



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO** | Escuela de
Postgrado

**“LA INDEPENDENCIA DEL INDECOPI FRENTE AL RIESGO DE
INFLUENCIA O PRESIÓN POLÍTICA”**

**Trabajo de Investigación presentado
para optar al Grado Académico de
Magíster en Derecho Administrativo Económico**

Presentado por

Sr. Carlos Alfredo Martínez Álvarez

Sr. Boris Alfredo Saldaña Solari

Sr. Jeysson Sandoval Valer

Asesor: Profesor Jesús Eloy Espinoza Lozada

[0000-0001-7204-2347](tel:0000-0001-7204-2347)

Lima, mayo de 2021

Dedicatoria

A nuestros padres.

Resumen ejecutivo

La independencia de las agencias de competencia es vital para garantizar que operen de forma objetiva y técnica. Múltiples trabajos se han escrito respecto de la importancia de establecer un marco institucional sólido que proteja a estas entidades de influencias externas, refiriéndose mayormente a presiones de agentes económicos. Sin embargo, estos últimos no son los únicos interesados en intervenir en las agencias de competencia, ya que también lo están los actores políticos.

En este contexto, el presente trabajo busca analizar el marco institucional del Indecopi, la Agencia de Competencia peruana, y evaluar si garantiza su independencia frente a presiones políticas. Específicamente, si existe el riesgo respecto a que el Ejecutivo presione o influya en el Indecopi debido a la posición que tiene esta última entidad respecto del citado poder del Estado. Para ello, se desarrolla un análisis: (i) histórico, (ii) funcional - organizacional, (iii) comparado y (iv) casuístico de esta entidad, así como entrevistas y encuestas para observar cómo la posición del Indecopi frente al Ejecutivo puede incidir en la confianza que se tiene en dicha entidad.

Como principales hallazgos, hemos podido advertir que la designación, principalmente, del Consejo Directivo, vocales y comisionados, dependen íntegramente del Poder Ejecutivo (a través de sus diferentes ministerios), por lo que lo su politización y alejamiento del tecnicismo se torna en bastante probable. Asimismo, no existen candados lo suficientemente robustos y eficientes en el ordenamiento jurídico peruano para evitar la ocurrencia de esta situación, más allá de mitigantes o disuasivos.

Finalmente, sobre esta base se realiza un análisis comparativo de tres (3) alternativas de solución para disminuir el riesgo de influencia política del Ejecutivo en el Indecopi y, sobre esta base, se elige la mejor opción.

Índice

Índice de tablas.....	vii
Índice de gráficos.....	viii
Índice de anexos.....	ix
Introducción.....	1
Capítulo I. Planteamiento del problema	3
1. Justificación.....	3
2. Antecedentes.....	6
3. Planteamiento del problema	8
3.1 Delimitación del problema	8
3.2 Preguntas de la investigación	8
3.2.1 Preguntas e hipótesis principales	8
3.2.2 Preguntas e hipótesis secundarias	9
4. Objetivos de la investigación	9
5. Metodología	10
5.1 Tipo de investigación	10
5.2 Métodos de la investigación	10
5.3 Muestra de la investigación	11
Capítulo II. Marco teórico	12
1. Sobre la independencia de la Agencia de Competencia	12
1.1 Sobre la relevancia de la independencia de la Agencia de Competencia	12
1.2 De la independencia formal a la de facto de la Agencia de Competencia	13
1.3 La independencia institucional de la Agencia de Competencia	14
2. De la captura económica a la captura política de la Agencia de Competencia	17
2.1 Ideas preliminares: sobre la democracia y la captura del Estado	17
2.2 Agencia a la deriva: de la captura económica a la captura política en la Agencia de Competencia	19
3. Análisis comparado respecto a la forma de designación de los altos funcionarios de las Autoridades de Competencia en países de la región y su correspondiente categorización por modelo utilizado	21
3.1 El caso chileno	21

3.2El caso mexicano	23
3.3El caso colombiano	24
3.3El caso de Estados Unidos	26
3.4Tipología de modelos de designación de los altos funcionarios de las agencias de competencia.....	26
Capítulo III. Desarrollo del tema	29
1. La estructura del Indecopi y su ubicación dentro del aparato estatal	29
1.1Miembros del Consejo Directivo del Indecopi	29
1.2Vocales del Tribunal del Indecopi	31
1.3 Miembros de las Comisiones del Indecopi	31
1.4Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor	33
1.5 Direcciones de Propiedad Intelectual	33
1.6 Las secretarías técnicas	33
1.7Gerencia General	36
1.8 Órgano Consultivo	36
2. Estudios que advierten el riesgo de presión política en las decisiones del Indecopi	38
2.1Estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)	38
2.2Informe del Congreso de la República	39
2.3Estudio de la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).....	40
2.4Estudio del OCDE y el BID	41
2.5Documento de trabajo institucional del propio Indecopi	42
3. Análisis casuístico	42
3.1El Indecopi en el Gobierno de Alberto Fujimori (1993-2000)	43
3.2El Indecopi en el Gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006)	45
3.3El Indecopi en el Gobierno de Ollanta Humala (2011-2016)	48
3.4El Indecopi en el Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018)	52
3.5El Indecopi en el Gobierno de Martín Vizcarra (2018-2021)	54
4. La presión política: un riesgo en la confianza e institucionalidad del Indecopi (en desarrollo).....	63
4.1Entrevistas.....	63
4.2Resultados de encuestas	64
Capítulo IV. Análisis de alternativas y propuestas	65

1. Sobre el análisis de impacto regulatorio (AIR) al problema objeto de estudio	65
2. Sobre las alternativas de solución	65
2.1 Primera alternativa: No Regular	65
2.2 Otorgar al Indecopi el proceso de designación del Consejo Directivo y Órganos Resolutivos de un Organismo Regulador	69
2.3 Otorgar al Indecopi la calidad de Organismo Constitucionalmente Autónomo	73
2.3.1 Antecedentes de la propuesta	73
2.3.2 ¿Por qué el Indecopi debe ser un organismo constitucionalmente autónomo?	74
2.3.3 Desarrollo de la propuesta	76
3. Análisis costo – beneficio de las alternativas	79
4. Elección de la alternativa de solución	81
Conclusiones y recomendaciones	83
Bibliografía.....	85
Anexos.....	94
Notas biográficas.....	101

Índice de tablas

Tabla 1.	Preguntas e hipótesis principales	8
Tabla 2.	Pregunta e hipótesis secundaria	9
Tabla 3.	Muestras de la investigación	11
Tabla 4.	Designación, remoción y vacancia de funcionarios del Indecopi	37

Índice de gráficos

Gráfico 1.	<i>Global Competitiveness Report</i>	4
Gráfico 2.	El Ejecutivo y el Indecopi	33
Gráfico 3.	¿La designación de los altos funcionarios del Indecopi por el Ejecutivo genera un riesgo de presión o influencia?	58
Gráfico 4.	¿La posición del Indecopi respecto del Ejecutivo afecta la confianza e institucionalidad de dicha entidad?	58

Índice de anexos

Anexo 1.	Resumen de las entrevistas	84
Anexo 2.	Enlace al drive con el audio de las entrevistas	88
Anexo 3.	Resultados de encuestas vía google form (enlace)	89

Introducción

La presente investigación tiene por finalidad evidenciar que la posición actual del Indecopi dentro del aparato estatal conlleva un riesgo que rompería con aquella idea de independencia, propia de una entidad que, a lo largo de su historia, se ha mostrado como un punto neutral frente a cualquier influencia externa. Nos referimos al riesgo de influencia o presión política.

Siguiendo este objetivo, en el cuerpo del trabajo se invita a reflexionar, principalmente, sobre la siguiente interrogante: **¿la posición del Indecopi dentro del aparato estatal genera un riesgo en su independencia frente a presiones políticas?** Además, se cuestiona ¿por qué se genera este riesgo y cómo puede disminuirse?

Para estos efectos, en el primer capítulo (planteamiento del problema) se detalla las razones que justifican resolver tales problemáticas, que se encuentran ligadas a la desconfianza en las reglas del mercado, producto del riesgo que correría la Agencia de Competencia peruana de perder su independencia. Asimismo, se explican los antecedentes y el contexto en que suscita la problemática en cuestión y, sobre esa base, se plantean hipótesis frente a las interrogantes antes señaladas, así como la metodología que se utiliza para sustentar estas hipótesis.

En el segundo capítulo (marco teórico) se esbozan las bases conceptuales de la investigación, se parte por definir qué se entiende por independencia y autonomía, cuál es su relevancia y qué criterios existen para medir si una Agencia de Competencia es independiente, diferenciando la independencia formal de la de facto. Luego, se ha considerado necesario exponer la problemática que implica la captura (influencia) de la Agencia de Competencia tanto en su vertiente económica como política, a partir de la noción general de captura del Estado. Para culminar este capítulo, se evalúa el funcionamiento de algunas Agencias de Competencia a nivel Latinoamericano basada en la afinidad de su política económica con la nuestra, y se plantea una taxonomía sobre las formas de designación de los altos funcionarios en las Agencias de Competencia estudiadas.

Posteriormente, en el tercer capítulo (desarrollo del tema) se trata de llenar el diseño institucional del Indecopi, a fin de establecer cómo su dependencia funcional del Ejecutivo puede propiciar un riesgo de influencia o presión política en las decisiones de la Agencia de Competencia peruana. Para evidenciar tal problemática y la forma en la que afecta la confianza que se tiene en el Indecopi se utilizan informes de organismos internacionales y naciones, análisis casuístico, entrevistas abiertas y encuestas.

En el cuarto capítulo (análisis y propuestas) se toma el problema detectado y se plantean alternativas de solución, que son comparadas a partir de un Análisis de Impacto Regulatorio (AIR). Sobre esta base, se analiza, junto con la opción de no regular, la alternativa de convertir al Indecopi en un organismo constitucionalmente autónomo, o dotarlo de mayor independencia funcional. Luego del análisis correspondiente, se considera que la alternativa más eficiente es la de generar mayor independencia funcional del Indecopi, para lo cual se propone que se adopten determinadas medidas para transparentar y descentralizar la designación de sus altos funcionarios y los vocales de sus órganos resolutivos.

Capítulo I. Planteamiento del problema

1. Justificación

El Estado aglomera una serie de entidades que se desenvuelven en un escenario en el que participan distintos agentes, entre ellos, los políticos. Como parte del proceso democrático, los agentes políticos delimitan el camino que deben recorrer las entidades públicas para concretar las políticas de gobierno y de Estado. Sin embargo, algunas veces, la intensidad de esta influencia puede resultar contraproducente en determinadas entidades debido a los temas que abordan, como precisamente sucede con una entidad como el Indecopi, la Agencia de Competencia peruana¹.

Esta entidad del Estado debe adoptar decisiones que obedezcan a criterios neutrales², en donde se evite presiones externas, vengan de donde vengan. ¿Por qué? La razón es simple: la Agencia de Competencia peruana marca reglas de juego³ en el mercado, que determinan la relación entre competidores (competencia desleal y libre competencia) y la relación entre estos últimos con los consumidores (protección al consumidor), controlando incluso las posibles barreras de acceso y permanencia que imponga el propio Estado (eliminación de barreras burocráticas).

De esta manera, las decisiones del Indecopi delimitan la ruta para alcanzar un mercado libre y competitivo, que no solo beneficie a las empresas sino también a los consumidores. En el caso de la Agencia de Competencia peruana, el Indecopi, sus decisiones han implicado un ahorro para los consumidores, así como menos costos para las empresas. Por citar solo algunos ejemplos, en el denominado caso del “Papel Higiénico”, en donde los principales fabricantes de este producto habían acordado fijar su precio, se estimó un ahorro estimado de S/ 1.144,40 millones de soles para todos los consumidores peruanos (Trelles, Sánchez, Zárate, Fuentes y Cerrón 2018). Otro ejemplo puede apreciarse en materia de barreras burocráticas, en donde se determinó que, para el año 2018, la identificación e inaplicación de 6.400 barreras burocráticas generó un ahorro a los

¹ Para efectos de facilitar la lectura del presente trabajo, se emplea el término Agencia de Competencia peruana para hacer mención al Indecopi. No obstante, se precisa que el término Agencia de Competencia está circunscrito a aquellas entidades que tienen funciones en materia de libre competencia y competencia desleal, mientras que en el caso del Indecopi, además de estas funciones, aborda temas de consumidor, concursal, barreras burocráticas, entre otros.

² La Agencia de Competencia, al igual que los denominados Organismos Reguladores, surge dentro de la búsqueda de un Estado neutral (Torre 2005; Bilbao 1999; Sala 1984); es decir, de un Estado que, si bien interviene en la economía, lo hace bajo fuertes dosis de objetividad y desprovisto de presiones políticas. La neutralización política aparece como respuesta frente al riesgo de intervenciones arbitrarias en temas sensibles para la ciudadanía por su trascendencia económica o social (Salvador 2002; Sala 1984).

³ Estas reglas de juego las plantea la Agencia de Competencia a través de su normativa (guías y lineamientos), así como en el ejercicio de sus funciones de fiscalización y la emisión de jurisprudencia. Al respecto, el concepto de regulación implica el establecimiento de una regla de conducta, por lo que estas no están limitadas a la emisión de leyes, sino también abarcan toda actuación del Estado que implique la adopción de un determinado comportamiento (Grabosky 1995).

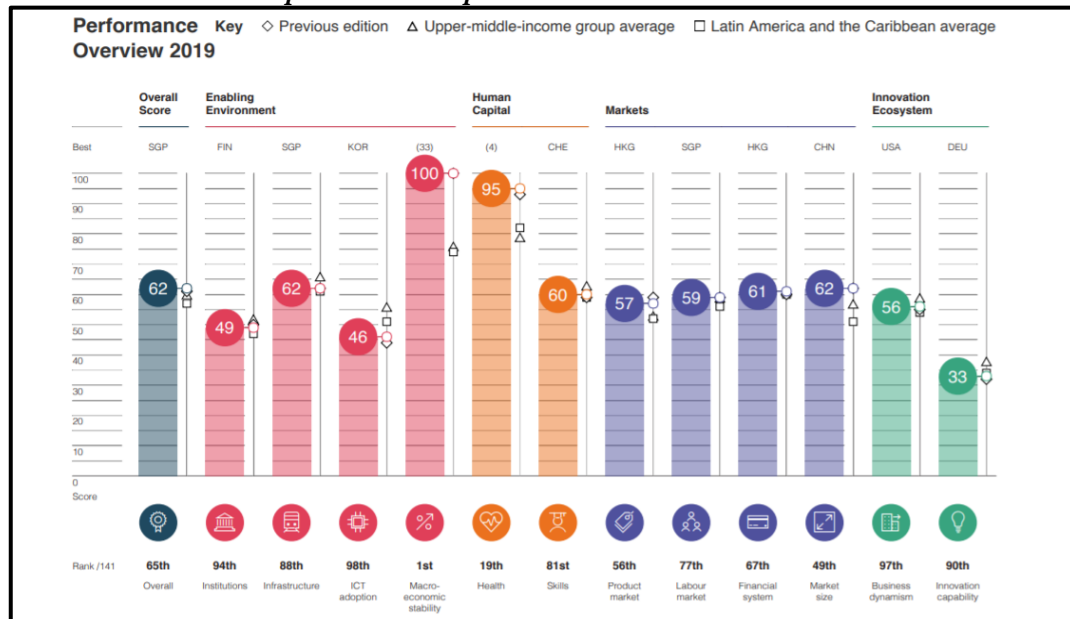
ciudadanos y empresas de S/ 104 millones (Indecopi 2019).

Justamente, debido al alcance de las decisiones del Indecopi, los agentes políticos buscan una oportunidad para intervenir y obtener réditos de cara a la ciudadanía, presionando a esta entidad para que sancione a una empresa o establezca reglas en base a criterios políticos. Sin embargo, se olvidan que la efectividad de un adecuado marco de competencia depende de la independencia de dicha agencia. Además, no siempre lo popular es sinónimo de una decisión justa o compatible con nuestro modelo económico, y no necesariamente es lo mejor para la protección de la competencia o del consumidor.

En efecto, las decisiones de una Agencia de Competencia no deben estar sujetas a criterios políticos (Escolan y Schatan 2017), ya que suelen sustentarse en una lógica de “aceptación popular” que prioriza la adopción de decisiones que quizá resultan políticamente rentables (Stigler 1971), pero, a la larga, pueden terminar afectando a los propios consumidores o, incluso, beneficiando a determinados grupos de interés (Cuadrado y Carrillo 2015).

Este tipo de interferencias o presión resulta, pues, relevante debido a que evidencia un riesgo sobre la falta de independencia de la Agencia de Competencia, lo cual puede terminar desincentivando posibles inversiones. De acuerdo al último trabajo del *The Global Competitiveness Report* (2019), de los 100 países evaluados, el Perú se encuentra en el puesto 65 en índices de competitividad, muy por debajo de Chile (33), Uruguay (54) y Colombia (57). Sin embargo, lo que llama la atención es que uno de los pilares más bajo del Perú en esta evaluación es el pilar de “Instituciones”, donde se analizan criterios como “regulación de conflictos de intereses”:

Gráfico 1. *Global Competitiveness Report*



Fuente: *The Global Competitiveness Report* (2019).

De la misma forma, tenemos conceptos muy bajos en el indicador *product market*, en donde se evalúan temas relativos al Derecho de la competencia, como “Competencia en servicios” y “Extensión de dominio del mercado”. En ese sentido, los índices de competitividad aún no nos brindan un adecuado *performance* en materias de competencia, las cuales se encuentran a cargo de Indecopi.

En la misma línea, la inversión extranjera en el Perú tiene una relación directa con los estudios de Riesgo País (Sarmiento 2011), en donde se analizan, entre otros, la solidez y credibilidad de las instituciones, como es el caso del Indecopi: la Agencia de Competencia peruana. La falta de independencia de esta última afecta la competitividad de un país y, con ello, puede inhibir incluso su capacidad de innovación (De León 2004; Urbano y Sánchez 2014).

Pese a esta importancia, en el presente trabajo veremos que la actual posición del Indecopi dentro del aparato estatal genera un riesgo en su independencia ante la amenaza de presiones o influencias políticas del Poder Ejecutivo. Hoy por hoy, la Agencia de Competencia no cuenta con los candados institucionales suficientes para acotar el riesgo de presiones políticas.

Por todos estos motivos, resulta necesario cuestionarnos **si el marco legal actual protege la independencia del Indecopi frente al riesgo de influencia o presión política**. Y, de no ser así, proponer medidas para disminuir dicho riesgo frente a las decisiones que adopta tal entidad.

2. Antecedentes

En 1990, tras asumir como presidente de la República del Perú, Alberto Fujimori inició un programa de apertura al mercado, acorde a la tendencia regional, aunque alejándose de su propuesta electoral inicial. En 1992, con el apoyo militar, el Gobierno de turno realizó un golpe de Estado, retiró a los miembros del Congreso y realizó nuevas elecciones congresales (Castro 2012). Este golpe de Estado tuvo un consenso de casi el 80% de la población, incluyendo a las elites políticas y económicas (Montero 2001).

Es en estas circunstancias que, en 1993, se emitió la nueva Constitución Política del Perú, la cual estableció una economía social de mercado⁴ y los siguientes principios económicos como: el rol subsidiario del Estado⁵, la libertad de empresa, igualdad de las inversiones, libertad de contratar, la protección del consumidor, entre otros. Con estos principios se logró que se modifique el rol del Estado, quien pasó a ser el principal vigilante de la libre competencia⁶.

Para cumplir los principales pilares en materia económica se creó el Indecopi, quien desde sus inicios estuvo vinculada con entidades de orden político. De esta manera, la Agencia de Competencia peruana fue creada a finales de 1992 y entró en operación en 1993⁷. En sus inicios, el Indecopi dependía del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, aunque gozaba de cierta autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Posteriormente, en 1998, con la entrada en vigencia de la Ley N° 26923, este organismo quedó adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros⁸ (PCM), lo cual se mantiene hasta la fecha.

A esta entidad le fueron otorgadas una serie de competencias bastante amplias y exclusivas en las siguientes materias: (i) libre competencia; (ii) eliminación de barreras burocráticas ilegales o irrazonables que limiten el acceso o permanencia de los agentes en el mercado; (iii) competencia

⁴ Castro (2020: 62) señala que la definición del concepto “economía social de mercado” se encontraba ya recogido en la constitución de 1979, sin embargo, fue en la de 1993 cuando se establece el concepto de manera oficial.

⁵ Quintana, Ruiz y Martínez (2012: 20) definen el término como “la participación del Estado en actividades en las que por razones diversas el sector privado no participa. Esta definición implica que la intervención subsidiaria del Estado como proveedor de bienes o prestador de servicios se debe a que las empresas privadas no llegan a satisfacer las demandas de determinados grupos de usuarios”.

⁶ El artículo 61° señala: “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 (...)”.

⁷ A través del Decreto Ley N° 25868, publicado el 24 de noviembre de 1992, se emitió la Ley de Organización y Funciones del Indecopi; sin embargo, las labores de esta entidad iniciaron en 1993 (Ramos, 2013; Quintana, 2013).

⁸ Existen posteriores normas que confirman la adscripción del Indecopi a la PCM, como el Decreto Legislativo N° 1033.

desleal; (iv) protección del consumidor; (v) procedimientos *antidumping*; (vi) leyes de protección de la propiedad intelectual; y, (vii) procedimientos concursales. Sobre todas estas materias, el Indecopi cuenta con capacidad de decidir conflictos, imponer sanciones, emitir precedentes de observancia obligatoria y establecer medidas correctivas.

Después de más de una década funcionando, en el año 2008, se vio por conveniente generar una reforma institucional en el Indecopi⁹, con miras a diseñar procedimientos administrativos más garantistas y lograr mejorar la protección de los consumidores, la competencia y la propiedad intelectual. Para estos fines, se emitió el Decreto Legislativo N° 1033, que aprobó la Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

No obstante, estos cambios hicieron necesario adecuar la organización y estructura interna de la Agencia de Competencia peruana; razón por la cual, el Ejecutivo emitió el Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi¹⁰. Sin embargo, según se analiza en el Capítulo III, la forma en cómo se organiza el Indecopi entraña un riesgo: puede permitir la presión o influencia política del Poder Ejecutivo, sumado a una presión colateral del Poder Legislativo.

Posteriormente, en el año 2015, se establecieron nuevos mecanismos para mejorar la política de competencia en el país. De igual manera, para fortalecer la transparencia y objetividad de la Agencia de Competencia, se dio mayor publicidad a los informes técnicos y resoluciones finales emitidas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (OCDE 2018). Sin embargo, estos mecanismos no han mostrado su eficiencia de cara a disminuir el riesgo de presión política en el Indecopi, pues el nombramiento de sus altos funcionarios se encuentra en manos de un solo poder del Estado: el Ejecutivo.

La historia reciente del Indecopi nos lleva a las facultades que se le ha otorgado en materia de control previo de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú, toda vez que dicho tema ha revestido, desde su gestación, un particular interés político. En efecto, con la promulgación de la Ley 31112¹¹ emitida por el Congreso de la República, se derogó el Decreto de Urgencia N° 013-2019¹², dando paso a la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración

⁹ Esta reforma se dio en el marco del proceso de fortalecimiento institucional y modernización del Estado peruano por parte del Ejecutivo con el fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.

¹⁰ Aprobado por Decreto Supremo N° 009-2009-PCM publicada en *El Peruano* el 17 de febrero de 2009.

¹¹ Publicada el 07 de enero de 2021 en el diario oficial *El Peruano*.

¹² Tras varios proyectos de ley emitidos por el Congreso de la República en los últimos años, el control previo no pudo llegar a aprobarse por el Poder Legislativo, siendo el Ejecutivo quien decidió emitir el Decreto de Urgencia N° 013-2019, sobre el control previo de Operaciones de Concentración Empresarial

empresarial y su reglamento¹³, el cual establece un régimen de control previo de operaciones de control empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica. A su vez, se declaró como autoridad competente para este control previo al Indecopi a través de su Comisión de Defensa de la Libre Competencia como primera instancia.

Todo lo antes expuesto evidencia que la Agencia de Competencia ahora tiene una función adicional sobre un tema tan delicado y complejo, como lo es, el control previo de concentraciones empresariales, que implica un riesgo en su independencia dado los actores que se encuentran involucrados.

3. Planteamiento del problema

3.1 Delimitación del problema

La independencia del Indecopi frente al riesgo de influencia o presión política del Poder Ejecutivo durante el periodo de 1999 al 2020. El presente trabajo aborda la problemática en cuanto a la forma de designación de los altos funcionarios del Indecopi. Debido a los alcances y limitaciones propias de una tesis de esta naturaleza, no se desarrolla la presión mediática que pueden ejercer los medios de comunicación sobre las decisiones del Indecopi, así como tampoco considera otros aspectos como las evaluaciones de la sociedad sobre el desempeño institucional a través del tiempo, ni tiene por finalidad evidenciar algún caso de corrupción.

3.2 Preguntas de la investigación

3.2.1 Preguntas e hipótesis principales

Para la presente investigación, se han planteado las siguientes interrogantes e hipótesis principales:

Tabla 1. Preguntas e hipótesis principales

Preguntas principales	Hipótesis principales
Primera pregunta principal: ¿La posición del Indecopi dentro del aparato estatal genera un riesgo en su independencia por presión o influencia política?	La independencia del Indecopi puede verse afectada debido a que existe una alta discrecionalidad del Poder Ejecutivo en el nombramiento de los integrantes del Consejo Directivo y los miembros de los órganos resolutivos de la Agencia de Competencia peruana (vocales y comisionados), y no se cuenta con transparencia en el proceso de designación de tales miembros. De esta manera, la posición del Indecopi dentro del aparato estatal genera un riesgo en su independencia debido a la presión o influencia política por parte del Poder Ejecutivo, quien tienen incentivos para influir en las decisiones de la Agencia de Competencia peruana cuando: (i) esta entidad trata casos mediáticos, de alto interés para la ciudadanía (primer supuesto); (ii) en los casos que participan otras entidades del Ejecutivo (segundo supuesto); o (iii) en los casos en donde quienes dirigen este

¹³ Aprobado por Decreto Supremo N° 039-2021-PCM, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 04 de marzo de 2021.

	poder tienen un interés directo (tercer supuesto).
Segunda pregunta principal: ¿Cómo puede disminuirse el riesgo de presión o influencia de los agentes políticos en las decisiones de la Agencia de Competencia peruana?	El riesgo de presión o influencia de los agentes políticos en la Agencia de Competencia peruana puede disminuirse convirtiéndola en un Organismo Constitucionalmente Autónomo y dotándola de mayor independencia estructural y funcional, para lo cual podrían adoptarse las siguientes medidas: (i) Sobre los miembros del Consejo Directivo: la propuesta de designación debería ser realizada por el Poder Ejecutivo, estando su aprobación a cargo de representantes de tres organismos constitucionalmente autónomos (Banco Central de Reserva, la Defensoría del Pueblo y la Junta Nacional de Justicia). (ii) Sobre los miembros de los órganos resolutivos: la designación de los vocales debe efectuarse mediante un concurso público. (iii) Sobre la transparencia: en los dos casos anteriores, el proceso de designación debe ser público y de fácil acceso a la ciudadanía, en donde se admita que los principales grupos de interés planteen observaciones sobre los candidatos.

Fuente: Elaboración propia 2021.

3.2.2 Preguntas e hipótesis secundarias

Adicionalmente, con motivo de la problemática materia de análisis se han planteado la siguiente interrogante e hipótesis secundaria:

Tabla 2. Pregunta e hipótesis secundaria

Pregunta secundaria	Hipótesis secundarias
¿La posición del Indecopi en el Poder Ejecutivo genera desconfianza en la independencia del Indecopi?	La designación de los altos funcionarios del Indecopi por parte del Poder Ejecutivo genera desconfianza frente a presiones políticas, lo cual afecta la institucionalidad de la Agencia de Competencia peruana.

Fuente: Elaboración propia 2021.

4. Objetivos de la investigación

Sobre la base de nuestra problemática e hipótesis, la presente investigación plantea los siguientes objetivos:

- **Primer objetivo principal:** Determinar que existe un riesgo en la independencia del Indecopi por presiones o influencias políticas, el cual se generaría debido a lo siguiente: **(i)** la existencia de una alta discrecionalidad del Poder Ejecutivo en el nombramiento de los miembros del Consejo Directivo y los miembros de los órganos resolutivos de la Agencia de Competencia peruana; y **(ii)** que no se cuenta con transparencia en el proceso de designación de tales miembros. Asimismo, se busca establecer que este riesgo se generaría, pues el Poder Ejecutivo tienen incentivos para influir en las decisiones del Indecopi cuando esta entidad trata casos mediáticos, de alto interés para la ciudadanía o en los que participan otras entidades del Ejecutivo.
- **Segundo objetivo principal:** Demostrar que el riesgo de presión o influencia de los agentes políticos en la Agencia de Competencia peruana puede disminuirse dotándole de mayor independencia estructural y funcional, a través de procesos de designación de funcionarios

descentralizados y transparentes.

- **Objetivo secundario:** Evidenciar que la designación de los altos funcionarios del Indecopi por parte del Poder Ejecutivo genera desconfianza frente a presiones políticas, lo cual afecta la institucionalidad de la Agencia de Competencia peruana.

5. Metodología

5.1 Tipo de investigación

El propósito principal de la presente investigación es analizar, explicar y demostrar que la posición del Indecopi dentro del aparato estatal genera un riesgo en su independencia por presiones políticas por parte del Poder Ejecutivo, para la cual se tomará la experiencia de dicha entidad durante el periodo del 1999 al 2020, que aborda todos los mandatos presidenciales que han existido hasta la fecha.

