargo, puede delegar la labor de selección de candidatos en el Gerente General. Esta selección se realiza, en la práctica, tomando en cuenta la opinión del Órgano Consultivo, luego de la recepción	Riesgos de control formal: politización del Consejo Directivo y de los órganos decisorios Si bien hasta el momento no hay indicios sobre la existencia de injerencias, en teoría es posible que los agentes políticos que designan directamente a los miembros a su criterio eligieran a personas sobre las que pudieran ejercer alguna influencia.	1) La contratación del conjunto del personal del Indecopi debe someterse a un procedimiento abierto que obedezca a criterios transparentes de selección de los candidatos llamados a cubrir cada puesto: conocimientos técnicos y cualificación, así como en lo relativo a imparcialidad y buena conducta. 2) La designación de los miembros del Consejo Directivo y los puestos de dirección y de responsabilidad debería concitar un consenso más amplio que el que actualmente reúne

²⁴ Cfr. Velarde, Julio y Martha Rodríguez (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", BID, documentos de Trabajo.

²⁵ OCDE. (2018). Óp. Cit.

<p>de candidaturas y propuestas.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El mismo procedimiento aplica para la designación de los Comisionados, pero sin el refrendo de la PCM. - Las designaciones de los comisionados y de los vocales del Tribunal han de cumplir una serie de requisitos objetivos. - Las normas aplicables a la remoción del cargo de comisionado o vocal del Tribunal son similares a las que regulan la remoción de los miembros del Consejo Directivo. 	<p>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.</p>	<p>su designación por los miembros del gobierno de turno.</p> <ul style="list-style-type: none"> 3) El nombramiento de los miembros del Consejo Directivo, las Comisiones y los Tribunales debería realizarse de manera escalonada, a fin de evitar que un mismo gobierno designe a todos los miembros de esos órganos. Este método de nombramiento permitiría asimismo que el Indecopi conservase los conocimientos especializados adquiridos y la memoria institucional. 4) El personal técnico y los comisionados deben estar blindados legalmente, para garantizar así su autonomía formal y su independencia. En particular, se les debe proteger frente a traslados internos que sean fruto de una decisión administrativa del Consejo Directivo, cuyos miembros son nombrados por el poder político.
--	---	---

Riesgos generados a la autonomía por las limitaciones presupuestarias del INDECOPI

MECANISMO ACTUAL	RIESGOS A LA AUTONOMÍA	RECOMENDACIONES
<ul style="list-style-type: none"> - Corresponde al Consejo Directivo decidir las asignaciones presupuestarias, así como priorizar entre las distintas partidas del presupuesto. Previo acuerdo y aprobación por el Consejo Directivo, el Presidente del Consejo Directivo presenta el presupuesto al Ministro de Economía y Finanzas para su aprobación final. - El Indecopi se autofinancia plenamente. Las multas y los derechos antidumping suponen, respectivamente, en torno a un 50% y 20% de los ingresos del instituto. El resto de sus recursos presupuestarios proviene principalmente de los pagos de derechos que realizan los usuarios. 	<p>Una de las preocupaciones que manifiestan muchos observadores es que el salario medio que perciben los empleados del Indecopi es poco atractivo e insuficiente para retenerlos a largo plazo. Los salarios de algunas de sus categorías profesionales parecen ser inferiores a los que reciben los funcionarios de otras entidades gubernamentales, si bien no son muy inferiores a los que pagan otros reguladores sectoriales. Los salarios del Indecopi son significativamente inferiores a los de la SBS y el Banco Central de Reserva, y similares a los que se ofrecen en Ositran, Osiptel y Osinergmin (salvo el caso del Presidente del Indecopi y jefes de equipo donde los salarios en el Indecopi también son significativamente</p>	<ul style="list-style-type: none"> 1) Contar con una mayor asignación presupuestaria específica con cargo al presupuesto del sector público permitiría al Indecopi —y concretamente a su área de competencia— gozar de autonomía presupuestaria para gastar. Sin embargo, uno de los problemas que plantea esta solución es que el Gobierno podría recortar o aumentar la asignación presupuestaria a un organismo en función de que ese organismo acatase o no la postura del Gobierno. Aun cuando el Gobierno no incurriera en tales prácticas, la mera posibilidad de que pudiera hacerlo sería un incentivo suficiente para que el organismo plegase su actuación a las preferencias expresas o tácitas del Gobierno. 2) Una de las posibles soluciones pasaría por que el presupuesto de las autoridades de competencia se asignase con carácter plurianual, pues de ese modo dependerían en menor medida de consideraciones políticas a corto plazo, reduciendo la posibilidad de que el organismo reciba presiones de esa naturaleza 3) Permitir que el Indecopi pueda autofinanciarse de manera parcial con los pagos de derechos de usuarios no relacionados con el resultado de las resoluciones o decisiones del instituto, como los derechos que se cobran por la

<p>- El Indecopi cuenta con un total de 1.700 empleados, que se distribuyen entre las ramas funcional y administrativa en una proporción de 60/40.</p>	<p>inferiores a los de sus pares de organismos reguladores), y que el sector privado.²⁶</p>	<p>presentación de solicitudes de control de concentraciones o la impugnación de contrataciones públicas. No obstante, sería conveniente que el Indecopi no tuviese que depender excesivamente de esas fuentes de financiación, pues el monto de la financiación por la vía del cobro de esos derechos fluctuaría con el tiempo.</p>
--	--	--

Como se aprecia, el riesgo de que en las designaciones del Consejo Directivo y de su propio Presidente, se produzcan interferencias a la autonomía que luego repercutan en la independencia a la hora de tomar decisiones, sigue latente. Una mayor autonomía orgánica que excluya cualquier riesgo en este punto es recomendable.

A partir de lo señalado, recomendamos un análisis de la forma de designación de los titulares de los principales organismos autónomos, conforme se detalla a continuación:

Entidad	Método de designación del titular	Método de designación de directores	Artículo
<p>Banco Central De Reserva</p>	<p>El Poder Ejecutivo designa a 4, entre ellos el Presidente</p> <p>Período: 5 años</p>	<p>El congreso ratifica al Presidente y elige a los 3 restantes.</p> <p>Congreso puede removerlos por falta grave.</p>	<p>Artículo 86°.- El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros. El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente. El Congreso ratifica a éste y elige a los tres restantes, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros. Todos los directores del Banco son nombrados por el período constitucional que corresponde al Presidente de la República. No representan a entidad ni interés particular algunos. El Congreso puede removerlos por falta grave. En caso de remoción, los nuevos directores completan el</p>

²⁶ Ver Tabla 4 (Comparativa entre los salarios del INDECOPI y los de otras entidades públicas) contenida en: OCDE (2018). Op. Cit. p. 45. Asimismo, sobre los sueldos del Presidente del INDECOPI y los sueldos de los presidentes de los organismos reguladores, cabe indicar que mediante Decreto Supremo N° 024-2018-EF se aprobaron los montos por concepto de compensación de los Titulares de los Organismos Reguladores, y de los Titulares de la Oficina de Normalización Previsional y de la Superintendencia del Mercado de Valores conforme a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, incrementándose hasta en 28 000 Nuevos Soles.

			correspondiente período constitucional.
Superintendencia de Banca y Seguros	<p>El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de la SBS. Lo ratifica el Congreso.</p> <p>Duración: 5 años</p>	No tiene	<p>Artículo 87°.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley. La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El</p>

			Congreso lo ratifica.
Defensoría del Pueblo	<p>El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso.</p> <p>Duración: 5 años</p>	No tiene	<p>Artículo 161°.- La Defensoría del Pueblo es autónoma. Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiere. Su estructura, en el ámbito nacional, se establece por ley orgánica. El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal. Goza de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas de los congresistas. Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere haber cumplido treinta y cinco años de edad y ser abogado. El cargo dura cinco años y no está sujeto a mandato imperativo. Tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos.</p>
Tribunal Constitucional	<p>El Presidente es elegido por los Magistrados del Tribunal, en pleno y mediante votación secreta.</p> <p>Período: 2 años</p>	Son 7 miembros elegidos por el Congreso de la República.	<p>Artículo 201°.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema.</p>

			<p>Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata. Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.</p>
--	--	--	---

Como se puede apreciar, en las designaciones de estos organismos autónomos tienen participación tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo, siendo un contrapeso a nivel político, para así evitar una eventual captura desde alguno de estos grandes poderes.