En ese sentido, nuestra investigación es esencialmente cualitativa, toda vez que parte de un proceso de reflexión y sistematización de información para comprender una determinada realidad (Meneses 2004). En nuestro caso, esta reflexión implica cuestionarnos cómo se ha dado la influencia política del Indecopi y qué medidas podrían adoptarse para dotar de mayor independencia a esta agencia y así disminuir tal influencia. No obstante, en esta tesis se emplean, además, elementos de una investigación cuantitativa (encuestas), específicamente para establecer que la posición del Indecopi respecto del Poder Ejecutivo genera también desconfianza en su independencia, afectando la institucionalidad de la Agencia de Competencia peruana.

5.2 Métodos de la investigación

Para efectos de la presente tesis, se ha empleado los siguientes métodos de investigación:

- (i) Estudios de casos:** se ha efectuado un análisis crítico sobre casos relevantes vistos por el Indecopi, en los que existen indicios suficientes de que pudo haber existido influencia política en las decisiones que adoptó dicha agencia (evidencia primaria). Asimismo, se analizan casos de otros países y cómo funcionan las medidas que han adoptado para disminuir la influencia política en la Agencia de Competencia (evidencia secundaria).
- (ii) Entrevistas abiertas:** dada la naturaleza del tema objeto de investigación, se ha efectuado entrevistas abiertas a funcionarios y ex funcionarios del Indecopi, agentes políticos y especialistas sobre la materia (evidencia primaria). La finalidad de estas entrevistas es obtener, a partir de preguntas flexibles, información relevante que permita evidenciar la existencia de correlación entre las decisiones del Indecopi y la presión o influencia que pueda ejercer el Ejecutivo.

(iii) Análisis documental: adicionalmente, se ha revisado informes de organismos y entidades internacionales y naciones que aborden la problemática de la influencia política de la Agencia de Competencia peruana por parte del Poder Ejecutivo (evidencia secundaria).

(iv) Encuestas: finalmente, se han empleado encuestas a agentes y profesionales que se relacionan de forma activa con el Indecopi, ya sea porque son representantes de empresas que son supervisadas por dicha entidad o porque asumen el patrocinio legal frente a procedimientos administrativos sancionadores. Con estas encuestas se acredita que la posición del Indecopi respecto del Poder Ejecutivo genera también desconfianza en su independencia, afectando la institucionalidad de la Agencia de Competencia peruana.

5.3 Muestra de la investigación

Expuesto los métodos de nuestra investigación, a continuación, se detallará la muestra que se tomará para cada método:

Tabla 3. Muestras de la investigación

Método de la investigación	Muestra de la investigación
Estudios de casos	Siete (7) casos del Indecopi, que evidencien la presión política ejercida en esta agencia (evidencia primaria).
	Tres (3) casos de las Agencias de Competencias de otros países y sus resultados para disminuir la influencia política (evidencia secundaria). Se analizarán los casos de México, Chile y Colombia.
Entrevistas abiertas	Nueve (9) entrevistas a funcionarios y ex funcionarios del Indecopi, agentes políticos y especialistas sobre la materia (evidencia primaria).
Análisis documental	Revisión de cinco (5) informes de organismos y entidades internacionales y nacionales.
Encuestas	Encuestas a un universo de trescientos (300) agentes y profesionales que se relacionan de forma activa con el Indecopi, ya sea porque son representantes de empresas que son supervisadas por dicha entidad o porque asumen el patrocinio legal frente a procedimientos administrativos sancionadores.

Fuente: Elaboración propia 2021.

Capítulo II. Marco teórico

1. Sobre la independencia de la Agencia de Competencia

1.1 La relevancia de la independencia de la Agencia de Competencia

De acuerdo con la OCDE (2014), existen razones para garantizar la independencia de las Agencias de Competencia. La primera de ellas es que la implementación de una política de competencia implica evaluaciones económicas y legales complejas que requieren de flexibilidad para responder a los casos en concreto y tener presente los cambios en los mercados.

En segundo lugar, la política de competencia requiere de un compromiso creíble, y más aún cuando el agente de competencia se encuentra directamente vinculado en actividades económicas. Las empresas realizan inversiones por un periodo de tiempo considerable, por lo que se encuentran sujetos a cambios en el marco regulatorio. Es por ello que resulta necesario la independencia de la Agencia de Competencia para demostrar a los agentes económicos la imparcialidad y estabilidad en la aplicación de la regulación (OCDE 2016a).

Por su parte, el Banco Mundial (2016) ha resaltado la importancia de la independencia en la toma de decisiones y ha precisado que son necesarios los bloques de construcción institucional, que comprenden a la independencia organizativa (separado de ministerios o departamentos), financiera (adecuada y segura fuente de financiamiento) y de gestión (autonomía sobre la administración interna).

También podemos considerar importante la independencia de la agencia para aplicar efectivamente las leyes de competencia. Esta independencia resulta relevante para que la agencia pueda resolver conflictos de intereses que surjan de los vínculos estrechos con el gobierno. Si no existiese un marco legal que asegure tal independencia resultaría más sencilla la intromisión política en las decisiones de la Agencia de Competencia (Delgado y Otero 2015).

A partir de lo señalado, podemos decir que **la independencia de la Agencia de Competencia no es un fin en sí mismo, sino debe ser evocado como un medio para lograr que funcione como un árbitro neutral en el mercado**, basado únicamente en consideraciones técnicas y objetivas. Esto, con la finalidad de generar confianza en sus decisiones y predictibilidad frente a los agentes que interactúan en el mercado, ya sean empresas o consumidores.

1.2 De la independencia formal a la de facto de la Agencia de Competencia

La primera discusión que consideramos necesario abordar no es otra que la distinción entre independencia formal y de facto de la independencia de la Agencia de Competencia. Para estos efectos, siguiendo el índice de independencia formal desarrollado por Gilardi y Maggetti (2010), este tipo de independencia toma en cuenta cuatro dimensiones:

- **Primera dimensión:** se analiza el periodo de mandato del presidente de la agencia o la junta directiva, pero también se analiza si los funcionarios de la agencia son nombrados por un solo actor o por un procedimiento más amplio, si pueden ser despedidos, si resulta posible la renovación del nombramiento, la compatibilidad con otras oficinas y si la independencia de un funcionario es un requisito explícito.
- **Segunda dimensión:** está referida a la relación entre la agencia y los políticos; por ejemplo, si la independencia de la agencia se declara formalmente, esta dimensión exige preguntarnos cuáles son sus obligaciones formales y bajo qué condiciones se pueden revocar sus decisiones.
- **Tercera dimensión:** aquí se encuentra la independencia financiera y organizativa de la agencia. Por lo habitual, implica verificar si su fuente de financiamiento proviene de ingresos públicos generales o si son autofinanciados por las multas que imponen a las empresas, entre otros. Por ello, el presupuesto resulta un punto crítico para la influencia indebida (OCDE, 2016a). Asimismo, se analiza si la agencia es libre de organizar su estructura interna y política de personal¹⁴.
- **Cuarta dimensión:** finalmente, se analiza las competencias regulatorias, como son la elaboración de normas, la supervisión que realiza la Agencia de Competencia y la imposición de sanciones.

Muchos autores coinciden en que la independencia formal no asegura necesariamente que exista una independencia de facto. La independencia informal o de facto implica que aún en ausencia de la independencia formal, la Agencia de Competencia puede tomar sus decisiones en función al interés general y en cumplimiento de su mandato (Alviar y Lamprea 2016).

Para Maggetti (2007), la independencia de facto cuenta con dos componentes. Por un lado, la autodeterminación de las preferencias de la agencia, y por el otro, que cuente con autonomía para cumplir con sus actividades tanto respecto de los gobernantes como de los supervisados. Resulta

¹⁴ Por su parte, el Banco Mundial (2006: 50) ha resaltado la independencia de las agencias de competencia para los bloques de construcción institucional, que comprende la independencia organizativa (separado de ministerios o departamentos), financiera (adecuada y segura fuente de financiamiento) y de gestión (autonomía sobre la administración interna).

importante señalar que la independencia de facto depende de varios factores. Uno de los más importantes es el contexto en el que opera la agencia de competencia. Como parte del sistema administrativo se ve afectada inevitablemente por condiciones políticas y económicas. Las reglas o tradiciones políticas no escritas pueden aumentar o disminuir el nivel de independencia (OCDE, 2016a). Cuando hablamos de la independencia de facto, no solo debemos pensar en la influencia desde los políticos, sino también respecto de los agentes regulados o supervisados, así como en aspectos presupuestales, la organización interna, la influencia externa, entre otros (Gilardi y Maggetti 2010).

Coincidimos con los autores en que no resulta suficiente que la independencia de la Agencia de Competencia se asegure únicamente a través de instrumentos legales (independencia formal), cuando en la práctica dichos candados no protegen a la agencia para que pueda desempeñar sus funciones alejada de toda interferencia política o de otros terceros interesados. Por ello, cobra vital importancia asegurar también la independencia de facto, que consideramos resulta aún más importante que la formal.

1.4 La independencia institucional de la Agencia de Competencia

Mediante el informe *Being an independent Regulator*, la OCDE desarrolló una guía práctica contra la influencia indebida (OCDE 2016b), buscando alcanzar una cultura de independencia en las Agencias de Competencia y organismos reguladores. En ese sentido, consideramos que la Agencia de Competencia no es ajena a estas dimensiones básicas para asegurar su independencia de la influencia indebida. Bajo este contexto, podemos considerar las siguientes:

Claridad de roles

Como parte del Estado, la Agencia de Competencia se ve involucrada en la implementación de políticas públicas. Por ello, dicha agencia tiene mayor contacto con el Ejecutivo. Los actores políticos en algunos casos tienen intereses distintos a la Agencia de Competencia. Este potencial conflicto de intereses a veces genera presiones en la agencia, facilitando el camino para que los agentes políticos intenten influir indebidamente en las decisiones que adopta (OCDE 2016b).

En ese sentido, para identificar los roles de los actores se mide el grado de delegación de funciones. Por ejemplo, podemos cuestionarnos si las funciones de la agencia están claramente definidas en la legislación o si está delimita su relación con otras entidades de corte político (Correa, Pereira, Mueller y Melo 2006). También podemos advertir que, más allá de la claridad de las funciones, las decisiones de la agencia pueden distar de aquello que desean los agentes políticos. Cuando esto suceda, el blindaje adecuado a la independencia de la Agencia de

Competencia es un requisito indispensable para afrontar estos conflictos de interés.

Rendición de cuentas y transparencia

Para la OCDE (2014), tanto la rendición de cuentas como la transparencia, son el otro lado de la moneda de la independencia, porque permite que el desempeño de la Agencia de Competencia pueda ser evaluado por la legislatura u otra autoridad competente que le haya delegado cumplir dichas funciones. Para dicho propósito, se debe definir claramente qué aspectos en particular deben ser analizados en la rendición de cuentas y cómo serán evaluados finalmente.

La legitimidad de la Agencia de Competencia se fundamenta en su compromiso de intercambiar información con las partes, consultar con ellas antes de tomar decisiones y absolver cualquier queja que se les plantee. No obstante, existen casos problemáticos en la que partes interesadas ejercen presión sobre miembros del Ejecutivo, como es el caso de los ministros o a miembros del parlamento (OCDE 2016b). Así, la rendición de cuentas garantiza los controles y equilibrios de la agencia de competencia, con la finalidad de asegurar que la agencia no se desvíe de su mandato, o simplemente deje de tener relevancia en el mercado.

Resulta complicado lograr un equilibrio adecuado entre la independencia y la rendición de cuentas. Para conseguirlo se pueden adoptar medidas como la publicidad de las decisiones, prohibición de conflictos de interés, permitir apelaciones a las decisiones de la agencia, entre otros (Smith 1997). Otro mecanismo efectivo de rendición de cuentas es la transparencia, sobre ella, podemos decir, que esta contribuye a fomentar la credibilidad y la confianza de sus decisiones y procesos, para ello, la agencia debe proporcionar información de desempeño de manera oportuna y relevante, ante los poderes del estado y otros órganos estatales involucrados (OCDE 2016b).

Sobre lo señalado, consideramos que asegurar únicamente la independencia de la Agencia de Competencia es una tarea incompleta, si no tiene un contrapeso, para lograr esto último, se exige que la agencia cumpla con rendir cuentas hacia quienes le han delegado sus funciones, y transparencia con todos aquellos interesados en la toma de decisiones de esta agencia.

Independencia financiera

La forma de determinación de la necesidad de financiación de la Agencia de Competencia, cómo se decide los fondos y en qué medida la Agencia de Competencia puede administrar estos fondos de manera autónoma, son requisitos necesarios para asegurar que la Agencia de Competencia pueda cumplir su mandato de forma independiente (OCDE 2016b). En todo caso, la financiación

constituye una fuente importante de autonomía, sobre todo cuando la agencia obtiene recursos para ejercer sus funciones, sin tener que recurrir a la aprobación de su uso ante el parlamento u otro departamento estatal. Esta situación no excluye que la Agencia de Competencia deba rendir cuentas periódicamente (Cuadrado y Carrillo 2015).

Cobra vital importancia contar con esta independencia ante la posibilidad de que existan gobiernos molestos que reaccionen recortando la asignación presupuestaria de la Agencia de Competencia (García-Verdugo 2015). Ante este escenario, es fácil para un Gobierno influir en las decisiones de dicha agencia. Por ello, se recomienda contar con un presupuesto plurianual que resulta menos proclive a choques a corto plazo, producidos por decisiones políticas.

En el caso peruano, la OCDE advirtió que el Indecopi depende en gran medida de las multas que impone como fuente de financiamiento. Esta situación podría acarrear problemas. Para la entidad, al ser un recurso variable, genera incertidumbre sobre los recursos presupuestarios con lo que contará la entidad, lo que podría limitar su planificación a largo plazo. Por ello se recomendó como alternativas que cuente con un presupuesto plurianual, de modo que dependa menos de consideraciones políticas y se reduzca el riesgo de presiones de esta naturaleza (OCDE 2018).

Independencia de liderazgo

La independencia del poder político es esencial para las Agencias de Competencia, por ello deben encontrarse respaldadas por un adecuado diseño institucional, específicamente, en el sistema y condiciones del nombramiento y cese del consejo y sus directivos (García-Verdugo 2015). La falta de transparencia en el nombramiento y el proceso de nominación pueden crear percepciones de proximidad indebida respecto del poder político.

Las agencias de competencia suelen adoptar dos modelos de estructura de liderazgo, ya sea por una junta de varios miembros o por un solo ejecutivo al mando. La mayoría de agencias del mundo adoptan el modelo por juntas de varios miembros, como es el caso del Perú¹⁵, en el entendido que dicho modelo ofrece ventajas como la experiencia diversificada, la mayor resistencia a la captura por las partes interesadas y menor probabilidad de que el puesto de mando sea ocupado por un partidario político no calificado (Kovacic y Hyman 2012). Sin embargo, para que cualquiera de estos modelos acorte el riesgo de presión política es necesario que la designación de quienes lideren la Agencia de Competencia se encuentre a cargo de varios agentes y no de un solo poder,

¹⁵ Como se señaló anteriormente, el Indecopi se encuentra presidido por un Consejo Directivo compuesto por cinco miembros. En la práctica es el presidente del Consejo Directivo es quien ejerce el liderazgo de la entidad.

como sucede en el Perú (ver subcapítulo 1 del Capítulo III).

Comportamiento del personal

El personal de la Agencia de Competencia debe verse lo menos expuesto a presiones de funcionarios públicos o de las propias empresas del mercado, a fin de que su actuación sea objetiva, basada en evidencias y consejos objetivos que ayuden a la agencia a tomar decisiones imparciales (OCDE 2016b). La capacidad de las agencias independientes de evitar las restricciones salariales de la administración pública, permite reclutar y retener a personal mejor calificado. Esta mejora técnica se condice con la mejora en la toma de decisiones de la agencia. Los salarios adecuados también reducen los riesgos de corrupción (Smith 1997).

En el caso de la Agencia de Competencia peruana, los salarios de los trabajadores expertos en temas de competencia no resultan competitivos en comparación con otros reguladores u órganos jurisdiccionales. Dada esta situación, los trabajadores de la entidad tienen expectativas salariales mucho mayor en otros puestos en Perú, por ello, se recomienda una revisión de los niveles retributivos del Indecopi para contratar y retener a trabajadores mejor capacitados (OCDE 2018).

2. De la captura económica a la captura política de la Agencia de Competencia

2.1 Ideas preliminares: sobre la democracia y la captura del Estado

Según explica Norberto Bobbio, una definición mínima de democracia parte por entenderla como el conjunto de reglas que establecen “quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos” (Bobbio 1991, p. 24). De este modo, en una democracia son los ciudadanos quienes elegimos a aquellos que tomarán las decisiones colectivas, los cuales se encontrarán sujetos a determinados procedimientos para la toma de tales decisiones; por ejemplo, el respeto a los derechos fundamentales de las personas (Galli, 2013).

En este contexto, los elegidos para gobernarnos tienen en el Estado a una organización política constituida por un conjunto de entidades (Gordon, 2002), a través de las cuales se toman decisiones que impactan en la ciudadanía, y para ello ejercen el monopolio del uso de la fuerza como última ratio (Weber, 1982). En un escenario ideal, quienes nos gobiernan deben usar las entidades que conforman el Estado para promover el bien común; sin embargo, esto no siempre es así. ¿Por qué? La respuesta es compleja, pero quizá se deba a que en cualquier democracia subyacen distintos grupos de intereses, propios de toda sociedad, quienes buscarán hacerse del poder estatal. Evidentemente, esto no es negativo *per se*, pero implica un riesgo frente al cual no

podemos cegarnos: que las entidades estatales sean usadas dejando a un lado el interés general. Y este riesgo, nos guste o no, es inherente a cualquier democracia y se verá agudizado si no existe un marco institucional sólido que encause adecuadamente la satisfacción de estos intereses particulares, como ocurre en nuestro país en donde sus instituciones viven amenazadas por prácticas políticas corrosivas (Vergara 2018; Ganoza y Stiglich 2019; Dargent 2021).

Más allá de los ideales que puedan existir, debemos ser conscientes que a través del Estado se ejerce un poder que no siempre será empleado de la forma más adecuada. Un poder que vive buscando ser capturado. Por esto motivo, la captura de la Agencia de Competencia es un problema que se enmarca en uno aún mayor: la captura del Estado.

En términos simples, la captura del Estado constituye un proceso para alcanzar el poder público y emplearlo en beneficio de intereses particulares –en lugar del tan distante bien común–, ya sea para obtener regulaciones, políticas públicas, fallos judiciales y administrativos, entre otros (Fuentes-Nieva y Galasso 2014; Banco Mundial 2000). La captura del Estado rompe, pues, aquella búsqueda del interés general, por lo que suele estar asociada al aumento de la desigualdad (García, Ruíz y De Anchorena 2018; Fuentes-Nieva y Galasso 2014; Milanovic y Muñoz 2008).

Debido a esta dinámica, por la cual intereses particulares se sobreponen al interés general, la captura del Estado suele asociarse a una forma más de corrupción, ya que algunas veces se obtiene favores del poder público a cambio de provisiones ilícitas (Banco Mundial, 2000). Se dice que, mediante pagos o dádivas no transparentes a funcionarios públicos, las empresas capturan al Estado para acceder a determinados beneficios¹⁶ (Hellman y Kaufmann 2001). A esta figura se le denomina captura económica del Estado.

Sin embargo, quedarnos con esta idea solo sería ver la mitad de un cuadro. La captura del Estado no se circunscribe únicamente a los empresarios privados, es decir, a una vertiente económica. Junto con estos, se dibuja también una captura política. Existen, pues, políticos que se sirven de los recursos que provienen de la corrupción para monopolizar la regulación en beneficio exclusivo de sus propios intereses u otros intereses particulares¹⁷ (Mbaku 1996).

¹⁶ Cuando esto sucede, se configura un escenario en el que grupos con amplio poder económico manipulan la formulación de leyes (Hellman y Kaufmann 2001).

¹⁷ En la década de 1990, Fujimori y Vladimiro Montesinos (los dos personajes políticos más poderosos de esa década) se aliaron con el poder económico. A decir del analista político Sinesio López: “Luego del colapso de la economía, del Estado y de los partidos, los poderes fácticos capturaron el aparato estatal en alianza con el fujimontesinismo que controlaba el gobierno, pusieron orden en la economía a través de los programas de estabilización y de las reformas estructurales y organizaron un Estado cleptopatrimonialista para repartirse el botín: los organismos financieros internacionales se alistaron para cobrar su deuda, los grandes inversionistas

Como se observa, la captura del Estado está estrechamente ligada al fenómeno de la corrupción. No obstante, esta es solo una de las caras de una problemática mucho más compleja. Tal visión resulta, pues, sumamente restrictiva. Por ejemplo, existen ocasiones en que la captura o, mejor dicho, la influencia en las decisiones estatales se debe a que un funcionario público proviene del sector privado, por lo que puede poseer ciertos sesgos y un mayor grado de permeabilidad al lobby empresarial producto de las denominadas puertas giratorias (Castellani 2018). Otro ejemplo se encuentra en la llamada captura instrumental de los partidos políticos, la cual se genera con ocasión de un mecanismo aparentemente legítimo, que es el financiamiento privado de organizaciones políticas, ya que estas, una vez en el poder, pueden influir en las decisiones estatales para beneficio de quienes los financiaron.

Pero, a todo ello, ¿por qué lo expuesto resulta importante para comprender la captura de la Agencia de Competencia? La razón es sencilla: la captura del Estado nos revela que la toma de decisiones públicas puede verse influenciada por una serie de actores: tanto agentes económicos como políticos. De ese modo, cortar esta influencia resulta un objetivo gravitante para alcanzar un mayor grado de independencia por parte de la Agencia de Competencia, cuyas decisiones pueden generar fuertes distorsiones en el funcionamiento de los mercados.

A esto corresponde agregar que dicho marco conceptual nos permite entender, justamente, que la Agencia de Competencia no solo puede ser capturada por agentes económicos, sino también por agentes políticos, pese a que su independencia debería estar asegurada ya que su funcionamiento encuentra razón de ser en el denominado Estado neutral (Sala 1984).

2.2 Agencia a la deriva: sobre la captura económica y política en la Agencia de Competencia

La intervención de la Agencia de Competencia, como entidad del Estado, puede estar condicionada a cuestiones que se encuentran fuera de los muros legales, pero que transitan muy cerca de ellos superándolos en algunas ocasiones, como sucede con la influencia de los agentes económicos y políticos. En este punto, la pregunta cae de madura: ¿qué motiva esta influencia o captura en la Agencia de Competencia? La razón la encontraríamos en los temas que aborda. En efecto, la Agencia de Competencia trata temas que son sensibles.

Por ejemplo, muchas empresas prestan atención a la Agencia de Competencia debido a que

para obtener la tajada de león de la renta minera y de hidrocarburos, y el fujimontesinismo y la alta burocracia (civil y militar) para asaltar el fisco en beneficio propio. La captura se concentró principalmente en los aparatos económicos del Estado” (Durand 2016).

mediante la decisión sobre un caso pueden establecerse determinadas pautas o reglas sobre la forma en que los actores deben comportarse en el mercado¹⁸. La relevancia de estas materias motivaría, así, que los agentes económicos busquen influir en el proceso de toma de decisiones de dicha entidad, ya sea de forma directa o mediante agentes políticos. La dinámica entre ambos actores, en donde las empresas buscan influir en la Agencia de Competencia para tener un escenario más amigable, ha llevado a señalar que existe un riesgo de captura (Baldwin, Cave y Lodge 2013), el cual puede darse por diversos factores, que no necesariamente son ilícitos¹⁹.

Pero esto no queda ahí, la Agencia de Competencia también aborda temas que tienen una connotación más mediática de cara a la ciudadanía, como sucede con los casos en materia de consumidor. En estos se generarían incentivos para que los agentes políticos presionen a dicha agencia para adoptar medidas populistas²⁰, sin valorar su impacto a mediano o largo plazo. En efecto, muchas veces los políticos legislan o presionan a las entidades públicas buscando el respaldo de la ciudadanía, asumiendo posiciones que, a su juicio, son correctas, pero que no necesariamente tendrán los efectos esperados, ya que no se parte de un análisis imparcial del problema que se busca abordar.

Los agentes políticos buscan réditos a través de medidas de impacto social, sacrificando el análisis técnico, la evaluación de opciones, el buen diseño de las políticas públicas. De modo que un actuar como este supone anteponer la acción antes que la reflexión, contrariando así los elementales principios de planificación en los entes públicos (Moncayo 2010).

¹⁸ Como ejemplo de esta afirmación, podemos citar la Resolución N° 043-2019/CCD-Indecopi (caso Uber), en donde el Tribunal del Indecopi declaró improcedente la denuncia interpuesta contra Uber por presuntos actos de competencia mediante su modelo de negocios. Este pronunciamiento era de interés para todas las empresas que realizan actividades similares a las de Uber, pues establece determinadas pautas sobre el modelo de negocio abanderado (ej.: que el modelo de negocio de Uber no está dentro del mercado de taxis).

Otro caso que podría citarse es la Resolución N° 046-2016/CCD-Indecopi (caso McDonald's), en donde se declaró infundada la denuncia presentada por McDonald's contra el Jockey Plaza por presuntamente afectar la libre competencia, pues este centro comercial se negaba a arrendarle un local dentro de sus instalaciones. En dicha oportunidad, el Indecopi estableció una regla en el mercado de los centros comerciales: estos centros pueden negarse a arrendar un local a una empresa, sin que ello implique un acto que afecte la libre competencia.

¹⁹ Por ejemplo, la capacidad de las empresas reguladas para dominar la interpretación de las obligaciones reglamentarias está vinculada a los recursos de las empresas, tanto en términos de organización como de información. Puede pensarse que los profesionales de la regulación forman comunidades epistémicas que cruzan oficinas gubernamentales y reguladoras, y empresas reguladas (Scott 2001).

²⁰ Este trabajo no busca desconocer la problemática que existe en la ciencia política sobre el concepto de populismo, para lo cual sugerimos remitirse al libro de José Nun, *El sentido común y la política* (2015), o de Guadalupe Salmorán, *Populismo: historia y geografía de un concepto* (2021). El empleo de este término es mucho más modesto, y busca dar a entender a aquella visión en donde prima una postura oportunista y personalista del manejo del Estado, en perjuicio de una visión a largo plazo y de corte más técnico. Siendo que aquella visión, como explica el profesor en ciencia política Kurt Weyland (2009), constituye una amenaza para la democracia y desinstitucionaliza el juego político.

Por lo indicado, la influencia de los agentes políticos debe limitarse para evitar injerencias en decisiones de carácter técnico; de lo contrario, las entidades públicas, como la Agencia de Competencia, podrían emitir decisiones cargadas de sesgos populistas sin un adecuado sustento técnico, lo cual puede ser perjudicial en lugar de beneficioso, sobre todo bajo una mirada reflexiva con una proyección a largo plazo y no solo del momento.

De esta manera, **si bien la idea de la captura del Estado por parte de las empresas es lo que más se escucha, no deja de ser incompleta. También es posible que concurren otras figuras, como sucede con la influencia que pueden ejercer otros grupos de interés, como sucede con los agentes políticos.**

Podemos concluir, entonces, que la Agencia de Competencia, como parte del Estado, enfrenta dos tipos de captura: económica, por parte de las empresas que supervisa, pero también política.

3. Análisis comparado respecto a la forma de designación de los altos funcionarios de las Autoridades de Competencia en países de la región y su correspondiente categorización por modelo utilizado

En el siguiente subcapítulo se evalúan a las Agencias de Competencia de países latinoamericanos que tienen una política económica similar a la del Perú. Para estos efectos, analizaremos sus principales funciones y, sobre todo, la forma de designación de sus funcionarios, para encontrar posibles brechas en el actual sistema del Indecopi.

3.1 El caso chileno

En Chile se cuenta con tres (3) instituciones que, en conjunto, guían la defensa de la libre competencia: la Fiscalía Nacional Económica (FNE)²¹, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y, como última instancia, la Corte Suprema.

Para cumplir con su labor, la FNE investiga todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos. Entre sus focos de investigación se cuentan las prácticas colusorias, los abusos de posición de dominio y las concentraciones de mercado que afecten o puedan afectar el bienestar del consumidor²².

²¹ De acuerdo con lo establecido en el artículo 33° de la Ley 211, Ley de Defensa de la Competencia de Chile, la FNE es la agencia chilena encargada de defender y promover la libre competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía. La FNE brinda un servicio público descentralizado, cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio, es independiente de todo organismo o servicio y se encuentra sometida a la vigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

²² <https://www.fne.gob.cl/nosotros/fne/>

En particular, la FNE tiene a cargo los roles de investigador y acusador de las infracciones a la competencia, puede instruir las investigaciones, dando noticia de su inicio al afectado e incluso pudiendo actuar como parte, en representación del interés general del Estado chileno ante el TDLC y la Corte Suprema (Irarrázabal 2010). En ese sentido, se trata de un órgano de instrucción e investigación de conductas anticompetitivas, pero no un órgano de decisión, salvo en algunas situaciones, como el de aprobaciones de concentraciones empresariales²³.

Este organismo, a diferencia del peruano, solo se encarga de temas vinculados a la libre competencia, dejando de lado a otras materias, como la protección al consumidor y la propiedad intelectual, lo cual es tomado por otras entidades de manera independiente (SERNAC e INAPI, respectivamente).

La dirección de la FNE se encuentra a cargo del Fiscal Nacional Económico, quien es nombrado por el Presidente de la República mediante un proceso de convocatoria pública, de amplia difusión y estableciendo los criterios profesionales que se tomarán en consideración²⁴. Es decir, si bien la elección recae en el Presidente de la República, la decisión debe basarse en criterios objetivos, como la capacidad, experiencia y profesionalismo del postulante²⁵.