Frente a este riesgo, también proponemos que el método de designación para este nuevo organismo autónomo no sólo tenga esta fórmula política, sino que sea antecedida por un concurso público que defina una terna de candidatos en la que sea el Poder Ejecutivo quien designe al titular. Finalmente, también se propone que dicha designación sea debidamente ratificada por el Congreso de la República.

Esto revoluciona, sin duda, la elección de los Titulares de una entidad tan importante como el Indecopi, pues desde su creación, ha sido únicamente el Poder Ejecutivo quien ha designado al más alto funcionario para encargarle la gestión institucional.

V. MODELOS ALTERNATIVOS DE AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL PARA AGENCIAS REGULADORAS: EL CASO DE ESTADOS UNIDOS Y DE MÉXICO

ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos, a nivel federal, la protección de la competencia y de la defensa del consumidor se encuentran a cargo de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés), agencia independiente fundada en 1915.

Si bien es cierto que, de acuerdo con su diseño institucional, esta entidad forma parte del Poder Ejecutivo, se puede apreciar que funciona como un elemento importante dentro del sistema de balance entre el Poder Legislativo y la figura del Presidente. Ello le otorga un modelo mixto de

autonomía, mediante el cual la agencia en abstracto no goza de una independencia institucional absoluta, pero en términos concretos hace que las tensiones entre Legislativo y Ejecutivo se mantengan en un nivel adecuado de autonomía.

Así, por un lado, el Presidente tiene las atribuciones de nombrar a los Comisionados y al Director, de cesarlos por alguna de las causas estipuladas por ley, de intervenir en la presentación del presupuesto ante el Congreso, de controlar el cronograma de actividades, así como de intervenir en los temas vinculados con la infraestructura y el personal. Por otro lado, en cambio, el Congreso tiene injerencia para aprobar la designación realizada por el Presidente, emitir veto legislativo sobre los reglamentos aprobados a nivel interno por la FTC, aprobar su presupuesto, entre otras.

La FTC es considerada la primera agencia independiente. No obstante, pese a que sus leyes constitutivas le otorgan un amplio margen de autonomía, las funciones que ostenta el Congreso sobre la agencia muchas veces generan considerables presiones políticas sobre ella. Ante esta situación, existe un conjunto de garantías que buscan disminuir los efectos de estas injerencias: como candados para evitar la fácil remoción del director, fuentes de financiamiento que no dependan directamente del Estado, así como otras medidas que indirectamente buscan limitar este tipo de distorsiones.

México

Los órganos autónomos son considerablemente nuevos en México, a diferencia de países como Estados Unidos, donde existen desde hace más de 120 años. No obstante que los órganos constitucionales autónomos comparten esa naturaleza jurídica, no son idénticos entre sí, ya que las funciones que realizan unos y otros es distinta e incluso algunos, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos - CNDH, tienen una función no jurisdiccional (no dirimen asuntos) de garantía de derechos. Hay otros que tienen facultades regulatorias y reglamentarias, como la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), y los hay que tienen facultades sancionatorias, como el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) o el Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEE).

Así tenemos que, en México, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se encarga de promover, proteger y garantizar la competencia y libre concurrencia; así como prevenir, investigar y combatir las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. Además, puede ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia y libre concurrencia, regular el acceso a insumos esenciales y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos²⁷.

La COFECE está integrada por el Pleno, la Secretaría Técnica, la Autoridad Investigadora, el Órgano Interno de Control y la Unidad de Planeación, Vinculación y Asuntos Internacionales. Tiene un presidente y seis comisionados²⁸.

El Pleno es el órgano de gobierno de la Comisión, encargado de resolver con plena independencia y autonomía, de forma colegiada y por mayoría de votos, los casos y asuntos que por mandato constitucional atiende. Está conformado por siete Comisionados, incluido el Comisionado Presidente. Cada uno de ellos surge de un proceso de selección en el que un Comité de Evaluación— conformado por los titulares del Banco de México, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía—, examina y califica las capacidades técnicas de los aspirantes a Comisionados. A partir de sus resultados, son seleccionados por el Titular del Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado de la República.

V. LA PROPUESTA QUE DOTA DE LA AUTONOMÍA NECESARIA.

²⁷ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf (fecha de consulta: 17 de febrero de 2020)

²⁸ <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/07/EstatutoOrganicoCofece-11072019.pdf>

El INDECOPI cumple una función institucional fundamental de control y equilibrio del mercado en una economía social de mercado que la Constitución define. En este modelo, el Estado cumple básicamente dos funciones de naturaleza constitucional: en primer lugar, conforme al artículo 61 de la Constitución, debe facilitar y vigilar la libre competencia, convirtiéndose en árbitro de un mercado equitativo en el que están proscritas las prácticas monopólicas; en segundo lugar, conforme al artículo 65, el Estado asume un papel de garante en la medida que "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios".

Estas exigencias constitucionales ineludibles, posicionan al INDECOPI como institución con funciones de garantía constitucional: del funcionamiento equitativo del mercado y de los derechos de los consumidores. Tales funciones deben ser desarrolladas en el marco de una serie de exigencias y estándares que obligan un nivel de autonomía funcional y normativa que garanticen determinada calidad en el servicio público.

Conforme a la naturaleza de ciertas funciones, al INDECOPI le son exigidos ciertos niveles de autonomía que permitan la formación de la voluntad estatal alejada de interferencias, tanto de los actores del mercado como también de las partes que acuden para resolver sus conflictos ante esta instancia. Por otro lado, la vigilancia del mercado requiere también de ciertos niveles de objetividad que no son solamente de carácter técnico-funcional, sino también formal-institucional.

Estas exigencias podrían ser logradas en grado óptimo, mediante un modelo de autonomía de rango constitucional. En este sentido, al INDECOPI le asisten tanto criterios de naturaleza formal como material para lograr esta forma de arreglo institucional. Respecto de la dimensión formal, existen evidencias a partir de estudios e informes técnicos sobre los riesgos latentes a la autonomía que podrían poner el riesgo la independencia en la toma de decisiones y con ello, la legitimidad de las decisiones de esta institución. Respecto de los presupuestos o condiciones materiales, las materias que comprenden sus competencias están directamente relacionadas con exigencias constitucionales ineludibles.

El carácter de órgano rector del sistema de Protección del Consumidor, que, presidido por el INDECOPI, avala un rediseño en el que la autonomía constitucional puede proporcionar un refuerzo de todo el sistema de Protección del Consumidor, pero, al mismo tiempo, permitiría que se fortalezcan las funciones normativas y de control y vigilancia de la equidad del mercado.

Un rediseño orientado a dotarle de autonomía constitucional permitiría también un nuevo modelo de gobierno institucional. A nivel normativo, se pueden pensar en diversas modalidades de designación a nivel de implementación del diseño constitucional.

Conviene identificar a nivel de arquitectura institucional, el conjunto de cambios y arreglos institucionales que pueden verse implicados en un eventual anclaje constitucional de su autonomía. Desde luego, la exigencia de autonomía para proporcionar el máximo de independencia posible al INDECOPI en la toma de decisiones se puede también mejorar considerablemente con ajustes a nivel legislativo, sin incluir reformas constitucionales. Estos cambios deben orientarse al rediseño del modelo de gestión y, sobre todo, al modelo de gobierno. La creación de una carrera administrativa al interior del INDECOPI en línea con Servir, identificando los perfiles y redefiniendo el modelo de selección de sus funcionarios. En este rediseño puede cumplir un rol preponderante la Escuela Nacional del INDECOPI como órgano de apoyo técnico.

La incorporación de criterios técnicos y de meritocracia en la selección de los cargos de Dirección, que incluyen al titular de la entidad, puede fortalecer estratégicamente el valor institucional de la autonomía funcional. La autonomía no se mide solo por la capacidad para tomar decisiones al interior de la organización sino, en términos materiales, incluye también las condiciones para que tales decisiones propicien una mejora en la calidad de las mismas.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO DE LA PROPUESTA NORMATIVA

En esta sección se analiza desde la perspectiva económica la Propuesta Normativa orientada al fortalecimiento institucional del Indecopi.

1.1. Descripción de las modificaciones que plantea la Propuesta Normativa

La Propuesta Normativa plantea una Ley de Reforma Constitucional con los siguientes cambios normativos sustanciales:

- Considerar al Indecopi como un organismo constitucionalmente autónomo.
- Precisar las funciones del Indecopi a nivel constitucional.
- Establecer constitucionalmente la designación del Presidente o Presidenta del Consejo Directivo a partir de un concurso público, sujeta a ratificación del Congreso de la República.