Luego se encuentra el TDLC²⁶. Este tribunal se encuentra sujeto a la Corte Suprema Chilena, cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. La función más importante es la jurisdiccional, la cual consiste en conocer y juzgar los conflictos derivados de los incumplimientos a la normativa que rige la libre competencia. El TDLC se encuentra compuesto por cinco ministros, tres abogados y dos economistas, los cuales son asignados mediante concurso público, en los cuales interviene el Banco Central (que cuenta con autonomía constitucional²⁷), el presidente de la República y la Corte Suprema (Ferradas 2003).

Por ejemplo, para la designación del Presidente del TDLC, la Corte Suprema presentará al Presidente de la República una terna de cinco postulantes abogados, para que éste pueda hacer la

²³ A través de la Ley N° 20.945 de agosto de 2016, se dispuso que la FNE aprobaría las concentraciones empresariales en calidad de primera instancia.

²⁴ Párrafo 3° del Título VI de la ley N° 19.882.

²⁵ https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/que-hacemos/

²⁶ El cual es descrito por el artículo 5° de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile, como un órgano jurisdiccional especial e independiente.

²⁷ Capítulo XIII de la Constitución Política de Chile.

elección final. Respecto a los otros cuatro magistrados, los mismos deberán ser profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia (dos abogados y dos licenciados en ciencias económicas). Dos integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público. Los otros dos integrantes, también uno de cada área profesional, serán designados por el presidente de la República a partir de dos nóminas de tres postulantes²⁸.

Finalmente, la Corte Suprema tiene a su cargo resolver los recursos de reclamación que se interponen ante las sentencias definitivas y resoluciones de término que emite el TDLC, en su calidad de última instancia en temas referidos a infracciones a la libre competencia.

Por lo antes expuesto, **podemos concluir que el sistema chileno ha hecho esfuerzos en garantizar la independencia y objetividad de los magistrados al repartir su designación en tres (3) instituciones autónomas, lo cual torna compleja la intromisión política, pues no se tiene un único superior jerárquico que pueda condicionar la decisión sobre su designación y remoción.**

3.2 El caso mexicano

En México se cuenta con un Órgano Constitucionalmente Autónomo, denominado Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), el cual se encuentra reconocido de manera expresa en el artículo 28º de la Constitución mexicana. La COFECE es un órgano que cuenta con las competencias necesarias para vigilar y fiscalizar el cumplimiento de la normativa de Libre Competencia y, a su vez, cuenta con mecanismos que garantizan la actuación independiente, profesional, técnica e imparcial de sus funcionarios. Asimismo, establece un esquema de división de funciones que garantiza el manejo de pesos y contrapesos, lo cual brinda a la población la sensación de independencia y objetividad en sus decisiones, siendo esto propio de países desarrollados (Solana 2015).

La COFECE delibera en forma colegiada y decide sus asuntos por mayoría de votos. Las normas generales, actos u omisiones de dicha entidad podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión. Será el Poder Judicial quien resuelva dichos amparos, mediante jueces especializados en la materia.

El titular de la COFECE presenta anualmente un programa de trabajo y trimestralmente un

²⁸ Literales a y b del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile.

informe de actividades a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, el mismo que comparece ante la Cámara de Senadores anualmente y ante las Cámaras del Congreso. En ese sentido, se advierte un control de la entidad, pero no atribuible a un solo poder del Estado, sino que se realiza de manera disipada, lo cual brinda mayor objetividad y una saludable discusión entre los distintos agentes públicos. Los comisionados de la COFECE son removidos de su cargo por las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República, por falta grave en el ejercicio de sus funciones.

La COFECE se integra por siete Comisionados, incluyendo el Comisionado Presidente, designados en forma escalonada a propuesta del Ejecutivo Federal con la ratificación del Senado. El presidente de esta entidad es nombrado por la Cámara de Senadores de entre los comisionados, por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes y por un periodo de cuatro años, renovable por una sola ocasión²⁹. Los comisionados deberán cumplir con varios requisitos, entre los cuales se pueden destacar: gozar de buena reputación, poseer título profesional, haberse desempeñado cuando menos tres años, en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas sustancialmente relacionadas con materias afines a las de competencia económica y acreditar los conocimientos técnicos necesarios para el ejercicio del cargo (Hernández 2019).

En ese sentido, en México la designación de los vocales de la COFECE no se encuentra concentrada en la decisión del Presidente de la República, sino que se encuentra desconcentrado tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Legislativo, lo que presupone existe un consenso político sobre las cualidades de los funcionarios y un respaldo a su gestión actual y venidera.

No obstante, si bien resultan importante contar con garantías institucionales, esto no evita que un organismo con esta categoría pueda ser susceptible de influencia política. Por esta razón, cuando la OCDE (2020: 60) evaluó el caso mexicano recomendó que la autoridad de competencia adopte otras medidas para garantizar su independencia, por ejemplo, ofrecer a su personal claridad y certidumbre sobre las oportunidades de trayectoria profesional a largo plazo.

3.3 El caso colombiano

Colombia cuenta con una Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), la cual vela por el buen funcionamiento de los mercados a través de la vigilancia y protección de la libre competencia (incluida la aprobación de acuerdos de concentraciones empresariales), competencia

²⁹ Diferentes artículos de la Ley Federal de Competencia Económica Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 23-05-2014.

desleal, tutela de los derechos de los consumidores, propiedad industrial, protección de datos personales, entre otros. También es competente para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquier disposición dentro de su esfera de control, así como tramitar los reclamos que puedan interponer los usuarios de servicios y productos ofertados en el mercado³⁰.

La SIC tiene las funciones más parecidas al Indecopi e incluso tiene competencias adicionales, como la protección de los datos personales. En ese sentido, termina siendo un organismo que debe tener una amplia pluralidad de profesionales en distintos sectores, como economistas, abogados e ingenieros especialistas del sector. Respecto a la conformación de los funcionarios, de conformidad con el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, le compete al Presidente de la República nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales, lo cual incluye a los funcionarios de la SIC.

En ese sentido, el Presidente de la República de Colombia puede nombrar y remover libremente a los agentes de la SIC. En ese sentido, el puesto de este funcionario tiene matices políticos y de confianza, por lo que una posibilidad de intervencionismo o captura se torna en probable³¹.

Inclusive la Ley 775 del 2005, en su artículo 7° realiza una clasificación de los empleos públicos que deben ser de carrera y cuales son de libre nombramiento. En el artículo 7.1 se indica que tanto el Superintendente, Superintendente Delegado e incluso el Jefe de Control Interno del SIC podrán ser nombrados libremente por parte del Presidente de Colombia, una situación bastante diferente a México y Chile. No obstante, la elección de los altos funcionarios de esta institución no cuenta con total libertad por parte del Presidente de la República, como podría ocurrir en Perú, dado que en la legislación colombiana³² se han incluido algunos candados que pueden facilitar la objetividad en la designación del Superintendente de la SIC.

Algo interesante, pero no obligatorio, es que el Presidente de la República, previo a la designación, podrá solicitar opinión a las organizaciones ciudadanas, sociales, universitarias o académicas,

³⁰ Decreto 4886 de 2011.

³¹ Por ejemplo, el Superintendente de Industria y Comercio, Andrés Barreto, fue el tesorero de la campaña del presidente colombiano, Iván Duque. Disponible en: <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2018/180915-El-Presidente-Ivan-Duque-designo-a-Andres-Barreto-Gonzalez-como-Superintendente-de-Industria-y-Comercio.aspx>

³² Así, el Decreto 1817, del 2015, estableció que dicho funcionario deberá tener un título profesional y título de post grado (maestría o doctorado) en áreas afines al sector. También estableció que el postulante deberá tener diez años de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo. Además, se estableció que el nombramiento por parte del Presidente de la República se realizará previa invitación pública efectuada a través del portal de la Presidencia de la República, para quienes cumplan con los requisitos y condiciones para ocupar dicho cargo.

sobre la imagen y desempeño de los aspirantes. No obstante, dado que al final esta designación depende del Poder Ejecutivo, presenta una alta influencia política, que puede comprometer incluso la política de competencia (Arciniegas y Onofre 2016: 68).

En conclusión, en el caso colombiano vemos un panorama mucho más político en la designación de los funcionarios del SIC, lo cual podría generar que exista un riesgo de intromisión política al momento de tomar algún tipo de decisión.

3.4 El caso de Estados Unidos

A nivel federal, la División de Antimonopolio (*Antitrust Division*) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) tiene la responsabilidad jurisdiccional de penalizar toda violación del Acta Sherman (que regula el *Antitrust*) y de investigar fusiones y adquisiciones de empresas bajo el Acta Clayton (Attorney General of Washington, 2021).

A la cabeza del DOJ se encuentra el Attorney General (Secretario General) el cual es designado por el presidente de los Estados Unidos, pero ratificado por el Senado. Respecto a la División de Antimonopolio, se encuentra el secretario general del departamento, el cual cuenta con un perfil técnico y carrera dentro del DOJ (DOJ, 2021).

Asimismo, como referencia, existen también agencias reguladoras como la Comisión Federal de Comercio (FTC), Administración de Alimentos y Fármacos (FDA), Agencia de Protección Ambiental (EPA), entre otras con similitud a Indecopi, cuyo presidente es elegido por el presidente de los Estados Unidos, con ratificación del Senado (US Embassy, 2021).

En ese sentido, podemos apreciar que la designación no solo del Secretario General del DOJ debe ser ratificado por el Senado, sino que incluso lo mismo se replica en la mayoría de autoridades regulatorias del país.

3.5 Tipología de modelos de designación de los altos funcionarios de las Agencias de Competencia

De lo revisado hasta el momento, nos animaríamos a esbozar las siguientes categorías de designación: **(i)** designación centralizada, **(ii)** designación descentralizada y **(iii)** designación mixta. La pertenencia a una u otra forma dependerá del grado de autonomía de la designación, es

decir, si esta compete a un solo poder del Estado u organismo autónomo, a más de una entidad o existen mecanismos de contrapeso para la designación. Para estos fines, se ha elaborado los siguientes conceptos sobre estas categorías o modelos de designación:

(i) Designación centralizada: es cuando la designación de los altos funcionarios de una autoridad de competencia se encuentra a cargo de un solo poder del Estado o un organismo constitucionalmente autónomo. Esto se suma al hecho que no existe obligación de hacer una convocatoria pública y tampoco se habilita la recepción de observaciones por parte de los *stakeholders*. Normalmente, el puesto de presidente de la institución es un puesto de confianza, de libre decisión por parte del presidente de la República. Se incluye dentro de esta definición a aquellas designaciones que, si bien pueden darse por diferentes individuos o instituciones, finalmente los mismos terminan dependiendo de un mismo poder del Estado u organismo autónomo.

En este rubro tenemos al Perú. Como señalamos en los antecedentes y como ahondaremos más adelante, en nuestro país se cuenta con una designación directa por parte del Poder Ejecutivo, en lo que corresponde al Consejo Directivo y los vocales del Tribunal del Indecopi. En este último caso, son designados por la presidencia del Consejo Directivo, con la anuencia del presidente de la República. Por tanto, vemos que el Poder Ejecutivo, en sus distintos niveles, tiene incidencia en la designación de los altos funcionarios del Indecopi.

(ii) Designación descentralizada: este tipo de designación se encuentra a cargo de diferentes poderes públicos con independencia entre sí, lo cual genera una menor intromisión política dentro de su organización y mayor libertad para la toma de decisiones. Pueden incluso existir casos en donde la misma Autoridad de Competencia cuenta con autonomía a nivel constitucional, lo cual genera aún mayor grado de independencia funcional. En este modelo tenemos a la Agencia de Competencia mexicana, COFECE, que, como hemos mencionado, es constitucionalmente autónoma y la designación de sus funcionarios pasa por el Senado de la República, el Ejecutivo Federal y la Cámara de Senadores.

(iii) Designación mixta: En este tipo de designación la decisión aún se encuentra centralizada en un solo poder del Estado; sin embargo, se han impuesto determinados candados políticos que permiten un control de la decisión. Por ejemplo, tenemos el caso de Colombia, en donde si bien la designación del Superintendente del SIC es realizada por el presidente de la República, el postulante debe cumplir con determinados requisitos profesionales, deberá instaurarse un concurso público y, además, se podrá solicitar opinión sobre la designación a las organizaciones ciudadanas, sociales y académicas. Consideramos este método como mixto,

pero más tendiente al centralizado³³.

Otro ejemplo de este modelo es Chile, que cuenta con un particular sistema de competencia en donde existen hasta tres instituciones que, en conjunto, guían la defensa de la libre competencia: **(i)** la FNE, que depende del presidente de la República y realiza una función de instrucción (similar a la función de un fiscal penal en el Perú); **(ii)** el TDLC, el cual depende la Corte Suprema chilena y toma la decisión en primera instancia; y, como última instancia, **(iii)** la Corte Suprema. El sistema de libre competencia chileno se encuentra diversificado entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

De lo expuesto hasta este punto se advierte que, a nivel latinoamericano, la Agencia de Competencia peruana cuenta con el tipo de designación de sus altos funcionarios con mayor concentración, lo cual aumentaría el riesgo de presión política pues dichos funcionarios estarían designados por un solo poder del Estado: el Ejecutivo.

³³ Un país en donde también existiría un modelo mixto, pero con mayor contrapeso en la designación es España. Aquí, los miembros del consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la Autoridad de Competencia española, son nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Asuntos Económicos; sin embargo, este nombramiento debe contar con la aprobación de la Comisión de Asuntos Económicos del Congreso de los Diputados. Este mecanismo de designación busca alcanzar una Autoridad de Competencia técnica y ajena a cualquier tipo de motivación (Salvador 2015: 88), pues la aptitud de los integrantes del consejo de la CNMC debe ser evaluada a través de un sistema de veto / ratificación a cargo del Congreso. Aunque en la práctica este sistema resultaría inocuo, ya que resulta complicado que el Parlamento apruebe un veto a la propuesta del Gobierno (Rallo 2014: 217-218), el proceso de nombramiento carece de transparencia y la evaluación no respondería a criterios de mérito (Delgado y Otero 2015: 25).

Capítulo III. Desarrollo del tema

1. La estructura del Indecopi y su ubicación dentro del aparato estatal

El Indecopi fue creado mediante Decreto Ley N° 25868 en 1992, con ella, se introdujo la estructura de esta entidad, por otro lado, se determinó su naturaleza jurídica como organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, con personería jurídica de Derecho Público, posteriormente en el año 2002³⁴ se determinó su adscripción a la Presidencia de Consejo de Ministros.

Con la emisión de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi³⁵ y su reglamento³⁶, se consideró la naturaleza de la entidad como un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. En las siguientes líneas analizaremos la forma de designación del órgano máximo del Indecopi, del órgano consultivo, de los órganos resolutivos y las secretarías técnicas, así como la relación entre ellos.

1.1 Miembros del Consejo Directivo del Indecopi

Con la aparición del Indecopi en 1992, esta entidad contaba con un Directorio como órgano máximo, compuesto por tres miembros, dos representantes del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales y uno en representación del Ministerio de Economía y Finanzas, designados mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Como podemos apreciar desde la gestación del Indecopi, la designación de su órgano máximo se encontraba en manos del Poder Ejecutivo.

Con la aprobación de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, se dio paso al Consejo Directivo del Indecopi como nuevo órgano máximo de la entidad, la exposición de motivos de esta norma sustentaba la necesidad del fortalecimiento institucional para otorgarle mayor autonomía institucional, en ese sentido, considerando el blindaje institucional con el que contaban los Organismos Reguladores, se pretendió otorgar características similares a la designación de los miembros del Consejo Directivo.

³⁴ Mediante Decreto Supremo N° 083-2002-PCM.

³⁵ Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1033.

³⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2009-PCM.

No obstante, la forma de designación de los miembros del Consejo Directivo no tuvo un cambio sustancial, por el contrario, cobró mayor relevancia el rol protagónico del Poder Ejecutivo en la designación de sus miembros, tal es así, que ahora el propio presidente de la República designa al presidente del Consejo Directivo del Indecopi, por otra parte, se incrementó el número de miembros de tres a cinco, dos de estos miembros son representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros, un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, un representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, y un representante del Ministerio de la Producción, entendemos que esta representación se debe a que el Indecopi tiene la naturaleza jurídica de Organismo Técnico Especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Los miembros del Consejo Directivo, a diferencia de aquellos de los Organismos Reguladores, no atraviesan por una fase previa de Concurso Público, encontrándose su designación únicamente en los criterios que tengan los Ministerios que intervienen y la propia Presidencia del Consejo de Ministros. Más allá del perfil de cada miembro del Consejo, lo cierto es que la elección pasa por la decisión discrecional del Poder Ejecutivo.

Asimismo, de acuerdo al Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, el Consejo Directivo tiene entre sus funciones proponer la designación de los vocales del tribunal del Indecopi ante la Presidencia del Consejo de Ministros, y de manera directa designa a los miembros de las Comisiones de las áreas de propiedad intelectual y competencia, directores de propiedad intelectual, jefes de los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor, secretarios técnicos, a su vez, el Consejo Directivo también cuenta con la potestad de removerlos de acuerdo a las causales establecidas en el Decreto Legislativo N° 1033.

Como se puede apreciar, el Consejo Directivo designa de manera directa casi a todos los miembros de los órganos resolutivos y en el caso del Tribunal los propone, aun así, el propio reglamento expresa que el Consejo Directivo no tiene participación ni injerencia en las decisiones de los órganos resolutivos de la institución. Más allá de lo que se encuentra redactado en el reglamento, lo cierto es, que realmente no existe un candado institucional que impida algún tipo de injerencia del órgano de máxima jerarquía hacia los órganos resolutivos, considerando que el Consejo Directivo tiene la facultad de elegir y/o proponer a todos los miembros de órganos resolutivos que ellos vean por conveniente, por tanto, existe el riesgo que en algún momento dado se puedan elegir a estos miembros con cierto perfil político que encaminen sus decisiones a la voluntad del gobierno de turno, sin que exista una barrera institucional que pueda impedir este escenario.

1.2 Vocales del Tribunal del Indecopi

Con la creación del Indecopi se determinó que el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se encuentre integrado por cinco vocales designados mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales, los candidatos eran propuestos por el Consejo Consultivo del Indecopi.

Posteriormente en el año 1996, se modificó la norma³⁷ para que el Tribunal sea constituido por dos salas, la sala de Propiedad Intelectual integrada por cuatro vocales y la sala de Defensa de la Competencia por seis vocales. Se mantuvo la forma de designación, sin embargo, ahora era el directorio quien proponía a los vocales tomando en consideración la opinión del Consejo Consultivo.

De acuerdo con la actual Ley de Organización y Funciones del Indecopi, se considera al Tribunal como un órgano con autonomía técnica y funcional, la designación de los vocales se realiza a través de una resolución suprema refrendada por la Presidencia del Consejo de Ministros, los candidatos son propuestos por el Consejo Directivo previa opinión del Órgano Consultivo. El periodo de los vocales es de cinco años pudiendo ser designados por otro adicional.

El Reglamento de Organización y Funciones también menciona que el cargo de vocal podrá ser ejercido a tiempo completo o parcial, según lo acuerde el Consejo Directivo, cuando se considere el tiempo parcial, el cargo puede ser desempeñado por funcionarios públicos que desempeñen otros cargos en el Estado.

De la revisión de las Resoluciones Supremas³⁸ más recientes, que designan a vocales de las diferentes salas del Indecopi, se puede apreciar que se considera únicamente a la Ley de Organización y Funciones, y su Reglamento, como fundamentos para la designación³⁹, en ese sentido, resulta claro que la propuesta de candidatos a vocales pasa únicamente por la elección del Consejo Directivo, previa opinión favorable del Consejo Consultivo; sin embargo, no existe de por medio algún concurso de méritos que permita una candidatura abierta al público.

1.3 Miembros de las comisiones del Indecopi

A pesar que la norma de creación de la entidad señaló que las Comisiones tienen como

³⁷ Mediante Decreto Legislativo N° 807.

³⁸ Por ejemplo, las Resoluciones Supremas: 134-2018-PCM, 020-2019-PCM y la 123-2019-PCM.

³⁹ Cabe mencionar que existen algunas directivas internas del Indecopi para la revisión del perfil de los candidatos a vocales conforme lo desarrollaremos en el siguiente punto.

característica la autonomía técnica y funcional, este ánimo de la norma por otorgarle el blindaje de autonomía a las Comisiones se vio opacado cuando se otorgaron facultades para la designación de los comisionados al Directorio del Indecopi. Al igual que los casos anteriores, la norma únicamente señalaba que los miembros debían tener reconocida experiencia profesional, es decir que la elección de los Comisionados se encontraba a criterio del Directorio con la opinión favorable del Consejo Consultivo.

Con la actual Ley de Organización y Funciones aprobada por Decreto Legislativo N° 1033, no se generó un cambio significativo en la forma de designación de los comisionados, limitándose únicamente a establecer como requisitos para ser comisionado, el contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional y cinco años de experiencia en temas afines. Entonces, una vez evaluado el cumplimiento del perfil del comisionado propuesto por la Gerencia General, queda a criterio del Consejo Directivo designar a los miembros que ellos consideren adecuados para determinada comisión, con la opinión previa del Órgano Consultivo.

Al igual que los vocales del Tribunal, la elección de los comisionados no atraviesa por una fase de concurso público, es decir que no se convoca abiertamente a postulantes a dicho puesto, por el contrario, la Gerencia General del Indecopi propone a los miembros de las comisiones y el Consejo Directivo los designa finalmente. Cabe mencionar que el Indecopi, como política interna, realiza la evaluación de la hoja de vida de los candidatos a comisionados, a través de un informe emitido por la Subgerencia de Gestión Humana a la Gerencia General⁴⁰, tomando en cuenta los criterios establecidos en la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, procediendo a revisarse la formación académica y experiencia laboral del candidato propuesto.

Asimismo, con la finalidad de otorgar mayor transparencia a la revisión de los perfiles de los candidatos, la Gerencia Legal de Indecopi estableció cuáles son las materias afines para acceder al cargo de comisionado⁴¹ de acuerdo con la comisión a la cual había sido propuesto el candidato.

⁴⁰ Mediante Carta N° 002659-2021-GEG-SAC/INDECOPI, se dio respuesta a nuestro pedido de acceso a la información pública sobre evaluación de candidatos a Comisionados, remitiéndose los informes de evaluación de los últimos ocho años.

⁴¹ Mediante Memorandum N°607-2016/GEL se establecen las siguientes materias afines:

- 1.- Protección al Consumidor: Derecho Administrativo, Derecho Civil (Contratos, Obligaciones, Derechos Reales, Acto Jurídico, Responsabilidad Civil), Derecho Procesal Civil y Derecho Constitucional.
- 2.- Eliminación de Barreras Burocráticas: Derecho Administrativo, Derecho Tributario y Análisis Económico del Derecho.
- 3.- Fiscalización de la Competencia Desleal: Derecho Administrativo, Derecho Societario, Derecho Mercantil y Análisis Económico del Derecho.

Posteriormente, mediante Memorandum N° 1574-2018/GEL, se estableció que los vocales y comisionados no debían ser necesariamente profesionales en derecho.

No negamos que muchos de los comisionados cuenten con el perfil adecuado para el cargo y asumen sus funciones con probidad; no obstante, a pesar de las directivas internas del Indecopi para revisar el perfil de los candidatos, dada la actual normativa y la falta de concurso público abierto para estos cargos, siempre existirá el riesgo de una inadecuada designación de comisionados que puedan afectar con sus decisiones la imagen institucional del Indecopi.

1.4 Órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor

Este Órgano se encuentra a cargo de un jefe, que una vez más es designado por el Consejo Directivo del Indecopi, conforme lo menciona el Código de Protección y Defensa del Consumidor, las reglas para la designación y remoción son las establecidas en la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, según las normas citadas gozan de autonomía técnica y funcional.

1.5 Direcciones de propiedad intelectual

Se encuentran a cargo de un director, cuya designación corresponde al Consejo Directivo del Indecopi, al igual que los demás casos, la norma de organización y funciones les atribuye autonomía técnica, funcional y administrativa, estos directores deben contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional y técnica, así como experiencia de cinco años en temas afines, siendo estos requisitos valorados a criterio del Consejo Directivo.

1.6 Las secretarías técnicas

Una de las primeras apariciones de la Secretaría Técnica, la podemos encontrar en el Decreto Legislativo N° 701, emitida en el año 1991, que creó la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, esta comisión fue creada con anterioridad a la aparición del Indecopi. El texto de la norma señalaba que la secretaría técnica era un órgano ejecutivo dependiente de la mencionada comisión, entre sus principales funciones se encargaba de realizar indagaciones e investigaciones a iniciativa propia o a mérito de una denuncia, asimismo, se encargaba de llevar un registro de acuerdos, decisiones, recomendaciones, entre otras funciones⁴².

Con la aparición del Indecopi mediante el Decreto Ley N° 25868, cada una de las comisiones

⁴² Entre ellas, dictar opinión en los procedimientos por infracción a la Ley, realizar estudios y publicar informes, elaborar propuestas de reglamentos y adoptar directivas.

comprendidas en esta norma contaba con una secretaría técnica que les servía de órgano de enlace con la estructura orgánica administrativa de la entidad. La designación de los secretarios técnicos se encontraba a cargo del presidente del Indecopi, no obstante, mediante el Decreto Legislativo N° 807, se decidió que la designación se encuentre a cargo del Directorio del Indecopi, considerando la propuesta de cada comisión.

Actualmente, la Ley de Organización y Funciones del Indecopi aprobada por Decreto Supremo N° 1033 y su reglamento, establece que cada sala y comisión de la entidad cuenta con una secretaría técnica, dependiendo funcionalmente de estos, pero su designación se encuentra a cargo del Consejo Directivo del Indecopi. Son definidas como órganos técnicos de investigación y apoyo a la gestión de las comisiones y salas del Tribunal.

Los secretarios de las comisiones se encargan de instruir y tramitar los procedimientos administrativos seguidos en dichas instancias, realizan investigaciones preliminares, conceden los recursos administrativos, declaran firme o consentida las resoluciones finales que expidan las Comisiones y pueden emitir informes técnicos no vinculantes a la función resolutoria. Por otro lado, los secretarios de salas tramitan los procedimientos en segunda instancia, pueden actuar de oficio medios probatorios cuando lo consideren conveniente, entre otras funciones. Finalmente, los secretarios del área de Propiedad Intelectual tienen funciones similares a los secretarios de las comisiones, así como emitir informes técnicos a requerimiento del director, la comisión o el presidente del Consejo Directivo.

Uno de los cambios que trajo consigo la reforma de la legislación del Indecopi fue fortalecer la división entre la autoridad de instrucción a cargo de las secretarías técnicas y la autoridad sancionadora a cargo de las comisiones, es por ello, que se considera a las secretarías técnicas como auténticos órganos resolutorios, sobre todo en materia de competencia desleal y libre competencia donde resulta más clara esta división (Gómez 2009).

En cuanto a la organización y dependencia funcional, podemos decir que los Secretarios Técnicos dependen jerárquicamente de la Secretaría General del Indecopi en lo concerniente a los asuntos de administración interna, asimismo, esta Secretaría puede proponer al Consejo Directivo la designación y remoción de los secretarios técnicos, así como la creación de secretarías técnicas adicionales, cuando lo estime conveniente. Como ya se señaló anteriormente, el Consejo Directivo, como en muchos casos, también es el órgano encargado de la designación y remoción de los secretarios técnicos.

Ahora bien, se ha discutido mucho en torno a las prerrogativas con las que cuenta la secretaria técnica, en específico sobre la facultad que tiene para disponer el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS), toda vez que esta instancia puede decidir entre instruir el PAS o archivar la denuncia presentada. Consideramos en este punto, que la concentración de facultades en una persona (secretario técnico) puede traer consigo un mayor riesgo de influencia externa y debilitar su independencia como Autoridad Instructora, más aún si se toma en cuenta que la designación de estos órganos proviene del Consejo Directivo del Indecopi, quienes, a su vez, como ya lo señalamos, son elegidos directamente por el Poder Ejecutivo.

De acuerdo al Clasificador de Cargos del Indecopi⁴³, el cargo de secretario técnico se encuentra clasificado como Servidor Público-Directivo Superior. De acuerdo con la Ley N° 28175, Ley Marco de empleo Público, los servidores ejecutivos y especialistas pueden acceder al grupo de Directivo Superior por concurso público de méritos y capacidades. El porcentaje de Directivos Superiores no deberá exceder el 10%⁴⁴ del total de empleados de la entidad, sin embargo, la norma permite que un quinto del porcentaje antes señalado puede ser designado y removido libremente por la entidad.

A partir de lo señalado, se entiende que la regla general en el Indecopi es designar y remover libremente a los secretarios técnicos⁴⁵ como personal de confianza y, excepcionalmente, poder convocar concursos públicos para estos cargos, tal es así, que la entidad no cuenta con un dispositivo legal que establezca un plazo de designación para estos puestos, entendiéndose que la culminación de la designación procederá con el retiro de la confianza.

Bajo este análisis, se puede apreciar cierta vulnerabilidad e inestabilidad del cargo, toda vez, que su permanencia en el cargo se encuentra sujeta a la voluntad del Consejo Directivo (basado en criterios de confianza), puesto que a diferencia de los miembros de las comisiones, salas y el

⁴³ Aprobado por Resolución de Gerencia General N° 0036-2019-INDECOPI/GEG, de fecha 14 de marzo de 2019.

⁴⁴ De conformidad con la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30175, publicada el 01 de abril de 2014, para efectos de la aplicación de la Ley 29806, se deja en suspenso el porcentaje máximo establecido.

⁴⁵ De acuerdo con la Solicitud de Acceso a la Información Pública, sobre convocatorias a concursos públicos para elección de secretarios técnicos, el Indecopi mediante Carta N° 002659-2021-GEG-SAC/INDECOPI, remitió algunos informes de la Gerencia de Recursos Humanos sobre la revisión de perfiles para este puesto, de la revisión de dichos informes durante los periodos del año 2013 al 2015, se verificó que en algunos casos el candidato fue propuesto por la Gerencia General, en otro caso, únicamente se hace la revisión de perfil de los servidores de la propia entidad que postularon, y finalmente, en un par de casos, se hizo la convocatoria mediante publicación en el Diario El Comercio, y al mismo tiempo, se convocó a la postulación de los servidores mediante correo electrónico, en estos casos la evaluación se realizó mediante una revisión del perfil del candidato y entrevista personal.

propio Consejo Directivo, no se han establecido causales de remoción y vacancia del cargo, lo cual creemos, acarrea un riesgo en el normal desempeño de sus funciones, más aun al tratarse de Órganos Instructores de las diferentes comisiones de la entidad, que tienen a su cargo la investigación e instrucción de procedimientos administrativos sancionadores.

1.7 Gerencia General

También denominada Secretaría General, tiene como representante máximo al Secretario General (también llamado Gerente General), quien es designado por el Consejo Directivo y depende jerárquica y funcionalmente de él. Conforme al Reglamento de Organización y Funciones tiene la facultad de proponer al Consejo Directivo la designación de los miembros de las comisiones de las áreas de Competencia y Propiedad Intelectual, los directores de Propiedad Intelectual, los jefes de los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor y los secretarios técnicos, así como su remoción.

1.8 Órgano Consultivo

Como se habrá podido apreciar a lo largo de este subcapítulo, este órgano interviene a través de su opinión favorable en la propuesta de designación de los vocales de las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, y en la designación y remoción de los miembros de las Comisiones, y jefes de los Órganos Resolutivos. Conforme a lo señalado, se puede apreciar a este órgano como una suerte de contrapeso o vigilante en la designación de vocales, comisionados y jefes, sin embargo, esta finalidad se ve distorsionada si se toma en cuenta que la designación de los miembros del Órgano Consultivo se encuentra en manos del Consejo Directivo, y a su vez, se encuentra presidido por el propio presidente del Consejo Directivo o miembro del Consejo que lo reemplace. Sobre esto último, tanto el Consejo Directivo como el Órgano consultivo se encontrarían presididos por la misma persona.

Vale la pena precisar, que este Órgano Consultivo ha sido integrado, a lo largo de estos años, por personas de reconocida solvencia e independencia, que han podido ejercer adecuadamente sus funciones, sin embargo, si tomamos en cuenta la forma de organización de este órgano, siempre existirá un riesgo latente de que sus decisiones puedan verse influenciadas por el Consejo Directivo.

Conforme se ha podido apreciar a lo largo de este desarrollo de este subcapítulo, lo que se ha querido dejar en claro es la estrecha relación entre el Indecopi y el Poder Ejecutivo, sobre todo por el grado de decisión que tiene este último en la designación de los altos funcionarios de la

entidad (Consejo Directivo como órgano máximo de la entidad), situación que debe preocuparnos debido a que no se cumpliría con la primera condición para señalar que el Indecopi cuenta, al menos, con independencia formal (ver el subcapítulo 1 del Capítulo II).

Tabla 4. Designación, remoción y vacancia de funcionarios del Indecopi

Funcionario	Órgano encargado de la designación y remoción	Periodo de Designación	Causales de remoción y vacancia
Miembros del Consejo Directivo	Presidente de la República / Presidencia del Consejo de Ministros / Ministerios ⁴⁶	5 años, prorrogable por un periodo adicional.	Falta grave comprobada, previa investigación y descargos ⁴⁷ .
Vocales de las Salas que conforman el Tribunal del Indecopi	Presidencia del Consejo de Ministros	5 años, prorrogable por un periodo adicional.	Falta grave comprobada, previa investigación y descargos. ⁴⁸ Si la remoción se funda en otra causa, deberá contarse previamente con la opinión favorable del Órgano Consultivo del Indecopi.
Comisionados	Consejo Directivo	5 años, prorrogable por un periodo adicional.	Las causales de vacancia establecidas para los vocales de las salas.
Jefes de Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor	Consejo Directivo	5 años, prorrogable por un periodo adicional.	Las causales de vacancia establecidas para los vocales de las salas.
Secretarios Técnicos de Comisiones y Salas	Consejo Directivo	Indeterminado	Retiro de confianza/Despido.
Secretaría General	Consejo Directivo	Indeterminado	Retiro de confianza.
Órgano Consultivo	Consejo Directivo	3 años, prorrogable por un periodo adicional.	La norma no lo establece.

Fuente: Elaboración propia 2021.

También, se ha querido demostrar esta suerte de efecto dominó que existe entre el nombramiento

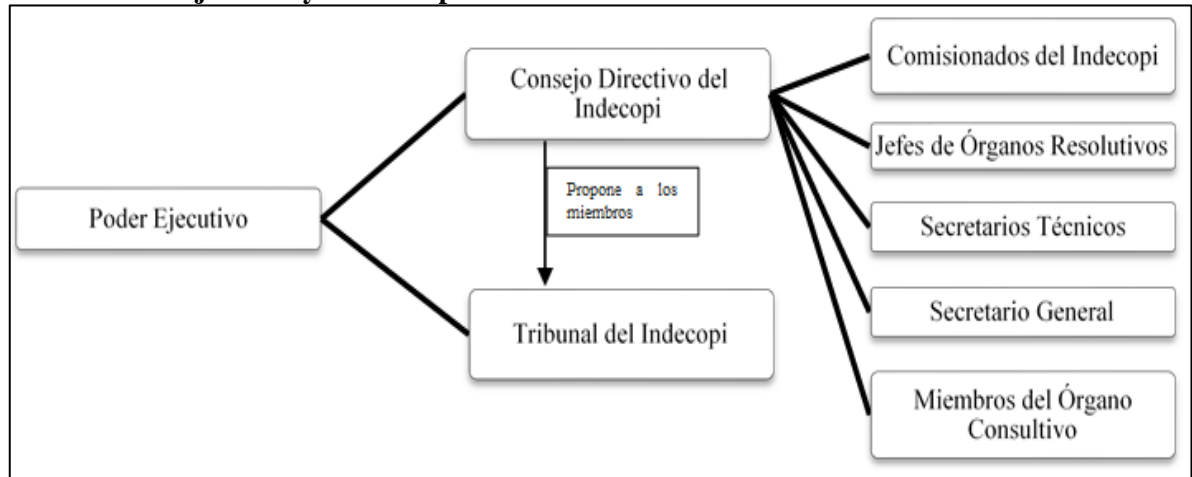
⁴⁶ Los ministerios intervinientes son: Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y Ministerio de la Producción.

⁴⁷ Conforme a lo establecido en el numeral 6.2 del Artículo 6° de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, adicionalmente el numeral 6.3 del mismo artículo, establece como causales de vacancia del cargo: (i) Fallecimiento, (ii) Incapacidad permanente, (iii) Renuncia aceptada, (iv) Impedimento legal sobreviniente a la designación, (v) Remoción por falta grave y (vi) Inasistencia injustificada a tres (3) sesiones consecutivas o cinco (5) no consecutivas del Consejo Directivo, en el período de un (1) año.

⁴⁸ Sigue las mismas reglas de remoción a las establecidas en el numeral 6.2 del Artículo 6° de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, adicionalmente el numeral 13.6 del mismo artículo, establece como causales de vacancia del cargo: (i) Fallecimiento, (ii) Incapacidad permanente, (iii) Renuncia aceptada, (iv) Impedimento legal sobreviniente a la designación, (v) Remoción por falta grave y (vi) Inasistencia injustificada a tres (3) sesiones consecutivas o cinco (5) no consecutivas, en el período de un (1) año.

del Consejo Directivo y el nombramiento de los miembros de los órganos resolutorios y la alta dirección, conforme se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico 2. El Ejecutivo y el Indecopi



Fuente: Elaboración propia 2021.

A pesar de que la normativa vigente se empeña en mencionar de manera reiterativa la autonomía técnica y funcional de los órganos del Indecopi, esta cadena de designaciones que hemos podido apreciar, constituye un riesgo real y latente que puede afectar la independencia de la entidad, debido a la alta discrecionalidad con la que se realizan las designaciones de los altos funcionarios y la ausencia de procesos de selección transparentes. De esta manera, quedaría acreditado la primera parte de nuestra hipótesis principal (ver la tabla 1).

2. Estudios que advierten el riesgo de presión política en las decisiones del Indecopi

En el subcapítulo anterior se concluyó que el Poder Ejecutivo designa a los miembros del Consejo Directivo y los vocales de los órganos resolutorios del Indecopi bajo altas dosis de discrecionalidad y sin contar con un proceso de designación transparente. Precisamente, esta situación ha llevado a que en diversos estudios se advierta que la posición del Indecopi de cara al Ejecutivo constituye una amenaza a su independencia.

2.1 Estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

Como primer estudio revisado, tenemos el documento *Autonomía de tres instituciones públicas en el Perú*, elaborado por el BID en 1998, a los cinco años de creada la Agencia de Competencia peruana (1993). En este estudio se evalúa, entre otros, a la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Indecopi y los casos que había resuelto en su corto periodo de funcionamiento.

De este modo, en dicho documento se resalta que la Comisión Antidumping goza de autonomía técnica y funcional, debido a que sus miembros se designaban por tiempo indefinido y existían limitaciones para ser removidos, ya que se requería de la opinión favorable tanto del Consejo Consultivo como del Directorio de Indecopi. No obstante, también se indica que esta autonomía no eliminaba el riesgo de presión política en las decisiones de la Comisión Antidumping del Indecopi.

Esto sería así, pues **el Directorio de Indecopi depende en gran medida del Ejecutivo**, y en el Consejo Consultivo la mitad de sus miembros son representantes del Gobierno, por lo que, de acuerdo al estudio materia de análisis, **existe el riesgo potencial de injerencia política sobre sus decisiones** (BID 1998: 29 y 30).

Este estudio del BID es importante, además, pues sus afirmaciones se sustentan en el análisis de casuística. Solo por citar un ejemplo, en dicho estudio se analiza un caso de *antidumping* en el sector textil en donde, a criterio de los investigadores, existiría cierta correlación entre la decisión que adoptó la Comisión Antidumping y la posición que tenía el Poder Ejecutivo. Este caso se dio entre los años 1994 a 1996, a raíz de las críticas generadas por el gremio textil e industrial a los aranceles que se tenía respecto a las importaciones de China. Mientras los empresarios textiles reclamaban una estructura arancelaria escalonada, el MEF planteaba un arancel flat.

Frente a esta situación, en la investigación del BID se indica que el MEF transmitió su preocupación a la Comisión Antidumping, quienes presumiblemente acogieron su posición. Pero, lo que más se resalta es que «el Ejecutivo aportó un argumento completamente ajeno al propio caso, y pudo de esa manera haber influido sobre la decisión final de la Comisión» (BID 1993: 37). Adicionalmente, a fin de acreditar la presión que ejerció el Ejecutivo en la Comisión Antidumping del Indecopi, en la investigación en cuestión se resalta lo siguiente:

En este caso, **la convocatoria a la reunión multisectorial sobre las normas de origen a la que no tenían que asistir los miembros de la Comisión**, la imposición de normas de origen a los textiles chinos antes de la decisión de la Comisión, y el mensaje del Ministerio de Economía sobre la conveniencia de los derechos compensatorios, son muestras de las presiones del Ejecutivo. Si bien estas presiones podían estar justificadas en aras de preservar la reforma comercial, no se puede negar que iban en contra de la autonomía de la Comisión, influyendo en su decisión (BID 1993: 39).

2.2 Informe del Congreso de la República

Una vez culminado el gobierno de Fujimori, se constituyó una Comisión Investigadora sobre los delitos económicos y financieros cometidos entre 1990-2001, la cual fue conformada en el Pleno del Congreso del 13 de agosto de 2001.

Dentro de los diversos documentos que emitió esta Comisión obra el *Informe General sobre el Indecopi y los Organismos Reguladores* (2002), en donde se da cuenta del contexto en que se creó la Agencia de Competencia peruana y los riesgos que existe producto de su relación con el Ejecutivo.

De este modo, en el citado informe se detalla que la designación del directorio del Indecopi por parte del Poder Ejecutivo, sin representación alguna del Congreso, afecta su autonomía, más aún cuando esta designación se rige por criterios altamente discrecionales:

En cuanto al directorio de Indecopi, está integrado por tres miembros, todos ellos nombrados por el Poder Ejecutivo, sin representación alguna del Congreso de la República. Dos de sus integrantes son elegidos por el Ministerio de Industria y el tercero proviene del MEF. **Este directorio puede ser nombrado y removido en cualquier momento y sin expresión de causa;** conduce la institución y nombra a un Comité Consultivo, quienes brindan asesoría y realizan recomendaciones emitiendo opinión a solicitud del directorio para una serie de actividades institucionales. Este directorio ha estado integrado por diversas personalidades de la élite social y política, habiendo tenido como intención ser el canal para la participación de personalidades provenientes de fuera del mundo estatal. Esa ventana con la Sociedad Civil no ha estado reglamentada y simplemente se ha dejado a criterio del directorio la selección de las personas idóneas. **De este modo, el directorio de Indecopi carece plenamente de autonomía y su ventana de conexión con la sociedad civil se rige por criterios altamente discrecionales.** (Congreso de la República 2002: 6).

2.3 Estudio de la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

La UNCTAD es un cuerpo intergubernamental permanente de la Asamblea de las Naciones Unidas, que tiene por finalidad maximizar las oportunidades de comercio, inversión y desarrollo de los países en desarrollo y asistirlos en sus esfuerzos para participar en la economía mundial sobre una base equitativa.

Dentro de este marco, en el 2004, la UNCTAD elaboró el documento *Perú: Informe sobre las necesidades y prioridades en el área de Políticas de la Competencia*, en donde se abordan los desafíos en materia de competencia en el marco de las reformas estructurales que atravesó la economía peruana durante los años 1990. De esta manera, al igual que en los estudios antes analizados, en el informe de la UNCTAD se advierte que la designación de los directores del Indecopi por parte del Ejecutivo podría restarles autonomía o independencia:

Otro aspecto es el relativo a la forma de designación de los directores de las autoridades de competencia y los entes regulados. **Tanto los directores de Osinerg y del Indecopi son nombrados por el Poder Ejecutivo, lo cual podría restar autonomía a estos organismos. Cabe mencionar que si bien en el Indecopi, los directores no tienen atribuciones para emitir fallos o sentencias, si las tienen para nombrar a miembros de Comisión encargados de resolver controversias** (UNCTAD 2004: 55).

2.4 Estudio del OCDE y el BID

En el 2018, la OCDE y el BID publicaron el documento “Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre Derecho y Política de Competencia: Perú”, en donde el Indecopi fue el centro de estudio.

En este documento, nuevamente se reitera que la forma de designación del Consejo Directivo del Indecopi genera dudas respecto a su independencia por parte del Poder Ejecutivo.

Este mecanismo de designación persigue garantizar la independencia del Consejo Directivo, así como evitar que las actuaciones de sus miembros respondan a intereses políticos o empresariales. **No obstante, la eficacia de este mecanismo suscita dudas. Varios observadores han señalado que, si bien hasta el momento parece no haber pruebas de la existencia de injerencias, 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 (OCDE y BID 2018: 35).

Adicionalmente, se señala que esta preocupación se agrava, pues el Consejo Directivo es competente para: (i) proponer la designación a la PCM de los vocales de las Salas del Tribunal del Indecopi, (ii) designar a los miembros de las comisiones, y (iii) designar a los miembros de

las secretarías técnicas. De este modo, en el informe objeto de análisis se concluye que este sistema de designación presenta deficiencias y el riesgo de politización del Consejo Directivo y los órganos decisorios del Indecopi:

Según algunos observadores, **este sistema (...) presenta deficiencias en cuanto a su control formal. Entre los riesgos que se han identificado (...) está la politización del Consejo Directivo y de los órganos decisorios** (OCDE y BID 2018: 37).

2.5 Documento de trabajo institucional del propio Indecopi

Producto del diagnóstico efectuado por la OCDE y el BID en el 2018, el Indecopi emitió, a inicios del 2020, el Documento de Trabajo Institucional N° 003-2020, denominado “Propuestas relativas al fortalecimiento institucional del Indecopi”⁴⁹. Si bien en este documento del Indecopi no se reconoce la existencia de injerencia real, sí se admite que su posición respecto del Ejecutivo genera dudas que le restan credibilidad y ponen en riesgos sus funciones fundamentales.

Más allá de esto último, lo expuesto en este subcapítulo permite concluir que la independencia del Indecopi puede verse afectada –es decir, existe un riesgo–, debido a la alta discrecionalidad del Poder Ejecutivo para designar a los miembros del Consejo Directivo y los vocales de los órganos resolutivos de la Agencia de Competencia peruana, sumado a que no se cuenta con transparencia en el proceso de designación de tales miembros; razón por la cual, quedaría acreditado el primer párrafo de nuestra primera hipótesis principal (ver la tabla 1).

3. Análisis casuístico

Como hemos expuesto, la posición del Indecopi dentro del aparato estatal genera un riesgo en su independencia debido a la forma en cómo sus altos funcionarios son designados por el Poder Ejecutivo, quien tienen incentivos para influir o presionar en las decisiones de la Agencia de Competencia peruana.

Pero, a todo esto, ¿cuándo se dan tales incentivos? Esta pregunta no es menor, pues permite precisar que la influencia o presión del Ejecutivo en el Indecopi no es constante, es decir, la Agencia de Competencia peruana no está politizada. Sin embargo, existen casos en los cuales se advierte que el Ejecutivo tiene incentivos concretos para influir o presionar al Indecopi, como sucede en: **(i)** casos mediáticos, de alto interés para la ciudadanía (**primer supuesto**); **(ii)** en casos

⁴⁹ Aprobado con Resolución de Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 038-2020-INDECOPI/COD del 28 de febrero de 2020.

en los que participen otras entidades del Ejecutivo (**segundo supuesto**); y **(iii)** casos en los que quienes dirigen este poder tienen un interés directo (**tercer supuesto**).

Para desarrollar este punto, se abordarán algunos casos que, a nuestro criterio, permiten visualizar cierta presión o influencia política en el accionar del Indecopi⁵⁰. No obstante, no está demás advertir que es usual que un ente público o un tribunal administrativo pueda recibir presión; en todo caso, lo relevante es que el sistema u ordenamiento le otorgue protección para que pueda tomar sus decisiones lo más alejado posible de estas presiones.

3.1 El Indecopi en el Gobierno de Alberto Fujimori (1993-2000)

A. El poder tras el poder: Vladimiro Montesinos y su influencia en el Indecopi

Durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori se dio una figura particular: junto con el poder formal coexistía otro poder bajo la sombra del Ejecutivo, el de Vladimiro Montesinos. La influencia de este último personaje en el gobierno de Fujimori y en las entidades del Estado fue tal, que marcó el siglo anterior con uno de los casos de corrupción más grandes de nuestra historia republicana (Quiroz 2013: 451).

En la ahora conocida “salita del SIN” desfilaron una serie de políticos, empresarios y funcionarios públicos, quienes solicitaban favores a Vladimiro Montesinos o recibían dinero a cambio de determinadas acciones, lo cual quedó registrado en los infames “vladivideos”.

Por este motivo, una vez concluida la dictadura de Fujimori, el Congreso de la República creó una Comisión Investigadora de los casos de corrupción de la década de 1990 al 2000 (en adelante, Comisión Investigadora). Precisamente, en el marco de esta comisión se investigó si la corrupción que caracterizó al gobierno de Fujimori y Montesinos infestó también al Indecopi, cuya independencia era reconocida incluso en dicha época. Esta investigación quedó plasmada en el documento: “Informe Final: Irregularidades en el funcionamiento del Indecopi y el sistema concursal” (en adelante, Informe Final), en donde se detallan una serie de casos que podrían en tela de juicio la independencia de dicha entidad.

De todos estos casos, existe uno que, a nuestro criterio, evidenciaría cierta influencia por parte de Vladimiro Montesinos, el poder bajo la sombra del Ejecutivo. Nos referimos al caso de la empresa Consorcio Pesquero Carolina.

⁵⁰ Debido al tiempo y naturaleza de su mandato, no se aborda el periodo del presidente Valentín Paniagua.

B. Sobre el caso del Consorcio Pesquero Carolina

El 15 de diciembre de 1999, se instaló ante el Indecopi la Junta de Acreedores del Consorcio Pesquero Carolina, la cual acordó someter a la empresa a un proceso de reestructuración económica y financiera bajo las decisiones de la Junta de Acreedores presidida por el Banco Wiese Sudameris (Comisión Investigadora 2003).

En dicho momento, la administración del Consorcio Pesquero Carolina se mantuvo a cargo del Sr. Salomón Manzur Salgado, quien era propietario de la referida empresa. En este primer momento, la gestión de la empresa habría dado resultados positivos, lo cual conllevó a que en la Junta de Acreedores del 5 de julio de 2000 se felicite por el buen desempeño económico obtenido. Sin embargo, según denunció posteriormente el Sr. Manzur, la actitud del Banco Wiese cambió y en setiembre de 2000 se nombró irregularmente a una nueva administración, valiéndose de la influencia que se tenía en el Indecopi (Comisión Investigadora 2003).

Luego del análisis correspondiente, la Comisión Investigadora (2003) concluyó que en el caso del Consorcio Pesquero Carolina el Indecopi habría actuado de forma contraria a las normas expresas, lo que constituiría un indicio de influencia irregular en dicha entidad por intereses oscuros, que provendrían de Vladimiro Montesinos.

C. Análisis del caso

Como se observa, el cuestionamiento principal que se realizó al Indecopi es por no haber tomado alguna medida frente al cambio de administración efectuado por el Comité de Acreedores del Consorcio Pesquero Carolina, dirigido por el Banco Wiese Sudameris, pese a que esta decisión le correspondía a la Junta de Acreedores en su conjunto.

Más allá de afirmar que existió una omisión de funciones producto de las órdenes de Montesinos, lo cual escapa de los alcances de esta investigación, dicho caso pone sobre la mesa el riesgo de que se dañe la imagen de una institución como el Indecopi debido a su dependencia tan marcada respecto del Ejecutivo. Y es que resulta bien complicado afirmar que en un gobierno de este tipo el Indecopi no pueda verse presionado. Tal como ha manifestado incluso Carlos Boloña, ex ministro de economía durante el primer gobierno de Fujimori, «siempre el poder de turno va a verse tentado a politizar las acciones del Indecopi» (Boloña 1997: 158).

Por este motivo, quizá, la Comisión Investigadora (2003) concluyó que en el caso del Consorcio

Pesquero Carolina el Indecopi habría actuado de forma contraria a las normas expresas, debido a la influencia de Vladimiro Montesinos. Según se explica en el Informe Final de la Comisión Investigadora –que toma como base las declaraciones contenidas en un “vladivideo”–, Vladimiro Montesinos tenía una relación estrecha con el Sr. Eugenio Bertini, gerente del Banco Wiese Sudameris, quien, según sus propias declaraciones, le habría dado “muchas ideas en la parte económica, por ejemplo, en la reestructuración patrimonial”. Este caso pone en evidencia que el riesgo de presión política no es un tema menor. Resulta difícil ignorar que durante el mandato de Fujimori existía un gobierno paralelo de Vladimiro Montesinos. Era un secreto a voces que Fujimori gobernaba conjuntamente con Montesinos, y en este escenario es complicado creer que no existió presión alguna en el Indecopi en un caso en donde al parecer había un interés directo del tristemente célebre asesor presidencial.

De este modo, el caso analizado permite advertir que existe un riesgo de presión o influencia en el Indecopi cuando hay intereses directos de quienes dirigen el Poder Ejecutivo (tercer supuesto de la primera hipótesis), ya sea de modo formal o bajo la sombra. Un interés político que suele evidenciarse en mayor medida en procedimientos concursales, debido a los temas que abordan.

3.2 El Indecopi en el Gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006)

A. Alejandro Toledo y el caso de César Almeida: una relación de confianza

Este periodo se caracterizó por ser una época de debilitamiento institucional del Indecopi. En el año 2002, asumió el cargo de presidente del Directorio del Indecopi, César Almeyda Tasayco⁵¹, asesor del entonces presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique. Durante su mandato, César Almeyda decidió recomponer la Sala de Defensa de la Competencia⁵² y las Comisiones del Indecopi. Este nombramiento alimentó las especulaciones sobre la pretensión del Gobierno de turno por controlar al Indecopi (OCDE 2007).

B. Sobre el caso Sunarp

Antecedentes

En agosto de 2003, el entonces congresista Pedro Morales Mansilla solicitó al presidente del Indecopi que se inicie un procedimiento administrativo sancionador contra la Sunarp, por el cobro

⁵¹ Durante el mandato de Alejandro Toledo, desempeñó cargos como presidente del Indecopi, luego como jefe del Consejo Nacional de Inteligencia, y posteriormente como miembro del comité de ProInversión.

⁵² Como consecuencia de la recomposición, se cuestionaba que la mayoría de los nuevos miembros, más allá de ser académicos ilustres, no tuvieran experiencia profesional vinculada a los temas de competencia del Indecopi que el cargo ameritaba.

elevado de las tasas por los servicios de publicidad e inscripción registral⁵³. El 3 de junio de 2004, se resolvió iniciar procedimiento de oficio contra dicha entidad.

Este caso tomó un matiz mediático, así, una vez enterados del inicio de dicho procedimiento, el Congreso de la República y la Cámara de Comercio de Lima, informaron a la opinión pública que la Sunarp venía cobrando tasas sobrevaluadas, apoyando la denuncia presentada por el congresista antes mencionado.

Según una nota de prensa del Congreso, el congresista Morales instaba a la Presidencia del Consejo de Ministros, que exhortara a los ministros y funcionarios del Poder Ejecutivo, que respeten la autonomía del Indecopi, señalando que había tomado conocimiento que existían presiones en torno a esta entidad para que se archive dicho procedimiento (Congreso de la República 2004).

Retomando el caso, la Comisión de Acceso al Mercado, resolvió⁵⁴ que la Sunarp sí había incumplido lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley N° 27444, empleando como criterio el valor del acto inscribible (valor del inmueble) y no en función del costo que la prestación del servicio generaba para la entidad.

Esta decisión fue apelada por la Sunarp, en ese sentido, la Sala de Defensa de la Competencia, revocó la decisión tomada por la Comisión, pronunciándose en favor de la legalidad del cálculo del valor de las tasas registrales⁵⁵. Asimismo, ordenó a la Comisión emitir un nuevo pronunciamiento sobre la racionalidad y proporcionalidad de las tasas cuestionadas.

Así las cosas, la Comisión emitió un nuevo pronunciamiento⁵⁶, para ello, aplicó los criterios establecidos por la Sala⁵⁷, ratificando su posición primigenia, considerando que, el valor de las tasas registrales no resultaba proporcional al interés público alegado por la Sunarp y, por lo tanto, devenían en irracionales. En un vaivén más de este caso, la Sunarp apeló esta nueva decisión, ante

⁵³ Mediante Decreto Supremo N° 017-2003-JUS, se aprobaron las tasas por los servicios de publicidad e inscripción registral de la SUNARP. Mediante Decreto Supremo N° 008-2004-JUS, se aprobó el nuevo TUPA de la SUNARP, esta norma incorporó nuevos procedimientos en los que se aplican las tasas variables, tomándose en cuenta para ello el valor del acto jurídico celebrado.

⁵⁴ Mediante la Resolución N° 00179-2004/CAM-INDECOPI, emitida el 25 de noviembre de 2004.

⁵⁵ Mediante Resolución N° 1039-2005-TDC-INDECOPI.

⁵⁶ Mediante Resolución N° 0067-2006/CAM-INDECOPI, emitida el 06 de abril de 2006.

⁵⁷ La Sala estableció como criterios a considerar para este nuevo análisis, la existencia de los subsidios cruzados y que las tasas sociales pueden tener un impacto positivo en otros mercados.

ello, la Sala volvió a contradecir la decisión de la Comisión⁵⁸. Finalmente, la Sala declaró que las tasas cobradas por la Sunarp no constituían barreras burocráticas irracionales.

Esta decisión, no fue bien recibida por algunos sectores económicos, como la Cámara de Comercio de Lima, quienes alegaban que los ex vocales de la Sala del Indecopi (cesados en diciembre de 2006) «no solo han actuado con criterio político, sino que han interpretado maliciosamente y distorsionando la jurisprudencia constitucional, referida al cobro de derechos por trámites en las dependencias públicas» (Aliaga 2012: 211).

Un año más tarde, bajo una nueva conformación de los miembros de la Sala de la Defensa de la Competencia, decidieron⁵⁹ apartarse del criterio señalado en la resolución N° 1039-2005-TDC-INDECOPI⁶⁰, asimismo, reiteraron que las entidades de la Administración Pública debían diseñar y cobrar derechos de tramitación en función de los costos reales que ofrecen y no en base a los ingresos o patrimonio de los administrados.

En el 2013, el Indecopi decidió investigar nuevamente a la Sunarp, respecto de los derechos de trámite contenidos en su TUPA, no obstante, la Comisión dio por concluido el procedimiento al carecer de competencia para emitir pronunciamiento, toda vez que, existía una sentencia de la Corte Suprema de Justicia con calidad de cosa juzgada, que ya había resuelto dicho caso.

C. Análisis del caso

En el presente caso, podemos observar que los cuestionamientos a la independencia del Indecopi, tal vez se deban a que tanto el Indecopi como la SUNARP dependen jerárquicamente de un mismo poder del Estado, como lo es el Ejecutivo, tal es así, que los funcionarios de mayor jerárquico de ambas entidades (presidente del Consejo Directivo y superintendente, respectivamente) son designados directamente por el presidente de la República y los miembros de sus órganos

⁵⁸ La sala cuestionó los argumentos de la Comisión sobre la irracionalidad de las tasas registrales, argumentando que dicho análisis debió orientarse a determinar una actuación razonable de la entidad.

⁵⁹ Mediante Resolución N° 077-2008/TDC-INDECOPI.