1.2. Problemática atendida por la Propuesta Normativa

El Indecopi, en particular, destaca por ser una entidad que resguarda aspectos asociados a la competencia del libre mercado, la propiedad intelectual y la protección al consumidor, a partir de las reformas estructurales implementadas a inicios de la década de 1990, las cuales se encuentran recogidos en la Constitución.

Su actual diseño, prevé características que la han dotado de cierta solidez, tecnicismo e independencia reconocida en la sociedad peruana. Por ejemplo; su Consejo Directivo es conformado por representantes de una pluralidad de sectores durante un periodo estable de mandato con causales de vacancia o remoción claramente definidas; de otro lado, las Comisiones y Direcciones cuentan, para el ejercicio de sus funciones resolutivas, con autonomía técnica y funcional.

No obstante, tal nivel de independencia del Indecopi se ve sujeta a posibles mandatos por parte del Poder Ejecutivo como: i) adicionar o retirar funciones que considere pertinentes, ii) requerir aprobación para adoptar ciertas decisiones de organización interna, y iii) solicitar aprobación para disponer de forma total o parcial de los recursos propios generados por la institución. De otro lado, la designación del Presidente del Consejo Directivo de la Institución se efectúa sin concurso público de méritos, siendo de libre designación.

Si bien el Indecopi es una institución sólida, su diseño actual está sujeta a ciertos riesgos que podrían mermar su independencia e imparcialidad, no solo para arbitrar con objetividad y equidistancia respecto de los intereses del gobierno de turno, sino también, respecto de las presiones de los agentes económicos. Esto a su vez pone en riesgo el cumplimiento de principios recogidos en la Constitución que protege el ordenamiento económico y jurídico actual.

El efecto potencial de dicho riesgo no es menor, toda vez que hoy en día el accionar del Indecopi comprende la recepción y análisis de una masa muy importante de casos. Por ejemplo, en el 2019 el Indecopi recibió aproximadamente 109 362 casos en materia de Protección al Consumidor, 2 804 en materia de Competencia y 74 435 en materia de Propiedad Intelectual.

Cuadro 1
EXPEDIENTES INGRESADOS SEGÚN ÁREA TEMÁTICA, 2018-2019

Temática	Área	Detalle	2018	2019 ^{a/}
Consumidor	SAC	Reclamos presentados	59 500	70 998
	OPS	Expedientes ingresados	18 245	21 040
	CPC	Expedientes ingresados	13 658	14 202
	SPC	Expedientes ingresados	3 399	3 122
	Total		94 802	109 362
Competencia	CEB	Procedimientos iniciados	666	656
	CLC	Procedimientos iniciados	13	5
	CDB	Expedientes ingresados	64	47
	CCD	Procedimientos iniciados	387	404
	SDC	Expedientes ingresados	245	212
	SEL	Apelaciones ingresadas	433	439
	CCO	Procedimientos iniciados	57	47
	SCO	Expedientes ingresados	528	657
	FCO	Acciones de fiscalización	407	337
	Total		2 800	2 804
Propiedad intelectual	DDA	Expedientes presentados	3 203	3 489
	DIN	Expedientes iniciados	3 371	2 689
	DSD	Solicitudes presentadas a nivel de clases	60 966	66 182
	SPI	Expedientes iniciados	2 293	2 075
	Total		69 833	74 435

a/ Preliminar.

Fuente: Reporte de Estadísticas Institucionales del IV Trimestre 2019.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

1.3. Objetivo de la Propuesta Normativa

De acuerdo con el análisis realizado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, esta Propuesta Normativa busca reducir considerablemente el riesgo de interferencias, copiamiento y captura del Indecopi derivado de intereses de grupos políticos y empresariales, para de esa forma fortalecer su autonomía e institucionalidad en el cumplimiento de sus funciones.

En vista de que las funciones del Indecopi tienen que ver con aspectos que están recogidos en la Constitución Política del Perú como promover y fortalecer la competencia en los mercados, la creatividad e innovación y el equilibrio en las relaciones de consumo, en armonía con la libertad empresarial; la Propuesta Normativa contribuirá a mejorar el bienestar tanto de familias como empresas, al permitir mayores garantías sobre el tratamiento técnico e imparcial de sus derechos.