⁶⁰ El fundamento 43 de la Resolución N° 077-2008/TDC-INDECOPI, señala que:
“En consecuencia, esta Sala considera oportuno apartarse del criterio señalado por la Resolución N° 1039-2005/TDC-INDECOPI, que interpretó erróneamente la sentencia del tribunal constitucional, recaída en el Expediente 00053-2004-PI/TC, la cual admitió la posibilidad que cualquier entidad de la administración Pública pueda establecer un mecanismo como el subsidio cruzado entre procedimientos o tasas diferenciadas en función de la capacidad contributiva de los contribuyentes, para la determinación de cualquier tasa exigida en el ordenamiento, por medio de los cuales aquellos contribuyentes que cuenten con mayor capacidad contributiva soportarían parte de los costos de los servicios prestados a aquellos contribuyentes con menores recursos. Dicha interpretación, a criterio de esta sala, no es acorde con lo señalado por el Tribunal constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N 00053-2004-PI/TC, e incluso es contradictoria, porque en su aplicación podría afectarse la capacidad contributiva de los contribuyentes”.

superiores son representantes de los diferentes ministerios del Estado. **El caso Sunarp nos permite observar que la posición de dependencia del Indecopi dentro de la estructura del Poder Ejecutivo, a la par de otras entidades públicas que depende de dicho poder, genera cuestionamientos en torno a su independencia cuando revisa este tipo de casos (segundo supuesto de la primera hipótesis).**

3.3 El Indecopi en el Gobierno de Ollanta Humala (2011-2016)

A. El Gobierno de Humala: comentarios generales

En el año 2011 se dio un cambio de Gobierno en el Perú, e ingresó el partido nacionalista, quien en la campaña electoral proponía políticas que podían no alinearse al concepto tradicional de libre de mercado (Gobierno 2011-2016). Previamente de ganar las elecciones, el líder del partido político, Ollanta Humala, compartió en varias oportunidades declaraciones criticando las relaciones comerciales contra el vecino país, Chile, haciendo énfasis en un enfrentamiento militar pasado, el origen de determinados productos (El País 2007) y una supuesta sobreinversión de capitales chilenos en el Perú.

Incluso Emol (Versión On Line de El Mercurio), en el 2006, citó al líder de este partido político y subsiguiente presidente del Perú con el siguiente texto: “El candidato a la presidencia de Perú (...) adelantó que en un eventual gobierno va a actuar contra la clase política chilena que se cree dueña de su país y que actúa permanentemente con prepotencia. También aseguró que establecerá nuevas reglas para las empresas chilenas asentadas en el Perú (...)”.

Si bien una vez en el Gobierno, Ollanta Humala tuvo una línea de trabajo mesurada a la propuesta en su campaña electoral, en algunas instituciones, como en Indecopi, se pudo sentir un cambio en las prácticas de fiscalización, como se comentará a continuación con un ejemplo.

B. Sobre el caso cambio de la fiscalización en el sector aéreo en materia de protección al consumidor

A lo largo de los años, el área de protección al consumidor del Indecopi ha fiscalizado los servicios brindados por las líneas aéreas que tengan un impacto directo en los consumidores, determinando si es que los mismos fueron idóneos o si se brindó la suficiente información para hacerles de un uso adecuado. Los casos van desde la pérdida de una maleta, la revisión de los términos y condiciones del contrato de transporte o incluso por la cancelación o retraso de un vuelo. No solo la fiscalización se iniciaba a pedido de parte (a través de una denuncia), sino también con el inicio de procedimientos de oficio.

En el caso específico de fiscalizaciones por retraso o cancelaciones de vuelos, antes del 2013, los procedimientos de oficio comúnmente se iniciaban por el retraso de uno o dos vuelos particulares (además de los procedimientos iniciados por denuncias de usuarios). Estos vuelos eran materia de procedimientos sancionadores cuando existía una serie considerable de reclamos juntos por parte de usuarios, se trataba de un retraso excesivo (en horas o implicancias) o por la existencia de algún caso mediático. La fiscalización del resto de itinerarios, era y es realizada por la Dirección General de Aeronáutica Civil del Perú (DGAC)⁶¹. En ese sentido, existía una especie de división de competencias para casos iniciados de oficio, mientras que el Indecopi usualmente investigaba la cancelación o retraso de vuelos con una afectación evidente y directa en los consumidores, la DGAC fiscalizaba el incumplimiento *per se* del itinerario de un vuelo.

Sin embargo, como hemos mencionado, en el año 2011 entra al Gobierno Ollanta Humala. Lo particular era que la aerolínea más grande del Perú era ligada a inversionistas de dicho país. Incluso, en su primer mensaje a la nación, el líder del partido nacionalista señaló que crearía una línea aérea de bandera para fomentar la competencia en el mercado aeronáutica, que estaría dominado por unos pocos participantes (TNews 2011).

En ese contexto, en el año 2011, el Poder Ejecutivo designó a un nuevo equipo directivo del Indecopi, quien a su vez designó a nuevo personal en las áreas de supervisión y sanción. A partir de este momento, la fiscalización del Indecopi hacía las aerolíneas mostró una variación.

Como primer punto se creó una oficina del Indecopi alojada en el mismo Aeropuerto Jorge Chávez, cuyos funcionarios tenían como labor, entre otras, emitir una serie de hojas de reporte por cada retraso o cancelación de vuelo que se generaba en dicho aeropuerto. Luego se enviaban estos documentos a las aerolíneas para que presenten los medios de prueba que demuestren que no habían sido cancelaciones o retrasos injustificados. Sin embargo, si alguno de ellos no era respondido en el tiempo otorgado o los elementos de prueba no resultaban suficientes, se procedía al inicio de un procedimiento sancionador.

Desde esta fecha, para iniciar una fiscalización de oficio ya no era necesario el reclamo de un pasajero o la ocurrencia de un retraso o cancelación de gran consideración, sino que bastaba que un vuelo pueda tener un retraso de 5 o 10 minutos para ser investigado y posteriormente ser

⁶¹ Artículo 19.3.8 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del Indecopi “Incumplir de manera injustificada los itinerarios, frecuencias y horarios autorizados”.

sometido a un procedimiento sancionador. Lo que también destacó es que, dentro de los procedimientos sancionadores, existían momentos que el Indecopi no tomaba en consideración las opiniones de la DGAC, como autoridad competente. Por ejemplo, en temas relacionados al mantenimiento de aeronaves o definir la responsabilidad de la aerolínea por una determinada falla. Esta situación finalmente generó nulidades en el Poder Judicial⁶² y requirió después de años nuevos pronunciamientos al Indecopi (ya con otra formación).

En ese sentido, a partir del 2013 las fiscalizaciones del Indecopi cambiaron, con expedientes donde se analizaba el cumplimiento del itinerario de cientos de vuelos (cien, doscientos, trescientos vuelos⁶³) en un solo expediente, e imponiéndose multas de 180 UIT (aprox. USD 200.000) y 380 UIT (aprox. USD 470.000), las cuales nunca antes habían sido impuestas a ninguna aerolínea en el Perú.

C. Análisis del caso

Producto de este contexto, con el cambio de la directiva del Indecopi, a las aerolíneas les habían impuesto más sanciones de las que prácticamente tenía registradas en todos sus años de operación. Además, como hemos comentado, todo indicaba que en los procedimientos sancionadores no se habían seguido las mejoras prácticas procesales, dado que así lo determinó posteriormente el Poder Judicial.

Terminando el caso, el 7 de abril del año 2015, el Congreso de la República (con mayoría de congresistas del partido del presidente de la República de aquel momento) citó a la aerolínea que antes hemos mencionado para tratar temas relativos a retrasos, suspensiones de vuelos comerciales y reembolsos a los usuarios de transporte aéreo (Página Oficial del Congreso del Perú). Para este caso se citó al presidente del Directorio de dicha empresa y al presidente del Indecopi, el cual finalmente no asistió y envió en su lugar al Gerente de Supervisión y Fiscalización.

Si bien la transcripción de la totalidad de la reunión se encuentra en el portal del Congreso del Perú (Página Oficial del Congreso del Perú), la reunión fue incisiva sobre las cancelaciones y retrasos de sus vuelos y, en su momento, se analizó la fiscalización que ejercía el Indecopi en este sector. Luego de esta reunión, la gestión del Indecopi bajo este concepto continuó en ascenso. En

⁶² Por ejemplo, Expediente 3727-2014, Sentencia de Vista, Resolución Número 22 y Expediente 4757-2018, Sentencia de Vista, Resolución N° 13.

⁶³ Por ejemplo: Exp.: 182-2013/ILN-CPC, 127-2014/ILN-CPC y posteriormente 0099-2017/ILN-CPC-SIA y 0098-2017/ILN-CPC-SIA.

el año 2017, con el cambio de directiva, los procedimientos de oficio han tenido una baja en su forma de manejo.

En ese sentido, podría considerarse que debido a la forma directa que tiene el presidente de la República del Perú para designar a los principales funcionarios del Indecopi, genera la posibilidad (siquiera indiciaria) que la ideología política pueda terminar afectando la forma de trabajo de la Autoridad de Competencia, cuyo tecnicismo en su forma de trabajo y decisiones debería estar garantizada.

Sin embargo, también se debe tomar en consideración que el posible aumento de fiscalización ocurrido en estas fechas pudo haberse generado por una cantidad mayor de reclamos en el sector aéreo (asociada a una creciente operación aérea en los últimos quince años) y que, finalmente, haya armonizado con el discurso político del presidente de turno. De la misma forma, es conocido que el Aeropuerto Jorge Chávez de Lima actualmente se encuentra colapsado por la escasa infraestructura que no permite cubrir la totalidad de la operación aérea (pocas salas de embarque, escasez de mangas de abordaje, una pista de aterrizaje al máximo de uso, entre otros). Por este motivo, los retrasos y cancelaciones de vuelos podrían haberse incrementado debido a estos hechos en los últimos años, lo cual podría variar el nivel de fiscalización. Asimismo, resulta claro que muchas aerolíneas podrían no haber tenido las mejores prácticas de protección de pasajeros, frente a la cancelación o retraso de un vuelo, por lo que la intervención del Indecopi podría haber sido necesaria en determinado momento.

Finalmente, el Gobierno de Ollanta Humala no terminó yendo contra políticas de libre mercado, sino que continuó con la línea de trabajo que se encontraba establecida en el Perú. Inclusive la inversión privada continuó en ascenso, sin discriminar lugar de origen. Sin embargo, lo que termina siendo demostrable es que el tipo de fiscalización en el sector aéreo sufrió una variación marcada durante este gobierno, lo que pudo haber ocurrido por un tema de protección frente a la inversión extranjera (Chile) o también por “poner en regla” a las empresas que pueden ser cuestionadas por determinado motivo político. Sin embargo, siendo cualquiera de las dos, siempre la fiscalización y decisión debe emitirse en base a la regulación aplicable (riesgos, incidencia, otros) y por criterios objetivos, y no por una tendencia política o búsqueda de aprobación social (el Indecopi no es un órgano político) y esto podría ser evidenciable con las nulidades posteriores ocurridas en el Poder Judicial.

De este modo, lo anteriormente expuesto el presente caso podría subsumirse dentro del

tercer supuesto planteado en la primera hipótesis que señala que quienes dirigen el poder pueden tener un interés directo (sea político o ideológico, en este caso).

3.4 El Indecopi en el Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018)

A. El Gobierno de Kuczynski: comentarios generales

Pedro Pablo Kuczynski asumió la presidencia de la República tras una segunda vuelta reñida contra Keiko Fujimori, y con una bancada opositora mayoritaria dirigida por Fuerza Popular. Pocos esperaban que “PPK” llegara a la presidencia.

Comprender este escenario resulta relevante, pues nos permite entender, con mayor facilidad, por qué en escenarios en donde el Poder Ejecutivo no cuenta con un respaldo político del Poder Legislativo, resulta más fácil que el Ejecutivo busque presionar en el Indecopi en casos mediáticos con miras a obtener réditos y el respaldo de la ciudadanía. Y precisamente el caso Pura Vida es un claro ejemplo de ello.

B. El caso Pura Vida

Antecedentes

Los días **3 y 4 de junio de 2017**, los medios locales peruanos con mayor alcance nacional⁶⁴ difundieron que los productos Pura Vida de la empresa Gloria S.A. no estaban conformados por leche, pues la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos (AUPSA) suspendió el registro sanitario del producto Pura Vida por no cumplir con las normas de etiquetado de dicho país, ya que sus productos no estaban compuestos únicamente de leche (Diario El Trome 2017; Diario Ojo 2017).

El **5 de junio de 2017**, la Comisión de Defensa del Consumidor del Poder Legislativo, a través de su presidente, informó que realizarían una sesión extraordinaria para tratar el tema Pura Vida, para lo cual convocó a la Digesa y al Indecopi. Producto de esta reunión, el Poder Legislativo se pronunció a través de sus representantes señalando que Pura Vida no era leche, y que debía sancionarse a Gloria S.A. por engañar a los consumidores.

El **7 de junio de 2017**, el Poder Ejecutivo se pronunció a través del presidente del Consejo de Ministros de aquél entonces, el Sr. Fernando Zavala, quien señaló que se había “**instruido**” al Indecopi a que resuelvan este caso con celeridad, pues, realicen las investigaciones y se

⁶⁴ Estos diarios han sido seleccionados en base al “Estudio de Lectoría de Diarios en Lima y 15 principales ciudades” (Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública 2017).

establezcan las sanciones que ameritan (El Comercio 2017).

Frente a la instrucción efectuada por el titular de la PCM, el mismo 7 de junio, el Indecopi ordenó una medida cautelar de inmovilización y cese de comercialización a nivel nacional del producto Pura Vida (Canal N 2017).

Posteriormente, el 9 de junio de 2017, el Indecopi dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Gloria S.A., tramitado bajo el Exp. N° 0053-2017/CC3. Este procedimiento concluyó con la Resolución N° 176-2017/CC3 del 27 de diciembre de 2017, que se sancionó a Gloria S.A. con una multa total ascendente a 450 UIT, por haber infringido las normas de publicidad en la denominación de sus productos. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal del Indecopi con la Resolución N° 2627-2018/SPC-INDECOPI del 1 de octubre de 2018.

Más allá de la decisión final del Indecopi⁶⁵, los hechos expuestos evidencian cómo una entidad del Estado cuya independencia debe ser su principal característica dictó una medida cautelar en el marco de presiones de agentes políticos, ya que el mismo día que la PCM instruyó al Indecopi a resolver con celeridad, esta entidad dictó la medida cautelar.

C. Análisis del caso

El caso Pura Vida resulta particularmente importante, pues revela que la presión a una entidad como el Indecopi no solo puede venir de las empresas que supervisa, sino también de otros actores.

La metáfora del “espacio regulatorio” explica que la autoridad y la responsabilidad reguladora se encuentran frecuentemente dispersas entre varias organizaciones, públicas y privadas, y que la autoridad estatal no es la única fuente de poder dentro del dominio regulatorio (Scott 2001). De esta manera, el proceso regulatorio, que implica la etapa de cumplimiento de la regulación (*enforcement*), puede verse influenciado por una serie de actores.

El caso Pura Vida nos muestra, precisamente, a otros actores que no suelen aparecer dentro del complejo proceso regulatorio: los agentes políticos⁶⁶. Como se expuso en el Capítulo II de esta investigación, los agentes políticos presionan a las entidades públicas buscando el respaldo de la

⁶⁵ Toda vez que su actuar se sustentaba en un informe de la Digesa y en su etiquetado se apreciaba que el producto tenía componentes adicionales. Para un desarrollo más profundo del tema, puede verse Callirgos y Robles (2018).

⁶⁶ Por ejemplo, existe evidencia que los políticos y el juego político afecta el estilo *enforcement*. En algunos casos, el cambio depende de los nuevos líderes de la entidad, en otros porque los encargados de supervisar la regulación tienen apoyo político. No obstante, la forma en que influye este factor es variable. Véase: Falla (2009).

ciudadanía, asumiendo posiciones que, a su juicio, son correctas.

Así, cuando diversos medios de comunicación y redes sociales rebotaron en nuestro país la noticia que Gloria S.A. habría vendido leche que no es leche en Panamá, el Poder Ejecutivo exigió al Indecopi ser enérgico con el caso Pura Vida. En este contexto, es razonable asumir que entre la presión efectuada por dicho poder del Estado y las decisiones del Indecopi existe cierta correlación, pues el mismo día que se le pidió ser enérgico, la Autoridad de Competencia peruana dictó una medida cautelar de inmovilización y cese de comercialización a nivel nacional del producto Pura Vida

De este modo, el caso analizado permite advertir que la presión o influencia en el Indecopi se da también cuando estamos frente a casos mediáticos, que revisten un alto interés para la ciudadanía (primer supuesto de la primera hipótesis).

3.5 El Indecopi en el Gobierno de Martín Vizcarra (2018-2021)

A. El Gobierno de Vizcarra: el Gobierno de las crisis

El Gobierno de Martín Vizcarra estuvo marcado por una crisis política y sanitaria álgida. Al inicio de su Gobierno, estuvo la disputa entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, teniendo como desenlace el cierre del Congreso en el año 2019. En el año 2020, ocurrió la conocida crisis sanitaria producto del COVID-19, que generó un confinamiento de la población, cambio de hábitos sociales y de consumo, sumado a una consecuente crisis económica y un creciente número de desempleo. Ante ello, surgieron muchos problemas como el cobro excesivo por los balones de oxígeno medicinal, un alza en los medicamentos necesarios para superar la enfermedad y de los productos de desinfección.

A esta situación se le sumó una segunda crisis política, en donde el Congreso buscaba una vacancia presidencial debido a supuestos actos de corrupción atribuibles al ex presidente Martín Vizcarra. Toda esta situación generó un escenario propicio para que el Ejecutivo busque presionar al Indecopi, tal como pasaremos a explicar a continuación.

B. El caso del control de precios

Antecedentes

En el marco del Estado de Emergencia y la cuarentena que nos ha tocado vivir en Perú, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo emitieron una serie de normas que respondían a fines populistas

(ej.: la suspensión del cobro de peajes). Es verdad que afrontar una situación como la que vivimos es complicado, pero esto no quita la obligación de analizar mínimamente cuáles son los efectos de una norma. Es fácil pretender intervenir en la economía cuando se tiene el poder, lo difícil es evaluar y reconocer las consecuencias de esta intervención.

Dentro de este escenario, uno de esos puntos complicados de abordar para los agentes políticos fue el alza de precios de los productos de primera necesidad, como sucedió, en un primer momento, con el precio del transporte aéreo y terrestre, el alcohol en gel y el papel higiénico; y en un segundo momento, con el precio de los alimentos de comida diaria y, finalmente, los medicamentos para tratar la COVID-19 (Ojo Público 2020). Y es complicado pues se trata de un tema sensible para la ciudadanía, por lo que muchos políticos buscan ser los primeros en encontrar una “solución”, aunque sin analizar el problema o los efectos de sus propuestas.

Por este mismo motivo, era natural que, durante esta etapa, determinados agentes políticos presionen a distintas entidades, entre ellas el Indecopi, por supuestamente no fiscalizar o impedir el alza de precios.

Frente a esta presión inicial, el día 16 de marzo de 2020, el Indecopi indicó que no tenían facultades para controlar o regular los precios de los productos o servicios, debido a “que en el país no existe el control de precios ni tarifas de ningún producto o servicio”, y que su función se limitaba a sancionar a los proveedores que no respeten los precio que informan o se pongan de acuerdo para fijarlos (Indecopi 2020). En ese sentido, Indecopi fue categórico en señalar que no existía en el Perú el control de precios y que su función no estaba orientada a ese tipo de fiscalizaciones. Sin embargo, con el correr del tiempo la presión por establecer un control de precios continuó. Por su lado, el Indecopi comunicó a la ciudadanía que estarían fiscalizando con mayor ímpetu a las farmacias para que informen adecuadamente los precios que cobran al usuario.

Posteriormente, el 21 de marzo de 2020, el presidente del Consejo de Ministros y titular de la PCM, Vicente Zaballos, anunció que se estaría preparando una norma para controlar los precios de los productos básicos (Gestión 2020).

Paralelamente, distintos partidos políticos propusieron una serie de proyectos de ley para establecer un tope a los precios de productos de primera necesidad⁶⁷, pues, afirmaban, se pretendía

⁶⁷ Por ejemplo, el partido Popular Agrícola FIA del Perú – FREPAP presentó el Proyecto de Ley N° 5261, el cual disponía la accesibilidad de medicamentos genéricos para el tratamiento del Covid-19 “impactando en un precio accesible para la población”, lo cual implicaba que se establezcan precios tope a los medicamentos. Asimismo, en el Proyecto de Ley N° 5222 se propuso sancionar penalmente el acaparamiento y especulación de bienes y

acabar “con los abusos de las farmacias que ponen el precio a los medicamentos de manera arbitraria” (RPP 2020).

En este contexto, para el 8 de mayo de 2020, el presidente del Indecopi informó que estaba proponiendo que una entidad del Poder Ejecutivo fije los precios referenciales de los productos de primera necesidad y, en caso exista una persona que especule con dichos precios y cuente con una posición dominante –Indecopi sería el único en capacidad de realizar ese análisis–, sería juzgada a nivel penal por el Ministerio Público (El Comercio 2020).

El 5 de junio de 2020, el Pleno del Congreso aprobó el proyecto de Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código de Consumo) y el 29 de agosto de 2020 fue publicada en El Peruano bajo Ley N° 31040. En el texto de esta ley se dispone sancionar a nivel penal el abuso del poder económico, el acaparamiento, la especulación, entre otros supuestos, que finalmente terminan controlando o poniendo un tope al precio de los productos o servicios. Asimismo, incluye en el Código de Consumo la prohibición de acaparar o especular en situación de emergencia y crea una lista de derechos para los consumidores frente a este tipo de situaciones.

Sin establecer una posición a favor o en contra del control de precios, lo expuesto expondría la delicada situación institucional del Indecopi frente a presiones externas. En menos de dos meses, el Indecopi habría variado su posición respecto al control de precios. Una situación como esta preocupa, dado que evidenciaría que el Indecopi puede verse presionado en algunos momentos por el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo para variar su posición y que este cambio sirva como respaldo para la emisión de una ley, como la antes comentada.

Luego de esta situación, el 16 de junio de 2020, el presidente del Indecopi renunció a su cargo. Algunos medios señalaron que su renuncia se debería precisamente al tema control de precios (Gestión 2020), quien podría haber estado a favor o en contra. Lo cierto es que, a la fecha de elaboración del presente trabajo, con una norma vigente que sanciona a nivel penal y administrativo el acaparamiento y la especulación, los balones de oxígeno en Perú se siguen vendiendo a precios inaccesibles, muy por encima de sus costos de fabricación. Nos preguntamos si finalmente fue la solución adecuada.

Análisis del caso

servicios durante la etapa de la cuarentena.

No somos categóricos en afirmar que esto se haya producido tal cual. Pero si consideramos relevante señalar que la posición del Indecopi frente al Poder Ejecutivo es un riesgo latente que hace eco en la independencia que debería tener la Autoridad de Competencia peruana.

Para este caso estaríamos frente al primer supuesto de influencia, toda vez que el cambio de la normativa e influencia en las decisiones del Indecopi se debió a un caso que a todas luces era mediático, sumado a la crisis sanitaria que ponía en los ojos de la ciudadanía al Poder Ejecutivo.

C. El caso de los “Octógonos”

Antecedentes

En el 2019, se denunció ante el Indecopi al Ministerio de Salud, bajo el argumento que esta entidad habría impuesto barreras burocráticas mediante los denominados “octógonos”, que son advertencias sobre el contenido de sodio, azúcar y/o grasas saturadas de un producto. Entre los argumentos del denunciante se señalaba que las medidas del Ministerio de Salud no tenían amparo en la Ley de Alimentación Saludable emitida en el 2013⁶⁸, que sustentaban dichas medidas, además de que generaban sobrecostos y obstaculizaban su permanencia en el mercado.

Luego del devenir propio del procedimiento, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas resolvió dicho caso⁶⁹ declarando barrera burocrática ilegal las advertencias sobre los octógonos en los anuncios publicitarios en medios escritos, radiales y audiovisuales. La Comisión determinó que el Ministerio de Salud no cuenta con las competencias para regular estos aspectos de la publicidad, ya que únicamente puede fijar los parámetros sobre los octógonos en la etiqueta de los productos.

Sin entrar al análisis de fondo⁷⁰, esta decisión generó un completo rechazo por parte del Ejecutivo y otros actores políticos, y atrajo la atención pública en plena crisis sanitaria. Por ejemplo, la viceministra de Salud Pública manifestó que la resolución del Indecopi sobre la publicidad de octógonos era adversa al cuidado de la salud pública del país (Gestión 2020). Por su parte, el propio presidente Martín Vizcarra indicó que la presencia de los octógonos era fundamental para

⁶⁸ Aprobado mediante Ley N° 30021.

⁶⁹ Mediante Resolución N° 0072-2020/CEB-INDECOPI, de fecha 25 de febrero de 2020.

⁷⁰ El análisis de Comisión pasó por diferenciar las obligaciones establecidas por el Ministerio de Salud con relación a los octógonos tanto en su parte informativa como en la publicitaria. Sobre esta última, se señaló que el Ministerio había establecido mediante reglas infra legales obligaciones de contenido publicitario, para las cuales no estaba facultado (ej.: la duración de las advertencias en los anuncios publicitarios en medios de comunicación, el tamaño del anuncio de las advertencias, entre otras).

que la población tenga conocimiento de lo que está consumiendo, y señaló que el Indecopi no podía ir contra de la salud y una decisión política de su Gobierno, que la iba a mantener (Gestión 2020).

En este contexto de cuestionamientos⁷¹, el Indecopi emitió un comunicado dando a conocer que la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal había solicitado a la Gerencia Legal de la institución, que interponga una apelación contra la cuestionada resolución. Para autores como Pierino Stucchi, no era correcto ni necesario que la propia entidad deba apelar dicha decisión, pues la regulación cuestionada fue emitida por el Ministerio de Salud y no por el Indecopi (Peruweek 2020).

Poco tiempo después, en el mes de junio, el Comisionado Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich, quien fue uno de los que votó a favor para declarar como barrera burocrática ilegal la publicidad sobre los octógonos en los medios de comunicación, presentó su renuncia a la condición de miembro de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, la misma que fue aceptada por el Consejo Directivo de la institución⁷².

Resulta interesante este hecho, toda vez que, dicho Comisionado había sido designado el 18 de setiembre de 2018⁷³, es decir que se mantuvo en el cargo menos de dos años, si bien es cierto no podemos conocer con certeza los motivos de su renuncia, qué duda cabe que la presión mediática y sobre todo política en torno al caso de los octógonos, jugaron factores importantes en su decisión.

Adicionalmente, el 28 de julio de 2020, se dio el conocido mensaje a la Nación por parte del presidente Martín Vizcarra. Entre los diversos puntos que se tocaron, el presidente hizo hincapié nuevamente a su política de gobierno en materia de salud, en particular, al acceso a la información y comprensión sobre contenido de los productos procesados a través de las advertencias publicitarias (octógonos) contenidas en la publicidad de dichos productos.

Análisis del caso

⁷¹ Por otro lado, los medios de comunicación cuestionaron a los miembros de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas que votaron a favor de la resolución, por presuntamente tener un conflicto de intereses pues tenían vínculos con empresas que se verían beneficiadas con la decisión adoptada (Ojo Público 2020).

⁷² Mediante Resolución N° 000077-2020-PRE/INDECOPI, publicada en el diario oficial El Peruano, el 05 de julio de 2020.

⁷³ Mediante Resolución N° 162-2018-PRE/INDECOPI, publicada en el diario oficial El Peruano, el 18 de setiembre de 2020.

Este nuevo pronunciamiento reafirmaba la voluntad del jefe máximo del Poder Ejecutivo por defender su decisión política sobre la regulación de los octógonos. Pero, ¿cómo este tipo de pronunciamientos puede afectar las decisiones del Indecopi sobre este tema? Conforme lo mencionamos a lo largo de este trabajo, los vocales y comisionados son designados por el Consejo Directivo del Indecopi, quienes, a su vez, son designados por el Ejecutivo. Bajo esta mirada, resulta más notorio el riesgo de presión política por parte del Ejecutivo sobre la decisión que vaya a tomar la sala del Indecopi en el caso de los octógonos. Y a esto hay que sumar que en momentos de crisis como el que vivimos, la aceptación popular en temas como este se convierte en la principal finalidad para muchos actores políticos.

Si bien es cierto este caso aún no tiene un capítulo final, se puede observar que la presión o influencia política puede aparecer cuando se contraponen los intereses del ejecutivo (política de gobierno), encontrándonos en el tercer supuesto de nuestra primera hipótesis.

Asimismo, cuando el caso se volvió mediático al ponerse de por medio la salud de las personas, surgieron diversos cuestionamientos a las decisiones del Indecopi que llevaron a un pronunciamiento del Poder Ejecutivo en contra de dicha entidad y a la renuncia de uno de los Comisionados que resolvió dicho caso, todo esto, puede debilitar su independencia e imparcialidad (primer supuesto de la hipótesis).

C. Caso de Indecopi vs. Indecopi

Antecedentes

El Artículo 150° del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano dispuso que los establecimientos comerciales deben contar con un libro de reclamaciones en forma física o virtual. Asimismo, señaló también esta disposición que las condiciones, supuestos y especificaciones referidas a la implementación del Libro de Reclamaciones se realizarían a través de su reglamentación posterior.

Por ello, mediante Decreto Supremo N° 011-2011-PCM, se procedió a establecer la reglamentación del denominado Libro de Reclamaciones. Dicho Reglamento, desarrolló los supuestos y las formalidades que deberían de acatar las empresas que concurren en el mercado con la finalidad de cumplir con la regulación del Libro de Reclamaciones establecida en el mencionado Código de Consumo.

Sin embargo, mediante Decreto Supremo 006-2014-PCM se incluyó un nuevo Artículo en el DS 011-2011-PCM, es decir, en el Reglamento del Libro de Reclamaciones. Esta nueva disposición

es el Artículo 16° del DS 011-2011-PCM creó el “Sistema de Reportes de Reclamaciones”, más conocido como el SIREC. En ese sentido, el Artículo 16° del DS 011-2011-PCM crea la exigencia que todos los reclamos que ingresen en el libro de reclamaciones de los proveedores, de manera posterior deben ser ingresados en el SIREC, sistema operador directamente por el Indecopi.

Producto de ello, con expediente 285-2016/CEB, se denunció ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) que la exigencia de reportar al SIREC los reclamos formulados por los usuarios en el Libro de Reclamaciones. El denunciado fue la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) e Indecopi en calidad de tercero administrado. En ese sentido, había ocurrido una situación *sui generis*: se había denunciado al Indecopi y a la PCM frente al Indecopi.

Los argumentos del denunciante, entre otros, consistían en señalar que el Código de Protección al Consumidor había creado el libro de reclamaciones y solamente había otorgado la facultad que por reglamento se pueda establecer las condiciones, los supuestos y las demás especificaciones para su cumplimiento. Sin embargo, extralimitando las facultades otorgadas, de manera ilegal (principio de legalidad) la PCM habría creado el SIREC y a su vez habría establecido una nueva obligación para los administrados (reporte a este nuevo sistema):

Código de Consumo	Decreto Supremo N° 011-2011-PCM
<p>Artículo 150.- Libro de reclamaciones Los establecimientos comerciales deben contar con un libro de reclamaciones, en forma física o virtual. El reglamento establece las condiciones, los supuestos y las demás especificaciones para el cumplimiento de la obligación señalada en el presente artículo.</p>	<p>“Artículo 16° El Sistema de Reportes de Reclamaciones (en adelante, SIREC) tiene por objetivo que los proveedores reporten los reclamos y quejas interpuestas por los consumidores en el Libro de Reclamaciones, a través de un aplicativo informático. Los proveedores que se encuentran sujetos a la presente obligación, son aquellos cuyo ingreso anual sea igual o mayor a tres mil (3000) Unidades Impositivas Tributarias (...).”</p>

Mediante Resolución N° 0006-2017/CEB-INDECOPI la CEB declaró que constituía una barrera burocrática ilegal la exigencia de reportar a través del SIREC los reclamos formulados por los usuarios en el Libro de Reclamaciones, por argumentos similares a los expuestos por la denunciante. Frente a ello, la PCM presentó un recurso de apelación y el caso se elevó a la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas (SEB)

No obstante, en paralelo el mismo denunciante había interpuesto una demanda de acción popular contra la misma normativa, siendo que la última instancia el Poder Judicial determinó que el SIREC no vulneraba el marco constitucional peruano, por lo que era válida su aplicación. Entre otros, el Poder Judicial determinó que el SIREC facilita y acelera las labores de fiscalización

respecto de la obligación de contar con un Libro de Reclamaciones y disuade a los proveedores a incurrir en conductas sancionables. Además, no implica la creación de una nueva o distinta obligación a la ya prevista en la ley, por lo que no contraviene el principio de legalidad.

Conforme a ello, el argumento de legalidad había quedado desestimado al haber obtenido la calidad de cosa juzgada. Sin embargo, la parte denunciante solicitó el análisis de Razonabilidad de la medida a la SEB, en vista que esta parte no había sido desarrollada por el Poder Judicial. El denunciante señaló, en otros argumentos, que existían mecanismos alternativos y menos costosos que permitían verificar que los proveedores dieran respuesta a los reclamos que interponían los consumidores, tales como solicitudes de información por parte de la autoridad, visitas de inspección, entre otros.

Mediante Resolución 182-2020/SEL-INDECOPI, la SEB declaró infundada la denuncia al no encontrar a la exigencia del SIREC como irrazonable (la parte de legalidad se debió confirmar de acuerdo a lo señalado por el Poder Judicial), en la medida que la denunciante no habría desarrollado una explicación suficiente de por qué los mecanismos alternativos propuestos serían menos costosos, no solo para los proveedores, sino también para la sociedad.

No obstante, mediante voto en discordia, el vocal Orlando Vignolo señaló que correspondía devolver los actuados a la primera instancia para que pueda opinar respecto a la carencia o no de razonabilidad de la exigencia denuncia. Caso contrario, se estaría privando a la denunciante de obtener un pronunciamiento de la primera instancia y, en caso de ser desfavorable, pueda impugnarla, tal como lo reconocen los principios de Tutela Jurisdiccional Efectiva y Pluralidad de Instancia.

Análisis del caso

Dicho esto, consideramos que la resolución de la SEB resulta ser, por lo menos cuestionable, porque fue el mismo denunciante quién solicitó que la primera instancia pueda revisar los argumentos de falta de razonabilidad de la medida. Ahora bien, más allá del hecho de ser debatible la posición de la Sala, lo cierto es que en este caso el Indecopi tuvo que evaluar si es que la PCM –entidad que prácticamente designa a sus vocales y funcionarios- ha establecido una barrera burocrática ilegal e irrazonable. No es novedoso, que una entidad busque que sus decisiones no sean declaradas como barrera, dado que, para la visión pública, es un indicativo que la entidad no regula de manera adecuada. En ese sentido, podría inferirse que el Indecopi –producto de su relación funcional- podría haberse visto influenciado por la PCM para que en última instancia el SIREC termine siendo razonable, así sea utilizando argumentos que pueden ir en contra de

principios administrativos y constitucionales, como el propio vocal Orlando Vignolo señaló.

Esto se suma al hecho que el área de protección al consumidor podría haber intervenido para que la medida no sea declarada como barrera irracional, dado que tenía investigaciones de oficio y procedimientos con multas impuestas o, en todo caso, la consideraba necesaria para ejercer sus funciones de fiscalización. En ese sentido, también podría existir un peligro de una influencia política interna dentro del Indecopi, lo cual no debería ocurrir en una entidad tan diversificada en niveles de funciones y control, en donde la barrera burocrática podría ser aplicable a la misma entidad. En ese sentido, podríamos concluir que nos encontramos ante el segundo supuesto de influencia, que son casos donde intervienen otros niveles del Ejecutivo. En este caso particular fue la misma PCM (representando en su integridad al Poder Ejecutivo) y al mismo Indecopi, en donde no habría una verdadera garantía de imparcialidad.

Finalmente, luego de la revisión de los casos, debemos señalar que resulta claro que en muchos de ellos existía la necesidad de que el Indecopi intervenga para regular comportamientos que probablemente no estaban alineados con la normativa de competencia peruana. Por este motivo, nuestra intención no es concluir que, en los casos propuestos, la intervención de Indecopi fue injustificada o innecesaria o que las empresas investigadas actuaron conforme a ley, sino lo que busca demostrar nuestra tesis es que el contexto político de determinados casos, podría haber llevado al órgano dirimente a verse influido o presionado para decidir de determinada manera, sobre todo por el control jerárquico directo del Ejecutivo.

A su vez, los casos que presentamos en este trabajo de tesis han sido los más claros y comentados por los medios, expertos y políticos en los últimos 30 años en el Perú, pero es claro que reflejan indicios de ocurrencia y riesgos, más no reflejan evidencia explícita o incuestionable de un hecho, caso contrario tendríamos pronunciamientos del órgano laboral, órgano de control o, en algunos casos, inclusive de la fiscalía, y ese no termina siendo el objetivo del presente trabajo. Además, se suma al hecho de lo complejo que es conseguir una evidencia incuestionable de la ocurrencia de estos hechos, dado que no se realizan mediante oficios, correos electrónicos e, incluso, ni por mensajes de texto.

Sin embargo, este hecho no es motivo por el cual no se pueda apreciar un sesgo en determinada decisión y tampoco el impedimento de levantar, mediante un documento académico, la existencia de un riesgo actual o futuro (que incluso a la fecha podría terminar siendo real).

4. La presión política: un riesgo en la confianza e institucionalidad del Indecopi (en desarrollo)

La filósofa Onora O'Neill señala que «cada uno de nosotros y cada institución necesita confianza. La necesitamos porque tenemos que poder confiar en que otros actúen como dicen que lo harán, y porque necesitamos que otros acepten que actuaremos como decimos que lo haremos» (O'Neill 2002: 3 y 4). En el caso del Indecopi, esta confianza se ve reflejada en la objetividad de sus decisiones. Su institucionalidad tiene como principal soporte la confianza en que emitirá decisiones libres de cualquier presión externa indebida, sea económica o política.

Por este motivo, se ha considerado necesario realizar entrevistas a funcionarios del Indecopi y el Poder Ejecutivo, así como a especialistas sobre la materia, para conocer su percepción sobre la relación que tiene la primera entidad con este último poder del Estado. Asimismo, se han realizado encuestas a agentes que se relacionan de forma activa con el Indecopi para ver cómo la posición que tiene esta entidad con el Poder Ejecutivo afecta la confianza que se tiene en sus decisiones y, con ello, su institucionalidad.

4.1 Entrevistas

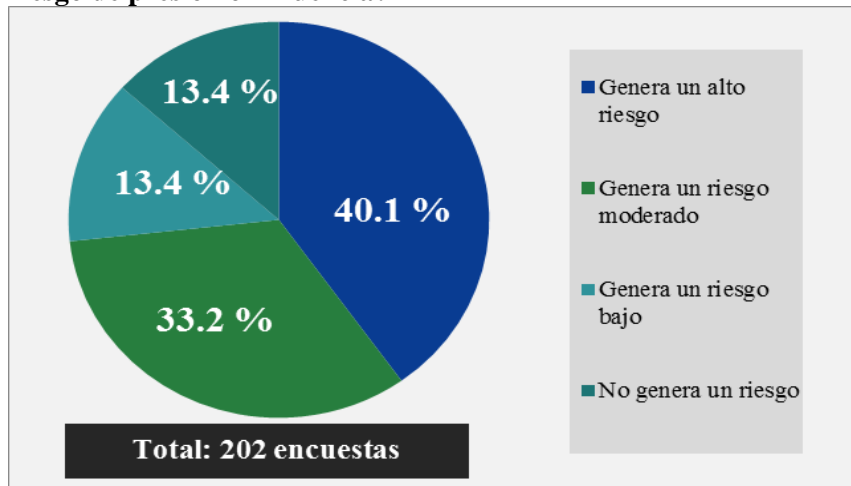
Para efectos de esta investigación, se han efectuado entrevistas abiertas a funcionarios y ex funcionarios del Indecopi, agentes políticos, y especialistas sobre la materia (evidencia primaria). Nuestros entrevistados fueron: **(i)** Zenaida Solís, ex congresista de la República; **(ii)** Hebert Tassano, ex presidente del Indecopi; **(iii)** Eduardo Quintana, ex funcionario del Indecopi y socio del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra; **(iv)** Gianfranco Iparraguirre, ex funcionario del Indecopi y socio de León e Iparraguirre Abogados; **(v)** Julio Durand, ex vocal del Tribunal del Indecopi; **(vi)** Javier Murillo, socio fundador de APICOM; **(vii)** Crisólogo Cáceres, presidente de ASPEC; **(viii)** Maurice Pacheco, Comisionado Oficina Regional del Indecopi; y, **(ix)** Piero Rojas Vásquez, especialista en barreras burocráticas.

Según se podrá observar en esas entrevistas, todos coinciden en que existe un riesgo de presión política debido a la posición que tiene el Indecopi frente al Ejecutivo. Asimismo, la gran mayoría tiene una posición favorable respecto a que el Indecopi asuma la condición de Organismo Constitucionalmente Autónomo. Las entrevistas efectuadas con motivo de esta investigación pueden ser contrastadas a mayor detalle en el Anexo 1 de este trabajo.

4.2 Resultados de las encuestas

Continuando con el desarrollo de nuestra investigación, se han empleado encuestas a agentes y profesionales que se relacionan de forma activa con el Indecopi, que dan un total de 202 encuestados. De este universo de encuestados, solo el 13,4% de encuestados considera que el hecho que el Ejecutivo designe a los altos funcionarios del Indecopi no genera riesgos de influencia o presión en esta entidad, y **el 40,1% considera que genera un alto riesgo.**

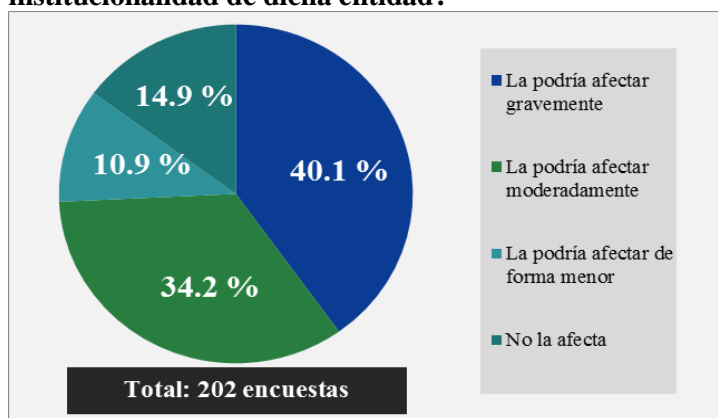
Gráfico 3. ¿La designación de los altos funcionarios del Indecopi por el Ejecutivo genera un riesgo de presión o influencia?



Fuente: Elaboración propia 2021.

Finalmente, el **85,1% de encuestados considera que la posición del Indecopi respecto del Poder Ejecutivo afecta la confianza en dicha entidad y, con ello, su institucionalidad**, con lo cual, queda acreditada la hipótesis secundaria (ver el gráfico 4).

Gráfico 4. ¿La posición del Indecopi respecto del Ejecutivo afecta la confianza e institucionalidad de dicha entidad?



Fuente: Elaboración propia 2021.

Capítulo IV. Análisis de alternativas y propuestas

1. Sobre el análisis de impacto regulatorio (AIR) al problema objeto de estudio

La emisión de una norma, sea para crear o modificar algo, puede tener un efecto positivo o negativo, y es necesario tenerlo presente. Por este motivo, resulta necesario transitar por un adecuado proceso de emisión normativa que asegure la calidad de la norma y el cumplimiento de esta, a fin de evitar o al menos compensar sus efectos negativos. Según la OCDE (2019), la calidad de un proceso de emisión normativa tiene una influencia directa sobre el cumplimiento de los objetivos planteados y el posible beneficio neto potencial.

Bajo este enfoque, dicha organización recomienda implementar un proceso que asegure la calidad regulatoria. Uno de los instrumentos más utilizados para este propósito es el análisis de impacto regulatorio (AIR). Esta herramienta de evaluación cuenta con una metodología que tiene, en esencia, los siguientes criterios: (i) identificación del problema; (ii) las causas que lo originan y (iii) las alternativas de intervención estatal, entre las cuales debe considerarse siempre la alternativa de “no regular”.

En la presente investigación, los dos primeros criterios han sido desarrollados a lo largo de las líneas esbozadas en los capítulos anteriores. Según se ha expuesto, el problema de nuestra investigación es el siguiente: el riesgo de influencia o presión política del Indecopi por parte del Ejecutivo. Y respecto a sus causas, se ha explicado que este riesgo aparece debido a la alta discrecionalidad del Poder Ejecutivo en el nombramiento de los integrantes del Consejo Directivo y los miembros de los órganos resolutivos de la Agencia de Competencia peruana (vocales y comisionados), y que no se cuenta con transparencia en el proceso de designación de tales miembros. Además, se ha precisado que este riesgo se incrementa cuando la Agencia de Competencia peruana: **(i)** trata casos mediáticos, de alto interés para la ciudadanía; **(ii)** casos en los que participan otras entidades del Ejecutivo; y **(iii)** casos en donde quienes dirigen este poder tienen un interés directo.

En esta línea, llegados a este punto toca explicar las alternativas de solución para abordar esta problemática, para luego analizar los pro y contras de cada alternativa y elegir la más adecuada.

2. Sobre las alternativas de solución

2.1 Primera alternativa: No Regular

El Indecopi es una de las instituciones más eficientes del Gobierno, pues cuenta con colaboradores

de gran talento y, salvo contados casos, siempre se ha mantenido como una institución independiente, alejada de intervenciones políticas o mediáticas. Por este motivo, en el presente acápite vamos a analizar si realmente se amerita algún cambio en la estructura orgánica del Indecopi o si, por el contrario, sería mejor mantener el estatus quo de la institución.

En el año 2014, el Indecopi logró colocarse en el puesto dieciséis (16) del Ranking Great Place to Work, en el rubro Más de 1.000 Colaboradores (Great Place to Work 2014), la cual premió a las mejores empresas para trabajar. Indecopi fue la única entidad pública premiada y se encontró al lado de grandes empresas, como Atento, IBM, Scotiabank, Belcorp, entre otras. Para ello, desde el 2009, el Indecopi venía midiendo su clima laboral a través de la encuesta Trust Index de Great Place to Work, con el fin de conocer el nivel de confianza de la institución y las brechas del ambiente laboral (PCM 2014).

Este reconocimiento se torna más importante, dado que el clima laboral tiene una influencia directa en la productividad de los trabajadores (Pilligua y Arteaga 2019), por lo que pertenecer a este ranking no solo demuestra una buena práctica laboral, sino que también demuestra que la institución cuenta con adecuados niveles de desempeño. Esto va de la mano con la encuesta realizada por la Cámara de Comercio en el año 2019 en dónde se consultó a 239 ejecutivos de pequeñas, medianas y grandes empresas respecto a la institución que consideraban tenía el mejor desempeño; ocupando el Indecopi el tercer puesto, tan solo por detrás del reconocido Banco Central de Reserva y la Superintendencia de los Registros Públicos (Bakertilly 2019).

Asimismo, Indecopi ha demostrado ser una institución que se encuentra a la vanguardia de las mejores prácticas empresariales. Por ejemplo, en el año 2018 (antes de la pandemia) Indecopi se convirtió en la primera institución en implementar el teletrabajo, mediante un proyecto piloto en el que participaron 20 colaboradores de tres áreas distintas, con resultados exitosos. De la misma manera, implementó políticas y buenas prácticas sobre equidad de género y la igualdad social entre los trabajadores, logrando el segundo lugar en el Ranking PAR PERÚ 2018 de igualdad en las organizaciones, desarrollado por la empresa Aequales. Asimismo, fue finalista del Premio ABE que premia a la responsabilidad social laboral 2018, en la categoría Promoción de Voluntariado de los Trabajadores con el plan 'Indecopi Solidario 2017 – 2018' (Indecopi 2018).

En el año 2019, el *Premio a Buenas Prácticas en Gestión Pública* premió al Indecopi con la mejor práctica en la simplificación de trámites, al implementar una gaceta electrónica de propiedad industrial que acelera el procedimiento de registro de marcas. En ese sentido, podemos ver a una

institución que realmente tiene un buen desempeño y más bien su forma de trabajo debería servir de ejemplo para el resto de instituciones públicas. En ese sentido, ¿es recomendable cambiar algo que funciona?

Recordemos que, para regular alguna conducta o situación a efectos de evitar la ocurrencia de un daño, debemos analizar el riesgo. Así, tenemos lo siguiente: $\text{Riesgo} = \text{Probabilidad de ocurrencia} \times \text{Daño}$. El riesgo está definido como la probabilidad de que un evento adverso ocurra, multiplicado por el daño que causaría en caso de materializarse. El riesgo es simplemente la pérdida esperada y suele identificarse con mayor frecuencia en situaciones que afectan a la sociedad (OCDE 2018). Existen riesgos que son más sensibles que otros, por lo que al enfrentarse a riesgos que tienen una valoración muy alta, el regulador se ve incentivado a emitir normas que atienden a lo que se conoce como el Principio Precautorio: “es mejor prevenir que lamentar” (Hahn, Lutter & Kip Viscusi 2000).

Sin embargo, el regulador debe entender que el **riesgo cero es inalcanzable**, por lo que se debe evitar regular en donde no exista una real necesidad o regular en una mayor cantidad al riesgo asociado, lo cual finalmente puede abrir otros riesgos y terminar perjudicando algo que finalmente podría ser controlable (OCDE 2018). Para ello, la OCDE recomienda analizar previamente cuatro hitos (OCDE 2010): (i) identificar qué riesgos son tolerables y a qué nivel; (ii) valoración del daño potencial y su probabilidad de ocurrencia; (iii) ranking de actividades que conforman ese riesgo; y, (iv) ordenar recursos conforme a los riesgos. Aplicando el test propuesto al caso estudiado del Indecopi, podemos considerar lo siguiente:

- **Identificación de riesgos tolerables y su nivel:** Los riesgos planteados en el presente trabajo involucran una posible captura del poder político del Indecopi, debido a la forma de designación de sus funcionarios.
- **Valoración de daño potencial y su posibilidad de ocurrencia:** Como hemos señalado, el daño potencial es alto, dado que el Poder Ejecutivo u otro poder político podrían determinar las decisiones del Indecopi en materias económicas sumamente importantes para el mercado. Sin embargo, la posibilidad de ocurrencia sería baja, teniendo en consideración que el Indecopi tiene casi treinta años funcionando de una manera idónea en el sector público, habiendo pasado por gobiernos dictatoriales, por lo que no se podría hablar de una posibilidad significativa respecto a que el Indecopi pueda ser capturado por el poder político.

No obstante, como hemos mencionado, es una posibilidad que el no cambiar las reglas de

designación actuales del Indecopi, en un futuro, podría generar que un Poder Ejecutivo con mayores ansias de intervención lo pueda hacer fácilmente, debido a que su estructura se lo permitiría.

- **Ranking de actividades que conforman ese riesgo:** Básicamente las actividades se encuentran referidas a la forma de designación de los funcionarios del Indecopi y, cómo a través de esta medida, pueden lograr orientar las decisiones a cargo de esta institución.
- **Recursos conforme a los riesgos:** Cambiar la forma de designación de los funcionarios del Indecopi podría no generar un gasto en recursos, pero podría abrir otros flancos que terminen siendo perjudiciales. Por ejemplo, si es que se realizan concursos públicos, los actuales funcionarios del Indecopi podrían no querer participar, propiciando una salida grupal de talento humano. De la misma manera, realizar un cambio en la forma de designación podría fomentar el ingreso de malos elementos, los cuales irán restando vacantes para aquellos buenos elementos. En la entrevista realizada a Hebert Tassano, señaló que precisamente los buenos elementos de la institución han logrado frenar cualquier intervención política, por lo que podríamos estar eliminando precisamente la fórmula que ha permitido al Indecopi funcionar adecuadamente. En ese sentido, la decisión no involucraría recursos, pero podría traer consigo daños colaterales que sí podrían ser significativos.

Por los argumentos antes expuestos, podemos advertir que existen suficientes elementos que nos podrían permitir concluir que actualmente no sería la mejor opción cambiar la forma de designación de los funcionarios del Indecopi, sobre todo porque la posibilidad de ocurrencia termina siendo baja. Además, como externalidad, podemos advertir que precisamente cambiar la forma de designación de los funcionarios, podría significar la migración de los actuales buenos elementos, los cuales precisamente habrían sido los que evitaron la influencia política en la institución a lo largo del tiempo.

Sin embargo, más allá de este análisis, volvemos a poner en relieve que por el hecho que no hayan existido muchos casos o que los actuales colaboradores tengan un buen desempeño y que probablemente sean los que evitan la influencia política, también es cierto que termina siendo un riesgo latente que una institución pública se respalde únicamente en las personas y sus futuras transiciones, pero no cuente con un marco institucional que realmente lo proteja. Esto se suma a que las personas pueden salir de la institución por otras razones, como el bajo salario que actualmente se mantiene en la institución, con mayor relevancia para el personal de alta jerarquía, y, por lo mismo, sean llamados por instituciones privadas, como estudios de abogados o empresas,

debido a su experiencia única dentro de la administración pública. Por este motivo, dejamos en los siguientes subcapítulos el análisis de otras propuestas que involucran una modificación regulatoria/legislativa.

2.2 Otorgar al Indecopi el proceso de designación del Consejo Directivo y Órganos Resolutivos de un Organismo Regulador

Conforme al problema identificado en la forma de designación de los altos funcionarios del Indecopi, por ello, en este subcapítulo proponemos como solución un cambio normativo para que la forma de elección de los funcionarios del Indecopi se lleve a cabo mediante concurso público como sucede actualmente con los Organismos Reguladores, en ese sentido, analizaremos como se realiza la elección de los presidentes y miembros de los Consejos Directivos de estos Organismos.

Así tenemos que, con la emisión de la Ley Marco de Organismos reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por Ley N° 27332⁷⁴, se estableció el marco legal para los Organismos Reguladores denominados: Osiptel⁷⁵, Osinergmin⁷⁶, Ositran⁷⁷ y Sunass⁷⁸. La naturaleza de estos organismos reguladores es la de organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera. Entre sus funciones tiene a la supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias y la solución de reclamos de usuarios.

De acuerdo al artículo 6° de la norma antes mencionada, el Consejo Directivo es el órgano de dirección máximo de cada Organismo Regulador, se encuentra integrado por cinco (5) miembros⁷⁹ designados mediante Resolución Suprema refrendada por el presidente del Consejo de Ministros, por el Ministro de Economía y Finanzas, y por el ministro del sector al que pertenece la actividad regulada, de manera excepcional pueden ser seis (6) miembros. Conforme a lo

⁷⁴ Publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de Julio del año 2000.

⁷⁵ Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones.

⁷⁶ Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

⁷⁷ Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

⁷⁸ Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

⁷⁹ La conformación de los miembros del Consejo Directivo se realiza de la siguiente manera:

1. Dos miembros a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales es representante de la sociedad civil. Uno de estos miembros preside el Consejo el Consejo Directivo y tiene el voto dirimente.
2. Un miembro a propuesta del sector al que pertenece la actividad económica regulada.
3. Un miembro a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas.
4. Un miembro a propuesta del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

desarrollado hasta este punto, podemos apreciar que la forma de designación de los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores es muy parecida a la del Consejo Directivo del Indecopi por la alta discrecionalidad con la que contaría el Poder Ejecutivo sobre estas entidades, conforme lo desarrollamos anteriormente.

Sin embargo, la gran diferencia en la forma de designación entre los Organismos Reguladores y el Indecopi, surgió a finales del año 2007, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, aprobada por Ley N° 29158, esta norma en su artículo 32⁸⁰ señala que los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores son designados mediante concurso público. Este importante cambio trajo consigo la aprobación del “Reglamento del Concurso Público para la designación de los miembros de los Consejos Directivos de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos”, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2008-PCM. De esta forma por primera vez se reglamentó el proceso de elección del presidente del Consejo Directivo y sus demás miembros conformantes, contrarrestando la facultad discrecional que tenía la Presidencia del Consejo de Ministros (Sánchez 2020).

Actualmente se encuentran vigente los reglamentos aprobados por el Decreto Supremo N° 097-2011-PCM para la elección del presidente del Consejo Directivo y el Decreto Supremo N° 103-2012-PCM para el caso de la elección de los miembros del Consejo Directivo. Ambas normas⁸¹ tienen como propósito la selección de postulantes al cargo de presidente y miembros del Consejo directivo de los Organismos Reguladores, respectivamente.

Para este propósito, mediante Resolución Ministerial se conforma una Comisión de Selección que estará a cargo del concurso, esta comisión se encuentra conformada por dos (2) miembros propuestos por el presidente del Consejo de Ministros, uno de los cuales preside la Comisión y tiene el voto dirimente, un (1) miembro propuesto por el Ministro de Economía y Finanzas y un (1) miembro propuesto por el ministro del sector al cual pertenece la actividad regulada. Las etapas del procedimiento de selección son:

⁸⁰ Ley N° 29158
Artículo 32.- Organismos Reguladores
Los Organismos Reguladores: (...)

6. Están dirigidos por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese.

⁸¹ Ambos reglamentos fueron actualizados por el Decreto Supremo N° 009-2017-PCM, con la finalidad de incorporar modificaciones normativas y las tecnologías de la información existentes para permitir la postulación de un mayor número de calificados.

- **La Convocatoria:** comprende la etapa de postulación y declaración de postulantes aptos. La convocatoria se realiza a través de un aviso público publicado en el diario oficial El Peruano y en cualquier otro diario de circulación nacional. El plazo para postular es de 15 días hábiles contados desde la fecha de publicación del aviso. Los requisitos que deben cumplir los postulantes son: a) Ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio, b) Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional⁸², c) Acreditar estudios de maestría concluidos en materias relacionadas a la actividad objeto de competencia del organismo regulador y d) No estar incurso en ninguna de las incompatibilidades establecidas en el artículo 8 de la Ley N° 27332.
- **La Evaluación:** comprende las etapas de evaluación curricular, evaluación escrita y entrevista personal. Estas fases son eliminatorias, en ese sentido, solo pasan a la siguiente fase los postulantes con los puntajes más altos. Una vez culminada la evaluación curricular se publicará en el portal electrónico de la PCM la lista de los diez (10) postulantes con la mayor calificación curricular. Para el caso de la elección de candidatos a presidente de Consejo Directivo se cuenta con la fase de evaluación escrita, que comprende la elaboración de un ensayo y una prueba escrita. La comisión puede encargarse del desarrollo de esta etapa a una institución de educación superior, de post grado, de reconocido prestigio. Los postulantes con las cinco (5) mejores calificaciones pasarán a la etapa de entrevista personal. Para el caso de los postulantes aptos al cargo de miembro del Consejo Directivo, si bien es cierto no cuentan con una etapa de evaluación escrita, deberán presentar un ensayo con una anterioridad mínima de un (1) día calendario a la etapa de entrevista personal. Una vez culminada la etapa de entrevista personal, la Comisión publicará en el portal institucional de la PCM la lista de los tres (3) postulantes a presidente o miembro del Consejo Directivo, que alcanzaron los mejores puntajes.
- **La Selección:** La comisión pondrá en consideración del despacho de la PCM la lista de los postulantes seleccionados para el cargo de presidente o miembro del Consejo Directivo, según sea el caso. Una vez entregada estas listas, la Comisión de selección culmina su labor y cesan sus funciones. Al finalizar el procedimiento de selección, ya sea para las presidencias de los Consejos Directivos o para los miembros de los Consejos Directivos de los organismos reguladores, el titular de la PCM presenta al presidente de la República la propuesta de designación correspondiente para dichos cargos.