1.4. Análisis Costo - beneficio

Los beneficios y costos de la presente propuesta normativa se detallan a continuación, según el agente afectado:

Beneficios

- ***Usuarios (consumidores, innovadores y empresas en general):*** la Propuesta Normativa contribuirá a mejorar el bienestar tanto de consumidores, innovadores y empresas, quienes recibirán mayores garantías sobre el tratamiento técnico e imparcial de sus derechos.

- **Indecopi:** la Propuesta Normativa permitirá fortalecer al Indecopi dotándolo de mayor autonomía y menor riesgo de interferencias, copamiento y captura, lo que repercutirá en la mejora continua en el desarrollo de sus funciones y de su institucionalidad.
- **Estado:** la propuesta normativa contribuirá a que el Estado pueda brindar mayores garantías sobre el cumplimiento de principios recogidos en la Constitución y que protegen el ordenamiento económico y jurídico actual.

Costos

- **Indecopi:** la propuesta de modificación no demandará recursos monetarios al Indecopi ni a otra entidad del Estado, toda vez que se implementará con los recursos públicos generados por la institución.

Según se desprende de los beneficios y costos identificados, los beneficios de la Propuesta Normativa superan sus costos.

Sobre la base del análisis económico expuesto en esta sección, siguiendo el enfoque del "Análisis Costo-Beneficio", metodología que se centra básicamente en evaluar la eficiencia económica de una propuesta, es posible concluir que la Propuesta Normativa busca reducir considerablemente el riesgo de interferencias, copamiento y captura del Indecopi derivado de intereses de grupos políticos y empresariales, para de esa forma fortalecer su autonomía e institucionalidad en el cumplimiento de sus funciones.

En esa línea, esta medida contribuirá a mejorar el bienestar tanto de consumidores, innovadores y empresas, quienes recibirán mayores garantías sobre el tratamiento técnico e imparcial de sus derechos y permitirá que el Estado pueda brindar mayores garantías sobre el cumplimiento de principios recogidos en la Constitución y que protegen el ordenamiento económico y jurídico actual. En la medida que la implementación de esta medida no demandará recursos adicionales al Indecopi u otro organismo del Estado, se desprende que los beneficios de la Propuesta Normativa superan sus costos.

V. DE LA PROPUESTA NORMATIVA

Propuesta Normativa 1: Las propuestas se materializan a través de una Ley de Reforma Constitucional.

Asimismo, por concordancia normativa, la modificación deberá alcanzar al numeral 2 del artículo 101 de la Constitución que establece como atribución de la Comisión Permanente del Congreso, la ratificación de la designación del Presidente del Banco Central de Reserva y del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones; a fin de incluir al Presidente o Presidenta del Consejo Directivo de Indecopi.

Título de la norma propuesta: Ley de Reforma Constitucional que incorpora el artículo 65-A en el Capítulo I del Título III de la Constitución Política del Perú

Contenido de la norma:

PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 65-A EN EL CAPÍTULO I DEL TÍTULO III DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente Ley de Reforma Constitucional:

**LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 65-A EN EL
CAPÍTULO I EN EL TÍTULO III DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo único. Incorporación del artículo 65-A en el Capítulo I del Título III de la Constitución Política del Perú.

Incorpórase el artículo 65-A en el Capítulo I del Título III de la Constitución Política del Perú, conforme al texto siguiente:

*“Título III
DEL RÉGIMEN ECONÓMICO
Capítulo I
PRINCIPIOS GENERALES*

“Del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, de la Protección del Consumidor y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Artículo 65-A.- El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, de la Protección del Consumidor y de la Protección de la Propiedad Intelectual 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 de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, de la Protección del Consumidor y de la Protección de la Propiedad Intelectual; así como incluye las disposiciones para garantizar la autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa.

Las funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, de la Protección del Consumidor y de la Protección de la Propiedad Intelectual son las siguientes:

- a) La protección de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa eliminando las barreras burocráticas;*
- b) La defensa de la 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 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, de la Protección del Consumidor y de la Protección de la Propiedad Intelectual. La designación del Presidente o de la Presidenta del Consejo Directivo se realiza mediante concurso público y está sujeta a ratificación del Congreso de la República.”

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los (...) días del mes de (...) de dos mil (...).