⁸² Este requisito se acredita demostrando no menos de tres (3) años de experiencia en cargos de gestión ejecutiva como son la toma de decisiones en entidades u organismos del estado, o en empresas públicas o privadas. Alternativamente, acreditando no menos de cinco (5) años de experiencia en materias que configuran el objeto de competencia del organismo regulador.

Como se ha podido apreciar, a diferencia de lo que sucede en el Indecopi, los postulantes al cargo de presidente o miembro del Consejo Directivo de los organismos reguladores atraviesan por un concurso público, situación que otorga mayor transparencia a los procesos de designación en estos organismos. Sin embargo, también hemos podido evidenciar que el Poder Ejecutivo sigue siendo quien lleva las riendas del proceso de selección, por un lado, eligiendo a los miembros de las comisiones de selección y, por otro lado, se observa que, sobre la lista final de postulantes presentada por la Comisión de Selección, es el presidente de la República quien finalmente decide las presidencias de los Consejos Directivos de los Organismos Reguladores y la elección de los demás miembros que compongan dichos consejos.

Por otro lado, en lo referido a la remoción de los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, esta solo puede ser promovida por falta grave, previa investigación y presentación de descargos, pero, a diferencia del Indecopi, en el caso de los reguladores se ha establecido un paso más: la Presidencia del Consejo de Ministros debe informar a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron tal decisión. Como vemos, la Ley Marco de Organismo Reguladores introdujo la participación de otro poder del Estado sobre las decisiones del Ejecutivo cuando se produzca una remoción, lo cual diversificaría la capacidad de presión política en dichas entidades.

Finalmente, otro punto que resulta conveniente mencionar es que los Organismos Reguladores cuentan con procedimientos aprobados para la designación de vocales de sus Órganos Resolutivos; en ese sentido, resulta interesante mencionar el caso del Osinergmin, el cual mediante Resolución de Consejo Directivo N° 044-2018-OS-CD, aprobó que los vocales del JARU⁸³ Y TASTEM⁸⁴ pueden ser seleccionados mediante concurso público, para este propósito, se aprueba el procedimiento de selección mediante Resolución de Presidencia de este organismo regulador.

Teniendo en cuenta el caso mencionado, en el caso del Indecopi se puede incorporar el concurso público para la designación de vocales, comisionados y secretarios técnicos, con esta medida se limitaría el poder de designación del Consejo Directivo del Indecopi sobre sus Órganos Resolutivos, quienes únicamente elegirían sobre los candidatos propuestos por el comité de selección.

⁸³ Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios.

⁸⁴ Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería.

2.3 Otorgar al Indecopi la calidad de Organismo Constitucionalmente Autónomo

2.3.1 Antecedentes de la propuesta

Desde la creación del Indecopi se puede identificar, por lo menos, los siguientes antecedentes normativos que proponen que esta entidad sea reconocida como un organismo constitucionalmente autónomo:

- **Proyecto de Ley N° 3893/2002-CR:** este proyecto propuso incorporar al Indecopi dentro de los organismos constitucionalmente autónomos previstos en nuestra Constitución, debido a que es la encargada de salvaguardar la competencia y tutelar los derechos de los consumidores.
- **Proyecto de Ley N° 3975/2002-CR:** este proyecto propuesto incorporar dos artículos en la Constitución para otorgar al Indecopi el status de organismo constitucionalmente autónomo, esto debido a la función que tiene en defensa de los consumidores y en el libre acceso al mercado.
- **Proyecto de Ley N° 4422/2002-CR:** este proyecto va en el mismo sentido que los anteriores, agregando en su sustento que el Indecopi debe ser un organismo constitucionalmente autónomo, debido a que se encarga de establecer reglas básicas en el mercado, así como la eliminación de prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.
- **Proyecto de Ley N° 6919/2020-CR:** este proyecto sustenta la propuesta de convertir al Indecopi en un organismo constitucionalmente autónomo, debido a tres (3) razones: **(i)** las funciones del Indecopi están vinculadas a derechos y principios que guían nuestro régimen constitucional económico; **(ii)** las nuevas funciones que realizará dicha entidad en materia de control previo de concentraciones empresariales; y, **(iii)** la necesidad de dotar de mayor autonomía ante el riesgo de presión política a causa de la posición del Indecopi respecto del Ejecutivo.

Como se observa, los proyectos normativos antes mencionados tienen una finalidad y sustento común, a excepción del último, en donde además se desarrolla la necesidad de convertir al Indecopi en un organismo constitucionalmente autónomo para evitar cualquier riesgo de presión política dada las funciones que ostenta.

De otro lado, un punto en común que mantienen los 3 primeros proyectos de ley es plantear que la designación de los miembros del Consejo Directivo del Indecopi la realicen el Poder Ejecutivo (3 integrantes) y el Congreso (2 integrantes). En este extremo, el último proyecto de ley sí marca distancia, pues, según se indica: “El hecho de insistir que el Poder Ejecutivo sea el encargado de

designar la mayoría del Consejo Directivo generaría una autonomía de orden formal, pero no real. Es decir, si tres de los cinco integrantes del máximo órgano del Indecopi se encuentran controlados por el Poder Ejecutivo la independencia se pone en grave riesgo. Esto resulta más peligro aún si el poder político llega a tener prácticas autoritarias y antidemocráticas” (Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 6919/2020-CR, p. 4).

De ese modo, este último proyecto plantea que la designación de los miembros del Consejo Directivo del Indecopi se realice mediante un concurso público de méritos que esté a cargo de un Comité Evaluador, conformado por: **(i)** el Defensor del Pueblo; **(ii)** el presidente del Congreso; **(iii)** el presidente del Consejo de Ministros; **(iv)** el presidente del Banco Central de Reserva; y, **(v)** el Contralor de la República.

2.3.2 ¿Por qué el Indecopi debe ser un organismo constitucionalmente autónomo?

Aquí el sustento es bien simple: la relevancia constitucional de las funciones que realiza el Indecopi dentro de una Economía Social de Mercado. Recordemos que nuestra actual Constitución consagra que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una Economía Social de Mercado, que constituye un régimen económico que parte de dos premisas: primero, que el mercado es el mejor medio para la asignación de recursos; y, segundo, que el mercado tiene fallas y puede albergar situaciones de abusos, lo que hace necesaria la intervención del Estado⁸⁵.

De este modo, en un régimen como el consagrado en nuestra Constitución resulta entendible que el Estado se encargue, por ejemplo, de velar que la competencia en el mercado se realice de forma correcta y que las empresas no cometan abusos contra los consumidores. En efecto, de acuerdo a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 61° y 65° de nuestra Constitución⁸⁶, el Estado facilita y vigila la libre competencia, así como el deber de defender el interés de los consumidores.

Precisamente, la entidad encargada de materializar estos mandatos constitucionales es el Indecopi. De acuerdo al artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1033, que aprueba la Ley de

⁸⁵ Ver fundamento jurídico 19 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.° 00011-2013-PI/TC.

⁸⁶ Constitución Política del Perú

Artículo 61°- Libre competencia

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

Artículo 65°- Protección al Consumidor

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.

Organización y Funciones del Indecopi, esta entidad tiene por funciones generales las siguientes: **(i)** vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales; **(ii)** defender la libre y leal competencia; **(iii)** corregir las distorsiones en el mercado provocadas por el daño derivado de prácticas de *dumping* y subsidios; **(iv)** proteger los derechos de los consumidores, entre otros.

En esta línea, tenemos que las funciones del Indecopi transitan por una serie de principios y derechos constitucionales, que exigen a dicha entidad contar con la mayor independencia posible:

- **Libertad de creación de empresa y acceso al mercado:** esta faceta de la libertad de empresa, ligada a la iniciativa privada (Gutiérrez, 2005), aparece como la capacidad de toda persona para poder formar una empresa y que esta funcione sin ningún tipo de trabas. No obstante, esta libertad no significa que al titular del derecho no se le pueda exigir requisito alguno, pues si la naturaleza de su actividad así lo requiere, es imprescindible que se le exija aquello que legal y razonablemente sea necesario.

En este sentido, cualquier exigencia, requisito o prohibición que no cumpla con estos parámetros constituirá una barrera burocrática de entrada, que puede ser denunciada ante el Indecopi (Maraví 2013). Por ejemplo, constituirá una barrera de este tipo que una municipalidad establezca como requisito para obtener una licencia de funcionamiento uno no contemplado en la ley o que no guarde ninguna relación con la actividad que se pretende iniciar.

- **Libertad de competencia:** esta libertad reconoce al mercado como el espacio en el cual actuarán las empresas. Si bien la propia dinámica del mercado conlleva a que se ocasionen daños concurrenciales a los demás competidores (“robo” de consumidores), estos deben fundarse en la propia eficiencia de las empresas y no constituir actos de competencia desleal (Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa y López 2013). Precisamente, ante este tipo de actos aparece el Indecopi, pero también aparece para vigilar abuso de posición de dominio y prácticas colusiones por parte de los agentes del mercado.
- **Libertad para concluir las actividades de la empresa:** Es la libertad inversa a la creación de la empresa. De esta forma, el derecho de libertad de empresa contiene también una manifestación de signo negativo, que consiste en una facultad otorgada al empresario para concluir las actividades que desarrolla la empresa, ya sea: **(i)** voluntariamente; **(ii)** debido a la situación económica del empresario, como puede ser en una situación de insolvencia; o **(iii)** por el fallecimiento o jubilación en caso de empresarios individuales. Si bien es cierto que no puede obligarse a un empresario a continuar con las actividades que desarrolla la empresa, tampoco es admisible un cese de forma intempestivo y arbitrario, sin que se respete

los intereses que existen sobre el desenvolvimiento de la empresa.

Cuando el cese de la actividad se deba a la situación económica por la que atraviesa una empresa, nuestro ordenamiento prevé que debe seguirse un procedimiento concursal ante el Indecopi como la vía idónea para salir del mercado de forma ordenada y bajo reducidos costos de transacción.

- **Tutela de los derechos de los consumidores:** como se explicó líneas arriba, el Estado tiene un rol garante respecto a la defensa y protección de los derechos de los consumidores, debido a su posición de desventaja respecto a las empresas ofertantes. Es por este motivo, que el Indecopi cuenta con una comisión y sala especializadas en esta materia.
- **Protección de derechos de propiedad intelectual:** la propiedad intelectual se encuentra consagrada en el inciso 8° del artículo 2° de la Constitución, que reconoce el derecho sobre las creaciones artísticas, literarias, científicas o tecnológicas y a sus productos. Siendo que este derecho también es tutelado a través del Indecopi.

Como se observa, las funciones del Indecopi buscan tutelar y materializar principios y derechos recogidos en nuestra Constitución, con lo que se puede advertir que dicha entidad goza de un velo de constitucionalidad que sustentaría su condición de organismo constitucionalmente autónomo.

2.3.2 Desarrollo de la propuesta

Según se ha expuesto, resulta plenamente viable que el Indecopi se convierta en un organismo constitucionalmente autónomo. Al tener esta condición, el Indecopi tendría mayor independencia formal, pues se separaría del Poder Ejecutivo.

De esta manera, al ser un organismo constitucionalmente autónomo, se exigiría que el Indecopi cuente con una designación de sus altos funcionarios en donde no solo participe un poder del Estado, sino también otros poderes y organismos constitucionalmente autónomos, de tal manera que se diluya cualquier riesgo de presión por la designación que se dé. Esta alternativa dotaría de mayores candados para proteger la independencia del Indecopi frente a cualquier presión o influencia de un agente político.

Así pues, una vez que se otorgue al Indecopi la condición de organismo constitucionalmente autónomo, la designación de su Consejo Directivo debería efectuarse vía un proceso en donde el Poder Ejecutivo proponga a los miembros de dicho consejo, pero que su aprobación esté a cargo de los siguientes organismos constitucionalmente autónomos:

- **El presidente del Banco Central de Reserva o su representante:** si bien esta entidad tiene funciones totalmente distintas al Indecopi, consideramos que sería útil contar con la opinión de su representante, pues muchos de los temas que aborda la Agencia de Competencia peruana están ligados a cuestiones económicas, por lo que se requiere de profesionales idóneos en esta materia.
- **El Defensor del Pueblo o su representante:** la Defensoría del Pueblo tiene por funciones defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración pública y la prestación de los servicios públicos. En ese sentido, dicho organismo vela también por el adecuado resguardo de los derechos de los consumidores; razón por la cual, sí resulta necesaria su participación en la designación de los altos funcionarios del Indecopi.
- **El presidente de la Junta Nacional de Justicia o su representante:** como se sabe, este organismo tiene por función nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. En ese sentido, dado esta experiencia, consideramos que sí sería útil la participación de dicho organismo en la designación de los altos funcionarios del Indecopi.

Llegados a este punto, es válido preguntarnos, ¿por qué no tomamos la propuesta planteada en el **Proyecto de Ley N° 6919/2020-CR**? Esto se debe a dos razones: (i) establecer que la designación de los miembros del Consejo Directivo del Indecopi se realice por concurso público puede desincentivar la participación de profesionales de alto nivel en el proceso, tal como advirtieron muchos de los entrevistados; y, (ii) porque este tipo de designación no toma en cuenta que las funciones del Indecopi esta indirectamente ligadas a política de gobierno, por lo que sí resultaría necesario que sus altos funcionarios sean propuestos al menos por el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, el hecho de tener esta condición y forma de designación de sus altos funcionarios, no implica, *per se*, que el Indecopi goce de mayor independencia real frente al riesgo de presión política. En efecto, como alguno de los entrevistados nos manifestó, si deseamos un Indecopi más independiente, debemos también ver la designación de quienes finalmente toman las decisiones en los casos en concreto. Por este motivo, resulta clave que sus órganos resolutorios, quienes finalmente deciden sobre los casos en concreto que aborda dicha entidad, puedan ser designados vía concurso público, la relevancia de esta propuesta se sustenta en que, a diferencia del órgano de dirección, los órganos resolutorios resuelven casos en concreto que determinan o modifican las reglas de juego en el mercado, por tanto, el concurso público, permite diversificar los criterios de los miembros elegidos para integrar los órganos resolutorios, considerando que cada vocal o

comisionado posee determinada inclinación política, y esto a su vez, permite obtener decisiones más consensuadas e imparciales. Finalmente, en los dos casos anteriores, se plantea que el proceso de designación de los altos funcionarios y los funcionarios de los órganos resolutivos sea público y de fácil acceso a la ciudadanía, en donde se admita que los principales grupos de interés planteen observaciones sobre los candidatos.

3. Análisis costo-beneficio de las alternativas

Alternativa	Costo	Beneficios
No regular	Costos empresarios	Evita crear mayor regulación, permite la permanencia del talento humano actual y mantiene la eficiencia comprobada de la institución. Asimismo, permite que el Gobierno Central y el Poder Legislativo puedan concentrar el tiempo de trabajo en mejorar las instituciones que realmente presentan brechas de eficiencia.
	La propuesta no genera costos, pues busca mantener el estatus quo del Indecopi.	
	Costos de Gobierno	
	La propuesta no genera costos adicionales a los actuales.	
Otorgar al Indecopi el proceso de designación del Consejo Directivo y Órganos Resolutores de un Organismo Regulador	Costos empresarios	<p>Aumento de la transparencia la selección de los miembros de los Órganos de Dirección y Resolutores del Indecopi</p> <p>La propuesta planteada aumenta la transparencia en la selección de miembros del consejo directivo y miembros de los órganos resolutores. Para ello, podemos considerar como parámetro de medición la siguiente regla: <i>“A mayor uso de concursos públicos para la elección de altos funcionarios menor discrecionalidad del Poder ejecutivo para designar a los altos funcionarios”</i>.</p> <p>Los concursos públicos permiten captar a las personas más capacitadas para el puesto bajo un escenario de igualdad de oportunidades para todos los postulantes.</p> <p>También se debe considerar, que una selección por concurso público, reduce los cuestionamientos en torno a la elección de un servidor o funcionario público, versus un funcionario que fue designado únicamente por haber cumplido el perfil del puesto, pero, que no atravesó una fase de concurso de méritos (examen de conocimientos, entrevista personal).</p> <p>Finalmente, esta propuesta considera como un factor fundamental la Meritocracia, porque permite la selección de personas para determinado cargo público sobre la base de sus méritos, dejando de lado, factores externos como la influencia o contactos.</p>
	Esta propuesta no genera un costo en los privados, toda vez que no implica una restricción o un gasto que afecte su esfera patrimonial, o una limitación de sus libertades o derechos.	
	Costos de Gobierno	
	Esta propuesta de reforma legal, implica un costo de adecuación de normas, como la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, entre otras normas, asimismo, se debe considerar el tiempo que tome implementar dichas modificaciones legislativas. Por otro lado, la implementación de concursos públicos demanda un presupuesto adicional para llevar a cabo todas las fases del concurso.	
Otorgar al Indecopi la calidad de Organismo Constitucionalmente Autónomo	Costos empresarios	<p>Aumento de la independencia del Indecopi</p> <p>La propuesta planteada aumenta la independencia formal y de facto del Indecopi, pues disminuye considerablemente el riesgo de presión o influencia política, en la medida que las designaciones de los altos funcionarios ya no dependerían del Ejecutivo, sino también de otros poderes y organismos constitucionalmente</p>
	Esta propuesta no genera un costo en los privados, toda vez que no implica una restricción o un gasto que afecte su esfera patrimonial, o una limitación de sus libertades o derechos.	

	<p>Costos de Gobierno</p>	<p>autónomos, diluyéndose dicho riesgo.</p> <p>Esta independencia también se ve reforzada, pues al ser un organismo constitucionalmente autónomo, el Indecopi contará con recursos directamente asignados, sin depender de la decisión de la Presidencia del Consejo de Ministros. Es decir, el Indecopi formulará su presupuesto al igual que los demás órganos constitucionales. De este modo, se lograría una mayor independencia institucional en los términos que plantea organismos como la OCDE (2016, b) en su informe <i>Being an independent Regulator</i>.</p> <p>Aumento de la institucionalidad del Indecopi</p> <p>Según se señaló, la institucionalidad está estrechamente ligada a la confianza que se puede tener respecto a que las decisiones de una entidad están libres de cualquier influencia externa. En el caso del Indecopi, esta confianza se ve reflejada en la objetividad de sus decisiones. Su institucionalidad tiene como principal soporte la confianza en que emitirá decisiones libres de cualquier presión externa indebida, sea económica o política.</p> <p>De este modo, en las entrevistas y encuestas realizadas con motivo de esta investigación, se observó que la dependencia del Indecopi respecto al Ejecutivo genera un alto riesgo de influencia o presión política en el Indecopi. Siendo que para la mayoría de encuestados este riesgo disminuiría si el Indecopi adquiere la condición de organismos constitucionalmente autónomo.</p>
	<p>Esta propuesta de reforma constitucional no implicaría un gasto adicional en el presupuesto estatal; sin embargo, sí se generaría un costo de adecuación producto del tiempo que demande la elaboración de las normas internas y los procedimientos administrativos que se requieran cambiar producto de la nueva naturaleza del Indecopi como organismo constitucionalmente autónomo.</p>	

4. Elección de la alternativa de solución

Luego del análisis de costos y beneficios, se considera que la opción más viable para disminuir eficientemente el riesgo de presión política en el Indecopi es convertir a esta entidad en un organismo constitucionalmente autónomo, dotándola además de mayor independencia estructural y funcional, conforme al siguiente detalle:

(i) Sobre los miembros del Consejo Directivo: la propuesta de designación debería ser realizada por el Poder Ejecutivo, estando su aprobación a cargo de representantes de tres organismos constitucionalmente autónomos (Banco Central de Reserva, la Defensoría del Pueblo y la Junta Nacional de Justicia).

Requisitos:

- a) Ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio.
- b) Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acredita demostrando:
 - No menos de tres (03) años de experiencia en el desempeño de cargos de dirección, siendo aquellos desempeñados en la alta dirección de empresas privadas u organismos del estado; o
 - No menos de cinco (05) años de experiencia en materias objeto de competencia del Indecopi.
- c) Acreditar por lo menos, estudios concluidos de maestrías en materias relacionadas a la competencia del Indecopi. En caso hayan sido realizados en el extranjero, éstos deberán estar reconocidos, revalidados, convalidados o registrados ante la SUNEDU, las universidades, o ante el SERVIR, según corresponda.

(ii) Sobre los miembros de los órganos resolutivos: la designación de los vocales debe efectuarse mediante un concurso público.

Requisitos:

- a) Ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio.
- b) Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acredita demostrando:
 - No menos de tres (03) años de experiencia en el desempeño de cargos de gestión ejecutiva, siendo aquellos relacionados con la toma de decisiones en entidades u organismos del Estado o en empresas públicas o privadas; o
 - No menos de cinco (05) años de experiencia en materias objeto de competencia del Indecopi.

- c) Acreditar por lo menos, estudios concluidos de maestrías en materias relacionadas a la competencia del Indecopi. En caso hayan sido realizados en el extranjero, éstos deberán estar reconocidos, revalidados, convalidados o registrados ante la SUNEDU, las universidades, o ante el SERVIR, según corresponda.

(iii) Sobre la transparencia: en los dos casos anteriores, el proceso de designación debe ser público y de fácil acceso a la ciudadanía, en donde se admita que los principales grupos de interés planteen observaciones sobre los candidatos.

Según se expuso, más allá del costo de adecuación por este cambio institucional, la propuesta en cuestión disminuye **considerablemente el riesgo** de presión o influencia política, en la medida que las designaciones de los altos funcionarios ya no dependerían exclusivamente del Ejecutivo. Asimismo, al establecerse que la designación de los órganos resolutivos se dé vía concurso público se genera más candados para evitar cualquier tipo de influencia en las personas que día a día resuelven los casos del Indecopi.

Conclusiones y recomendaciones

El Perú cuenta con una economía social de mercado en donde la inversión privada se desenvuelve de manera libre. Bajo este modelo, el Estado peruano juega un rol más orientado a establecer y garantizar que las reglas de conducta entre competidores y hacia los consumidores sean cumplidas por todos los actores económicos. Para ello se creó al Indecopi, entidad encargada de velar por la libre competencia, protección al consumidor, contra la competencia desleal, entre otros. En este escenario, la eficiencia de la Autoridad de Competencia peruana está supeditada a su independencia; de lo contrario, se corre el riesgo de sufrir una captura política por parte de sus superiores jerárquicos o por los actores externos que transitan en el ecosistema político de un país.

En el Perú, hemos podido advertir que la designación del Consejo Directivo del Indecopi y, posteriormente, de los vocales de los órganos resolutivos son nombrados prácticamente por un solo poder del Estado: el Poder Ejecutivo (variando entre ministerios y el propio presidente de la República). Sumado a ello, no existe transparencia en la designación de estos funcionarios, toda vez que no es obligatorio realizar una convocatoria pública. Además, la designación directa parece ser realizada de manera privada, sin que la ciudadanía tenga acceso a los detalles que justificaron determinada contratación.

Esto llama la atención dado que, al realizar una comparación con el funcionamiento de los países de la región, podemos advertir que, en su mayoría, los altos funcionarios de las autoridades de competencia son seleccionadas por diferentes poderes del Estado, con la intervención de organismos constitucionalmente autónomos. Es decir, no es el Poder Ejecutivo el que puede decidir libremente la designación de todos los vocales y funcionarios de la Autoridad de Competencia. Asimismo, es usual que los altos funcionarios de estas autoridades sean seleccionados luego de un concurso público, cuyas bases han sido difundidas ampliamente, de tal manera que permita la postulación de los mejores para el puesto. Esta situación, como indicamos, no termina siendo obligatoria para el caso peruano.

La presión política es un riesgo latente a la independencia del Indecopi debido a la naturaleza de las materias bajo su competencia. La lógica es muy simple. Primero, el Indecopi aborda temas sensibles para la ciudadanía. Segundo, los agentes políticos buscan aceptación de esa ciudadanía. Y tercero, como consecuencia de estas premisas, se puede concluir que los agentes políticos tienen incentivos suficientes para presionar a una agencia como el Indecopi para adoptar decisiones que resulten populares, aunque desprovistas de un análisis objetivo.

El economista y político Frédéric Bastiat indicaba que «la experiencia enseña de manera eficaz pero brutal» (1860: 30). Y esta experiencia nos dice que la presión política en la administración pública es una amenaza que afecta la independencia de una entidad como el Indecopi, que ha hecho de esta su mayor estandarte. Puede que hoy no se dé, pero ¿y mañana?

Por este motivo, frente a tal situación, se recomienda como la opción más viable para disminuir eficientemente el riesgo de presión política en el Indecopi convertir a esta entidad en un organismo constitucionalmente autónomo, dotándolo además de mayor independencia estructural y funcional.

Bibliografía

- Aliaga, Luis Eduardo (2012). *La desnaturalización de la finalidad del registro de propiedad inmueble en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Alviar García, Helena y Lamprea, Everaldo (2016). *El Estado regulador en Colombia*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho: Ediciones Uniandes.
- Aramayo, Abelardo, Gagliuffi, Ivo, Maguiña, Ricardo, Rodas, Carlos, Sosa, Alex y López, Pierno (2013). *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima: Indecopi.
- Baldwin, Robert, Cave, Martin y Lodge, Martin (2013). *Understanding regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- Bastiat, Frédéric (1860). *Cuestiones económicas*. Traducción de Roberto Robert. Madrid: Imprenta La Tutelar.
- Breyer, Stephen (2006). “Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma”. *Themis*, N° 52, 07-42. Fecha de consulta: 14/08/2020. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8821>
- Bobbio, Norberto (1991). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Boloña, Carlos (1997). “Frankenstein sigue vivo. Consideraciones acerca del Indecopi y del gobierno del presidente Fujimori”. *Themis*, N° 15, 157-163.
- Callirgos, B. y Robles, I. (2018). *El caso Pura Vida*. Trabajo de investigación para optar el grado académico de Maestro en Derecho de la Empresa. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Castellani, Ana (2018). “Lobbies y puertas giratorias. Los riesgos de la captura de la decisión pública”. *Nueva Sociedad* N° 276, Julio-Agosto, 48-61.
- Castro, Lorena (2015). “La Economía Social de Mercado en el Perú: Vista del pasado y Retos del Futuro”. En VVAA: *La Economía Social de Mercado ¿Un concepto de ordenamiento para América Latina?* 62-70. Santiago de Chile: Universidad Miguel de Cervantes y Fundación Konrad Adenauer.
- Congreso de la República del Perú (2009). *Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI*. Decreto Supremo N° 009-2009-PCM. Diario Oficial El Peruano, 17 de febrero.
- Correa, Paulo; Pereira, Carlos; Mueller, Bernardo y Melo, Marcus (2006). “Regulatory Governance in Infrastructure Industries: Assessment and Measurement of Brazilian Regulators”. *Tendencias y opciones de política No. 3*. Washington, DC: Banco Mundial.
- Delgado, Juan y Otero, Héctor (2015). “La CNMC: La historia de una reforma inacabada”. *Papeles de Economía Española*. Número 145, 18 - 31.

- Durand, Francisco (2016). *Cuando el poder extractivo captura el Estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú*. Primera Edición, Lima: Oxfam.
- Dargent, Eduardo (2021). El páramo reformista. Un ensayo pesimista sobre la posibilidad de reformar al Perú. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Escolán, Celina y Schatan, Claudia (2017). *Panorama y retos de la política de competencia en Centroamérica*. México: CEPAL, Naciones Unidas.
- Esteve, José (2008). “La regulación de industria y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias.”. En VVAA: *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Directores. Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo. Madrid: Iustel.
- Ferrada, Juan Carlos (2002). “La autonomía del Banco Central de Chile. Reflexiones acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria”. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 30, N.º 1, 151-166.
- Galli, Carlo (2013). El malestar de la democracia. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ganoza, Carlos y Stiglich, Andrea (2019). El Perú está calato. El falso milagro de la economía peruana y las trampas que amenazan nuestro progreso. Lima: Editorial Planeta.
- García-Verdugo, Javier (2015). “El diseño institucional de la CNMV. Análisis crítico y propuestas de reforma”. *Papeles de Economía Española*, 18-31.
- García, Daniel, Ruiz, Cristina y De Anchorena, Beatriz (2018). *Elites y captura del Estado. Control y regulación en el neoliberalismo tardío*. Buenos Aires: Flacso.
- Gilardi, Fabrizio y Maggetti, Martino (2010) “The Independence of regulatory authorities”. En Levi-Faur, David Eds. *Handbook of Regulation*, Cheltenham: Edward Elgar.
- Grabosky, P, (1995) “Counterproductive Regulation”. *International Journal of the Sociology of Law* 23, 347-369, Academic Press (Part of Elsevier).
- Gómez, Hugo (2009) “El rol instructor de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia”. *Revista de Derecho Administrativo* N° 7, 472-483. Fecha de consulta: 19/11/2020. Recuperado de: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14043>>
- Gordon, Scott (2002). *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Harvard University Press.
- Gutiérrez, Juan (2009). “El elemento tecnológico: el principio de neutralidad y sus implicancias en la regulación”. En: Muñoz, Santiago y Esteve, José (Dir.). *Derecho de la Regulación Económica*. 1ª edición. España: Madrid: Iustel e Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset.
- Gutiérrez, Walter (2005). “Comentario al artículo 158º de la Constitución. En AA.VV. *La*

- Constitución Comentada*. Tomo I. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Hahn, R. W., Lutter, R. y Kip Viscusi, W. (2000). *Do Federal Regulations Reduce Mortality?* Washington D.C.: Editorial AEI Press
 - Hellman, J. y Kaufmann, D (2001). La captura del Estado en las economías en transición. En: Finanzas y desarrollo. Washington: Banco Mundial.
 - Hernández, María del Rocío (2019). *Efectos de la Ley Federal de Competencia Económica en los Monopolios en México*. Tesis en Universidad Autónoma del Estado de México. México.
 - Indecopi (2019). *El impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú*. Lima: Indecopi.
 - Irrazábal, Felipe (2010). *El Sistema Chileno en Defensa de la Libre Competencia*. Artículo de la Fiscalía Nacional Económica de Chile. Seminario “Los Nuevos Desafíos de la Política de Competencia en Argentina: Balance de Diez Años de la Ley, Proyecciones e Instrumentos en Contextos Cambiantes”. Buenos Aires.
 - Kennet, Mark (2016). *Medición de la Independencia formal de autoridades regulatorias en telecomunicaciones utilizando una adaptación del índice de Gilardi*. International Telecommunication Union (ITU). Fecha de consulta: 10/10/2020. Recuperado de: <<https://www.itu.int/pub/D-PREF-EF.GILARDI-2016>>
 - Kovacic, William y Hyman, David (2012). *Competition Agency Design: What’s on the Menu?* GWU Law School Public. Law Research Paper No. 2012-135, 13-26. Illinois. Fecha de consulta: 12/11/2020. Recuperado de: <<https://ssrn.com/abstract=2179279> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2179279>>
 - Kovacic, William (2011). “Competition Agencies, Independence, and the Political Process”. En *Competition Policy and the Economic Approach*, edited by Josef Drexl, Wolfgang Kerber and Rupprecht Podszun. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc. Fecha de consulta: 11/12/2020. Recuperado de: <<https://www.semanticscholar.org/paper/Competition-Agencies%2C-Independence%2C-and-the-Process-Kovacic/1f64e5ed7e2e27778798c610875895e2b155ccf6>>
 - Maraví, Milagros (2013). *Eliminación de Barreras Burocráticas*. Lima: Indecopi.
 - Maggetti, Martino (2007). “De facto independence After Delegation, A Fuzzy-Set Analysis” *Regulation & Governance*. Vol. 1, N° 4, 271-294. Fecha de consulta: 11/12/2020. Recuperado de: <https://maggetti.org/wp-content/uploads/2019/04/Maggetti-2007-Regulation__Governance.pdf>
 - Mbaku, J. M. (1996), Bureaucratic Corruption in Africa: The Futility of Cleanups. *Cato Journal*, Vol. 16, N° 1, 99-118 (Spring/Summer).

- Milanovic, Branko y Muñoz, Rafael (2007). “La desigualdad de la distribución de la renta en América Latina: situación, evolución y factores explicativos”. *América Latina Hoy*. Vol. 48. España: Universidad de Salamanca.
- Moncayo M., Patricio (2010). *Una democracia de rostro populista*. Ecuador Debate, agosto de 2010. Quito: Centro Andino de Acción Popular.
- Montero, Mercedes (2001). *La década de Fujimori: Ascenso, mantenimiento y caída de un Líder Antipolítico*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Mujtca, María Eugenia (1990). “¿Por qué fracaso la heterodoxia? Análisis de la política económica de la primera etapa del gobierno del Alan García”. *Apuntes 22*, Segundo Semestre.
- OCDE (2020). *Exámenes Inter-Pares de la OCDE sobre el Derecho y la Política de Competencia. México*. OCDE. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Mexico-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-es.pdf> >
- OCDE (2019). *Implementación del análisis de impacto regulatorio en el gobierno central del Perú*. Paris: OECD Publishing. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/implementacion-del-analisis-de-impacto-regulatorio-en-el-gobierno-central-del-peru_9789264305809-es>
- OCDE (2010). *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk, OECD Reviews of Regulatory Reform*. Paris: OECD Reviews of Regulatory Reform. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://www.oecd.org/publications/risk-and-regulatory-policy-9789264082939-en.htm>>
- OCDE (2018) *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú*. Paris: OECD Publishing. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://www.oecd.org/daf/competition/examenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-del-competencia-peru-2018.htm>>
- OCDE (2016a). *Independence of Competition Authorities – From Designs to Practices*. Note by the Secretariat for Global Forum on Competition, DAF/COMP/GF/2016. Paris: OECD Secretariat. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm>>
- OCDE (2016b). *Creating a Culture of Independence. Practical Guidance against undue influence. The Governance of Regulators*. Paris: OECD Publishing. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://www.oecd.org/gov/creating-a-culture-of-independence-9789264274198-en.htm>>
- OCDE (2014). *The Governance of Regulators, OECD Best Practice Principles for Regulatory*

- Policy*. OECD Publishing, Paris. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/the-governance-of-regulators_9789264209015-en>
- Ogus, Anthony (2007). “Estructuras e instituciones regulatorias”. En: *Themis*, N° 54, 273-285.
 - O’Neil, Onora (2002). *A question of trust*. Cambridge: Cambridge University Press.
 - Pilligua, Ch. y Arteaga, F. M. (2019). “El clima laboral como factor clave en el rendimiento productivo de las empresas. Estudio caso: Hardpex Cía.Ltda”. *Cuadernos Latinoamericanos de Administración*, vol. XV, núm. 28, 2019 Universidad El Bosque, Colombia.
 - Pyndick, Robert y Rubinfeld, Daniel (2009). *Microeconomía*. Traducción de Esther Rabasco. 7ª edición. Madrid: Editorial Pearson.
 - Quintana, Eduardo; Ruiz, Gonzalo y Martínez, Martha (2006). El Carácter Subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado desde una perspectiva de Políticas de Competencia. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Vol. 22, 107-125. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/301780002_El_Caracter_Subsidiario_de_la_Actividad_Empresarial_del_Estado_desde_una_Perspectiva_de_Políticas_de_Competencia
 - Quintana, Eduardo (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Libre competencia*. Lima: Indecopi.
 - Ramos, Carlos (2013). *El Indecopi a sus veinte años: la historia de una innovación*. Lima: Indecopi.
 - Rivero, Ricardo (2009). *Derecho administrativo económico*. Quinta edición. Madrid: Marcial Pons.
 - Rocha López, J. C. (2018). *Beneficios Económicos de la Regulación Basada en Riesgos. El caso de los dispositivos médicos*. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/48658862.pdf>>
 - Sala, José (1984). “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”. *Revista de Derecho Administrativo*. N° 42, abril - junio, Civitas, Madrid.
 - Sánchez, Aldo (2020) “La designación de los miembros del Consejo Directivo de los organismos reguladores de servicios públicos en Perú: ¿actividad discrecional o reglada?”. *Taller de Derecho Administrativo Eduardo Laferrière (Tadael)*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://www.tadaelunmsm.com/la-designacion-de-los-miembros-del-consejo-directivo-de-los-organismos-reguladores-de-servicios-publicos-en-el-peru-actividad-discrecional-o-reglada/>>

- Sarmiento, María Teresa (2011). *Análisis del indicador Riesgo País: Caso Peruano 1991-2012*. Lima: Universidad de Lima. Fundación M.J Bustamante.
- Scott, Colin (2001). *Analysing regulatory space: fragmented resources and institutional design*. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://researchrepository.ucd.ie/bitstream/10197/6785/2/AnalysingRegSpace.pdf>>
- Serafini, Verónica (2017). *Élites y captura del Estado. Paraguay: un estudio exploratorio*. México: Oxfam,
- Smith, Warrick (1997). “Utility Regulators—the Independence Debate.” *The Private Sector in Infrastructure: Strategy, Regulation and Risks*. Washington, DC: The World Bank/The International Forum for Utility Regulation.
- Solana, Enrique (2015). *Ley de Competencia Económica*. El Cotidiano N° 190. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco.
- Soto, Raimundo (2003). *La corrupción desde una perspectiva económica*. Serie 234, enero de 2003, Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Stigler, George (1971). “The Theory of Economic Regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, N° 1, 3-21.
- Stiglitz, Joseph (1995). *La economía del sector público*. 2ª edición. Traducción de María Rabasco. Barcelona: Antonio Bosch Editor S.A.
- The World Bank (2006). *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*. Washington, D.C: The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank.
- Trelles, Jorge, Sánchez, Jean, Zárate, Yazmin, Fuentes, Pamela y Cerrón, Joep (2018). *Ahorro potencial de los consumidores por la desarticulación del cartel de papel higiénico en el marco del programa de clemencia*. Documento de trabajo N° 03-2018/GEE. Lima: Revista de Indecopi.
- Vergara, Alberto (2018). *Ciudadanos sin república. De la precariedad institucional al descalabro político*. Lima: Editorial Planeta.
- Weber, Max. (1982). La política como vocación. En: Weber, Max. *Escritos Políticos*. Tomo II (pp. 308-364). F. Rubio Llorente (Trad.). México: Folios Ediciones. (Original alemán (1919).
- Weyland, Kurt (2009). *Populism and Social Policy in Latin America*. Texas: Woodrow Wilson International Center for Scholars.
- World Economic Forum (2019). *The Global Competitiveness Report 2019*. Insight Report. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de <http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf>

Notas periodísticas:

- Bakertilly Consultores (2019). “Entidades públicas con mejor desempeño”. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://www.bakertilly.pe/cuales-son-las-entidades-publicas-con-mejor-desempeno-en-el-peru/#:~:text=El%20Banco%20Central%20de%20Reserva,por%20la%20consultora%20especializada%20CCR>>
- El Comercio. (7 de junio de 2017). “Zavala: Gobierno será enérgico con Caso Pura Vida”. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://elcomercio.pe/economia/zavala-gobierno-sera-energico-casopura-vida-432675>>
- Canal N (7 de junio de 2017). “Indecopi ordenó cese de venta del producto Pura Vida Nutrimax a nivel nacional”. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://canaln.pe/actualidad/indecopi-ordeno-cese-venta-pura-vida-nutrimax-nivel-nacional-n279496>>
- El Comercio. (8 de mayo de 2020). “Ivo Gagliuffi señala que la propuesta no busca controlar precios”. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://elcomercio.pe/economia/peru/coronavirus-ivo-gagliuffi-presidente-del-indecopi-nuestra-propuesta-no-busca-fijar-o-controlar-precios-estado-de-emergencia-acaparamiento-especulacion-pcm-mef-ley-de-fusiones-y-adquisiciones-luz-del-sur-empresas-colegios-educacion-ugel-noticia/>>
- El Mercurio (12 de enero de 2006). “Ollanta Humala: Actuaré contra la clase política chilena que se cree dueña de Perú”. *Emol*. Fecha de consulta: 23/11/2020. <<https://www.emol.com/noticias/internacional/2006/01/12/207627/ollanta-humala-actuar-contr-la-clase-politica-chilena-que-se-cree-duena-de-peru.html>>
- El País (04 de abril de 2007). “La Guerra de Humala contra Chile”. *El País*. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <https://elpais.com/internacional/2007/04/04/actualidad/1175637603_850215.html>
- Gestión (16 de junio de 2020). “Renuncia el presidente del Indecopi”. *Gestión*. <<https://gestion.pe/economia/renuncia-el-presidente-de-indecopi-ivo-gagliuffi-noticia/#:~:text=El%20actual%20presidente%20del%20Instituto.misma%20que%20fue%20aceptada%20hoy>>

- Gestión (20 de junio de 2020). “Minsa: Resolución de Indecopi sobre octógonos es adversa al cuidado de la salud pública”. Recuperado de <<https://gestion.pe/peru/octogonos-minsa-resolucion-de-indecopi-es-adversa-al-cuidado-de-la-salud-publica-nndc-noticia/?ref=gesr>>
- Gestión (19 de junio de 2020). “Vizcarra sobre octógonos: No puede ser que Indecopi quiera ir en contra de la salud”. Recuperado de <<https://gestion.pe/peru/politica/octogonos-martin-vizcarra-no-puede-ser-que-indecopi-quiera-ir-en-contra-de-la-salud-nndc-noticia/>>
- Great Place to Work. (2014). *Los mejores lugares para trabajar en el 2014*. Fecha de consulta: 23/11/2020. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://www.greatplacetowork.com.pe/lists/los-mejores-lugares-para-trabajar-en-per%C3%BA/2014>>
- Página Oficial del Congreso (06 de abril del 2015). *Lan Perú e Indecopi citados al Congreso*. Fecha de consulta: 23/11/2020. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Prensa/heraldo.nsf/CNtitulares2/90DCE14EFAC6BA2305257E1F006164D2/?OpenDocument>>
- Página Oficial del Congreso del Perú. (07 de abril de 2015). *Sesión del 07 de abril de 2015, citación Lan Perú*. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2014/com2014defconorgregserpub.nsf//pubweb/5E7449EEB746C44E05257E7B006C6832/\\$FILE/TRANSCRIPCI%C3%93NDCO070415.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2014/com2014defconorgregserpub.nsf//pubweb/5E7449EEB746C44E05257E7B006C6832/$FILE/TRANSCRIPCI%C3%93NDCO070415.PDF)>
- Página Oficial del Congreso del Perú (15 de julio de 2004). *RENIEC y SUNARP cobran tasas sobrevaluadas perjudicando a ciudadanos y empresas*. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/pmorales/notas/Reniec_Sunarp_15_07_04.htm
- Página Oficial del Attorney General of Washigton (2021). Fecha de consulta: 02/10/2021. Recuperado en: <https://www.atg.wa.gov/antitrustguide.aspx>.
- Página Oficial del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Fecha de consulta: 02/10/2021. Recuperado en: www.justice.gov.
- Página Oficial de la Embajada de los Estados Unidos. Fecha de consulta: 02/10/2021. Recuperado en: ar.useembassy.gov
- Presidencia del Consejo de Ministros (29 de diciembre de 2014). *Felicita al Indecopi por estar dentro de las mejores 20 empresas para trabajar*. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<http://www.pcm.gob.pe/2014/12/ana-jara-felicito-a-indecopi-por-ser-reconocida-entre-las-20-mejores-empresas-para-trabajar-en-el-peru/>>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad

- Intelectual [Indecopi] (16 de marzo de 2020). *Indecopi no tiene facultades para control precios*. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-no-tiene-facultades-para-controlar-o-regular-los-precios-de-los-productos-o-servicios-pero-si-para-que-se-respeten-precios-informados-y-sa>>
- Ojo Público (18 de marzo de 2020). “La canasta básica familiar sube hasta en un 33%”. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de: <<https://ojo-publico.com/1679/alimentos-de-canasta-familiar-subieron-33-tras-estado-de-emergencia>>
 - Ojo Público (18 de junio de 2020). “Fallo del Indecopi favorece a la industria de alimentos ultraprocesados”. Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de <<https://ojo-publico.com/1908/fallo-del-indecopi-favorece-industria-de-alimentos-ultraprocesados>>
 - Peruweek (25 de junio de 2020). *Octógonos y Barreras Burocráticas: ¿Debe apelar Indecopi su propia decisión?* (Video). Fecha de consulta: 23/11/2020. Recuperado de <<https://www.peruweek.pe/octogonos-y-barreras-burocraticas-debe-apelar-indecopi-su-propia-decision-video/>>
 - RPP Noticias (19 de mayo de 2020). “Congreso propone proyectos de ley para el control de precios de medicamentos”. *RPP Noticias*. Fecha de consulta: 23/11/2020. <<https://rpp.pe/politica/congreso/coronavirus-covid-19-bancadas-proponen-control-de-precios-de-medicamentos-y-garantizar-el-acceso-de-genericos-noticia-1266658?ref=rpp>>
 - TNews (01 de agosto de 2011). *Gobierno anuncia creación de aerolínea de bandera que promueva la competencia*. Fecha de consulta: 23/11/2020. <http://www.tnews.com.pe/not_am/nm010811.htm>

Anexos

Anexo 1. Resumen de las entrevistas

Entrevista a Zenaida Solís, congresista de la República

Esta entrevista se desarrolló el 13 de enero de 2021. La congresista Zenaida Solís nos comentó que tenía un particular interés en el Indecopi debido a su importancia en la vida de los consumidores y la competencia entre las empresas. Por este motivo, agregó, que ella ha sido la promotora de la autodenominada ley antimonopolio y, justo el mismo día de la entrevista, presentó un proyecto de ley para reconocer la autonomía constitucional del Indecopi, debido a que las nuevas funciones que iba a asumir requerían mayor independencia del Ejecutivo.

Durante el desarrollo de la entrevista, nos compartió sus ideas respecto a que, para ella, la posición del Indecopi sí implica un alto riesgo de presión o influencia política, el cual debe ser frenado, pues afecta su institucionalidad y la confianza en sus decisiones. Asimismo, nos precisó que comparte también la idea que este riesgo se agudiza en casos mediáticos o en los que existe un interés de quienes están detrás del Ejecutivo.

Ante la consulta sobre las alternativas de solución frente a este riesgo, la congresista Zenaida nos indicó que para ella es indispensable que el Indecopi sea un organismo constitucionalmente autónomo, cuyos altos funcionarios sean designados por un concurso público a cargo de un comité evaluador conformados por distintos organismos del Estado.

Finalmente, la congresista reiteró que la designación por concurso sí disminuye el riesgo de intromisión política, y que no debería verse como un desincentivo para que profesionales idóneos postulen. La entrevistada remarcó que en este punto debemos tener claro que la meritocracia es un fin que debe buscarse en todas las entidades del Estado; por tanto, si se asegura un proceso transparente y limpio no tendría por qué desincentivarse a que postulen profesionales idóneos.

Entrevista a Hebert Tassano, ex presidente del Indecopi

Esta entrevista se llevó a cabo el 31 de enero de 2021. El entrevistado nos comentó que fue presidente del Consejo Directivo del Indecopi durante el gobierno de Ollanta Humala, y para él dicha entidad resulta relevante para asegurar la competencia en el mercado, y quizá por ello pueda existir la tentación de algunos políticos por influir en sus decisiones.

Sin embargo, también recalcó que durante toda su historia el Indecopi ha dado muestras de que se encuentra alejada del poder político, salvo en algunas excepciones, que son mínimas. Para el Dr. Tassano siempre va a existir un riesgo de presión o influencia política, pero que este ha sido frenado debido a la calidad de profesionales del Indecopi. Asimismo, nos señaló que este riesgo puede incrementarse en determinados casos, como en los mediáticos.

Ante la consulta sobre las alternativas de solución frente a este riesgo, el entrevistado manifestó que, si bien pueden existir presiones políticas, el Indecopi ha funcionado bien tal como está, por lo que no resultaría necesario hacerle cambios. No obstante, hizo la salvedad que esta conclusión debe ser evaluada tomando en cuenta que él ha sido presidente del Indecopi.

Finalmente, para el entrevistado la designación por concurso sí generaría un desincentivo para que profesionales idóneos postulen, ante las consecuencias de un menoscabo a su imagen profesional.

Entrevista a Eduardo Quintana, socio Estudio Bullard, Falla y Ezcurra

La entrevista se llevó a cabo el 20 de enero de 2021. El entrevistado nos comentó que ha tenido experiencia tanto dentro del Indecopi como fuera, asesorando a distintas empresas en materias relacionadas a la competencia. De acuerdo al entrevistado, no se podría asegurar que determinado funcionario haya sido influenciado por el Poder Ejecutivo; sin embargo, sí puede advertirse que en algunos casos el Indecopi ha sido presionado por parte de determinadas autoridades para que se falle de determinada manera. Pone el ejemplo del caso Pura Vida. En ese sentido, sí ha podido advertir la posibilidad de influencia política por parte de algunos organismos del Estado frente al Indecopi.

El entrevistado considera que sí es un riesgo la forma de designación de los funcionarios del Indecopi y que esa siempre ha sido la debilidad de la institución. No solo por la designación, sino por la forma de remover a los funcionarios actuales. Preciso que la preocupación es mayor con las nuevas funciones del Indecopi (control de fusiones y adquisiciones).

Eduardo estima que darle el rango constitucional al Indecopi en los términos planteados en el proyecto de ley del Partido Morado puede contribuir a la independencia del Indecopi, pero no cree que sea la solución. El proyecto de ley podría blindar al Consejo Directivo, pero no blindar a los funcionarios que toman decisiones como los magistrados, vocales o secretarios técnicos. Sería necesario, además, la modificación de la Ley de Organizaciones y Funciones del Indecopi.

Entrevista a Gianfranco Iparraguirre, socio de León e Iparraguirre Abogados

La entrevista se realizó el 20 de enero de 2021. El entrevistado señala que ha sido analista legal en el Indecopi y que ha participado en la elaboración de distintas normas que regulan la actual función de dicha institución.

Gianfranco considera que el Indecopi trataba de funcionar como una empresa eficiente dentro de todos sus procesos, por ello podría ser considerada una isla de eficiencia dentro de la administración pública. Sin embargo, afirma que esto con el tiempo ha ido disminuyendo, sobre todo en determinadas áreas de la institución.

Señala que la estructura actual del Indecopi sigue la política de gobierno de turno, cuando debería seguir lo que la Constitución manda; por ese motivo, actualmente es posible la presión política dentro del Indecopi y que es necesario el cambio en la forma de designación de sus funcionarios.

Considera que la mejor opción es otorgarle rango constitucional al Indecopi para que no sea posible la injerencia política en sus decisiones. Asimismo, afirma que el nivel técnico de los funcionarios no debería disminuir producto de realizar concursos públicos para determinado puesto, dado que debe existir una vocación de servicio por sobre todas las cosas.

Entrevista a Julio Durand, ex vocal del tribunal del Indecopi

La entrevista se realizó el 01 de febrero de 2021. El entrevistado nos comenta que fue vocal de la Sala de defensa de la competencia del año 2002 al 2006, posteriormente, presidente de la Sala especializada en protección al consumidor del año 2012 al 2017.

Julio Durand considera al Indecopi como una isla de eficiencia desde su gestación. Según nos indicó, durante su época como vocal del Indecopi no observó presiones del Consejo Directivo o algún tipo de dirigismo político. Nos comenta que políticamente siempre van a estar los congresistas, ministros u otros actores políticos que van a opinar en contra de las decisiones del Indecopi porque no convienen en el ámbito político, todo va a depender como responde institucionalmente quien se encuentre al frente de la institución. Se debe tener en cuenta que toda decisión del Indecopi tiene un impacto, sea positivo o negativo.

Asimismo, el entrevistado agregó que el tema de control de concentración empresarial va a generar mucha presión política y de grupos económicos, por lo que es importante que el Indecopi responda con suficiencia conceptual, con precisión normativa y con coherencia sistémica, todo esto se logra con un soporte profesional adecuado en la institución. El entrevistado señala que hay que tener cuidado como se plantean las propuestas de cambio para el Indecopi, como es el caso de convertirlo en un Organismo Constitucionalmente Autónomo. Según afirma, esto no va a evitar las presiones políticas, sea el cambio que se genere, pues todo va a depender de las personas que estén en la dirección de la institución y cómo van a afrontar estas presiones.

Finalmente, para el entrevistado la implementación de concursos públicos debe ser bien acotado, con reglas claras y llevadas por un tercero que no sea la propia institución.

Entrevista a Javier Murillo, socio fundador de APICOM

La entrevista se realizó el 22 de enero de 2021. El entrevistado ejerce la práctica privada asesorando a diferentes empresas en procedimientos relacionados al derecho ordenador del mercado frente al Indecopi. Actualmente es socio fundador de APICOM y se desempeña como profesor en la facultad de Derecho de

la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Javier Murillo considera que el Indecopi no puede encontrarse adscrito al Poder Ejecutivo, pues en los casos mediáticos, a veces obedece al mandato del Ejecutivo; en todo caso, precisa, va depender de la inclinación política del Gobierno de turno. Según el entrevistado, con la estructura actual del Indecopi, en los casos mediáticos existe mayor presión del Consejo Directivo hacia los órganos resolutivos.

Por otro lado, señala que el Indecopi debe ser un Organismo Constitucionalmente Autónomo, en atención a los mandatos constitucionales que tiene. Asimismo, indica que se le debe otorgar la potestad jurisdiccional para que pueda cubrir pretensiones resarcitorias, y para la elección de los órganos de gobierno debe existir un órgano que proponga a los miembros y otro que los elija.

Finalmente, indica que para los órganos resolutivos debe existir un sistema más objetivo y de meritocracia como son los concursos públicos, ya que estos permiten colocar a las personas más capacitadas, disminuyendo la intromisión del gobierno.

Entrevista a Crisólogo Cáceres, presidente de ASPEC

La entrevista se realizó el 08 de abril de 2021. El entrevistado ejerce la dirección de la asociación de consumidores ASPEC, la cual mantiene una larga relación con el Indecopi ya sea a través de las denuncias que interponen ante las comisiones de consumidor o a través de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor en temas de regulación de derechos del consumidor

Crisólogo sostiene que el Indecopi realiza un trabajo remarcable; sin embargo, existen temas vinculados a protección al consumidor que se deben mejorar en cuanto a las decisiones que toma la entidad sobre estos temas. Según el entrevistado, siempre existe interés del gobierno sobre cualquier entidad que resuelva controversias, y en el caso particular del Indecopi se debería corregir el tema vinculado a los comisionados, los cuales no desempeñan una labor permanente. Para él, para evitar cualquier tipo de presiones del Ejecutivo o cualquier poder del Estado se requiere que quienes administran justicia de consumo trabajen en exclusividad para el Indecopi, sin pertenecer a algún estudio de abogados, pues si esto no sucede pueden aparecer resoluciones sospechosas.

Finalmente, el entrevistado agrega que, dada la cantidad de funciones que posee el Indecopi, requiere de una reingeniería total de la entidad. E hecho que se pueda elevar a rango constitucional lo considera como una buena idea; no obstante, sigue manteniendo el problema de tener tantos temas a cargo, debiendo separarse algunas funciones hacia una nueva autoridad, como sucedió con el INACAL.

Entrevista a Maurice Pacheco, Comisionado Oficina Regional del Indecopi

La entrevista se realizó el 07 de abril de 2021. El entrevistado fue asistente de una Comisión de protección al consumidor y desde el 2019 es comisionado de la Comisión Regional de Cusco y desde este año es vicepresidente de dicha comisión.

Según el entrevistado, como cualquier entidad el Indecopi puede estar sujeto a presiones políticas o sociales, pues siempre existirá el incentivo del actor político para presionar algún tipo de decisión cuando le puede resultar favorable. Por ese motivo, para él las entidades como el Indecopi deben contar con un nivel de estabilidad legal para que se encuentren indemnes a cualquier tipo de presión política.

El entrevistado precisa que, hasta ahora, la entidad ha sabido sortear estas presiones de manera adecuada; sin embargo, esto no lo libra de que en el futuro puedan generarse nuevas presiones. El entrevistado señala que la designación de funcionarios del Indecopi puede ir a la par con un concurso público, es decir, que se cuente con una cuota de ingreso por designación y la otra por concurso público. Para él, esto permitiría, por un lado, garantizar el nivel de exigibilidad a través de un concurso y, por otro lado, no perder la oportunidad de contar con profesionales de una trayectoria reconocida cuyos conocimientos no requieren de mayor validación.

Entrevista a Piero Rojas, profesor Universidad Tecnológica del Perú

El entrevistado señala que tiene más de 3 años litigando en el Indecopi temas relativos a la eliminación de barreras burocráticas. Asimismo, tiene más de 8 años de experiencia en temas de derecho administrativo,

trabajando como asociado en el Estudio Grau y asesor en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Asimismo, es profesor de contratos administrativo en la Universidad Tecnológica del Perú.

Señala que el Indecopi siempre se ha caracterizado por contar profesionales de buen nivel y ser independientes en sus decisiones. Asimismo, sus resoluciones siempre han tenido una calidad técnica de primer nivel, en comparación con otras instituciones públicas. Señala que sí puede apreciar un conflicto de interés en el Indecopi al juzgar y eliminar disposiciones normativas que han sido emitidos por su dependencia jerárquica, como podría ser la PCM. Señala que, en las sombras, el poder político siempre ha influido de alguna u otra manera en sus decisiones y que, frente a las próximas elecciones, el riesgo de intromisión política es bastante latente.

Opina que la mejor solución sería que el Indecopi termine siendo un organismo constitucionalmente autónomo, dado que, por más que se varíe la forma de designación de sus funcionarios, si es que no se elimina la dependencia del Ejecutivo, es muy probable que la influencia política termine apareciendo. Sobre este mismo punto, señala que el concurso público permitiría participar a buenos funcionarios, pero que finalmente podrán ser presionados si es que la dependencia continúa asociada al Poder Ejecutivo.

Anexo 2. Enlace al drive con el audio de las entrevistas

https://drive.google.com/drive/folders/1tYd9_7GVsDYdKZ3EeAevhD2RIhqumNaS?usp=sharing

Anexo 3. Resultados de encuestas vía google form (enlace)

https://docs.google.com/spreadsheets/d/1qtshNyKXuK6aG9tcaawb_ICQ0JjUjC5112qhdzsRQz0/edit?usp=sharing

Notas biográficas

Boris Saldaña Solari

Nació en Lima, el 22 de mayo de 1987. Abogado por la Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC). Estudios en Legal Tech en la Universidad de Miami y la Universidad de Segovia.

Tiene más de ocho años de experiencia en derecho de la competencia, regulatorio y derecho aeronáutico. Actualmente, se desempeña como Subgerente Legal en Latam Airlines Perú.

Carlos Alfredo Martínez Álvarez

Nació en Lima, el 17 de junio de 1989. Abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal (UNFV). Estudios en derecho empresarial, de la energía y administrativo.

Tiene más de ocho años de experiencia en materia administrativa, empresarial, regulatoria y derecho de la energía. Actualmente, se desempeña como especialista-supervisor en el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

Jeysson Sandoval Valer

Nació en Cusco, el 21 de abril de 1991. Abogado por la Universidad Andina del Cusco (UAC). Cuenta con una Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tiene más de siete años de experiencia en derecho administrativo, regulatorio y derecho de la energía. Actualmente, se desempeña como Especialista Legal en Hidrocarburos en el Osinergmin.