

Organismos públicos del Poder Ejecutivo y autoridades independientes

Carlos Rodríguez Manrique*

SUMARIO

1. AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN: ACLARANDO CONCEPTOS. 1.1. AUTONOMÍA. 1.2. DESCENTRALIZACIÓN. 2. LA EXPANSIÓN DE LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA. 3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS. 3.1. SOBRE LAS DENOMINACIONES EMPLEADAS. 3.2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DEL PODER EJECUTIVO. 3.3. NATURALEZA INSTRUMENTAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DEL PODER EJECUTIVO. 4. LA AUTONOMÍA DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DEL PODER EJECUTIVO. 4.1. AUTONOMÍA ORGÁNICA. 4.2. AUTONOMÍA FUNCIONAL. 4.3. AUTONOMÍA EN LA GESTIÓN DE PERSONAL. 4.4. AUTONOMÍA FINANCIERA. 5. LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES. 5.1. EL PROBLEMA DE LA AUTONOMÍA FINANCIERA. 5.2. EN BÚSQUEDA DE LA INDEPENDENCIA: REGULADORES, RADIODIFUSIÓN PÚBLICA E INDECOPI. 6. REFLEXIONES FINALES.

El Estado está sujeto a permanentes transformaciones en el intento de prestar mejores bienes y servicios públicos a los ciudadanos. En el Perú, hemos sido testigos de “grandes reformas integrales” del aparato estatal que se iniciaron con mucho ímpetu, pero que nunca fueron concluidas. La experiencia nos ha enseñado que los planteamientos que buscan refundar las estructuras del Estado son un verdadero “cuento chino” que solo provocan el descrédito de los gobiernos de turno. Su implantación requiere de un amplio conjunto de acuerdos específicos y reales entre grupos de interés como son los políticos, técnicos, burócratas, gremios y

ciudadanos que, en circunstancias ordinarias, difícilmente se produzcan en nuestro país. No cabe duda que ante la posibilidad de introducir cambios en el funcionamiento de una organización, siempre habrá grupos interesados por mantener el status quo, lo que se multiplica cuando se plantean reformas amplias. Por ello, Charles Lindblom sostiene que la verdadera reforma del Estado pasa por cambios incrementales constantes y en aspectos específicos que produzcan resultados reales, eficaces y observables por la ciudadanía y no por las reformas integrales¹.

En los años noventa, el gobierno

⁰ Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Master en Gestión Pública por la Universidad Autónoma de Barcelona; Universidad Pompeu Fabra y ESADE.

¹ LINDBLOM, Charles E. *La ciencia de salir del paso*. En: Aguilar, L. (comp.). *La hechura de las políticas públicas*. México DF: Miguel Angel Porrúa, 1992, p.201 – 226.

puso en marcha reformas integrales en la organización y funcionamiento del Estado, las que debido al sistema autoritario que imperaba parecía que podían llegar a buen puerto. El poder de facto que ostentaba el gobierno le permitió saltarse una serie de acuerdos necesarios entre los diversos grupos de interés, adoptándose medidas radicales que ayudaron a un funcionamiento más eficaz de la Administración Pública. A pesar de ello y como siempre, ninguna de las “grandes reformas” pudo ser concluida.

No obstante, en el marco de ese proceso de modernización del Estado se obtuvo avances en algunos aspectos específicos. En el plano organizacional, por ejemplo, se llevó a cabo un proceso de descentralización administrativa dirigido a especializar y hacer más eficaz la labor de la Administración Pública, que con el transcurrir del tiempo ha dejado un balance positivo.

En efecto, durante los años noventa se crearon una gran cantidad de nuevas organizaciones que cambiaron el mapa del sector público existente, algunas de las cuales, además, adaptaron herramientas de gestión provenientes del sector privado con el fin de mejorar su Administración interna, en un intento de superar la tradición burocrática e implantar nuevos modelos de gestión de carácter gerencial. Este fenómeno, si bien no era nuevo en el país, tuvo una singular expansión en esos años y a partir de entonces no ha dejado de manifestarse de forma recurrente hasta nuestros días.

Actualmente, algunas de estos organismos públicos son instituciones sólidas y marcan la pauta a seguir en materia de gestión pública, pese a lo cual

todavía existen muchos aspectos por definir y desarrollar para conseguir un buen funcionamiento del conjunto. Así, por ejemplo, aún no se resuelve qué clase de relación debe existir entre ellas y el gobierno, cuáles son los niveles de autonomía que deben tener, cuál es la mejor fórmula para medir sus rendimientos, cómo debe designarse a sus directivos, entre otros aspectos. Esto se agrava si se tiene en cuenta que no existe un marco legal común que defina, estructure y establezca la utilidad de estos entes, como sí ocurre en el caso de la actividad empresarial privada para la que existe la Ley General de Sociedades.

El objeto de este trabajo es ayudar a la comprensión, desde una perspectiva jurídica y en el contexto peruano, de este conjunto de organismos públicos. Intentaremos establecer características comunes y el nivel de autonomía que poseen. Concretamente nos centraremos en el análisis de los organismos autónomos del Poder Ejecutivo y otras administraciones independientes de aquella macro organización estatal. Nuestra visión, aunque genérica, espera aportar algo a la ordenación de este importante sector de la Administración Pública.

1. AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN: ACLARANDO CONCEPTOS.

Antes de introducirnos de lleno en el análisis de las administraciones autónomas, es necesario aclarar dos nociones claves vinculadas con el tema: autonomía y descentralización. La idea es que el lector distinga entre la autonomía que posee, de un lado, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) o la Agencia de Promoción de la Inversión Privada

(PROINVERSIÓN); y, de otro lado, un gobierno local o regional.

En el fondo, todos ellos son entes públicos de naturaleza autónoma pero de distinta clase. Es más, entre las primeras también existen diferencias pero, como veremos más adelante, éstas no radican en la naturaleza jurídica de su autonomía sino, más bien, en la intensidad de la misma, así como en las funciones que les compete realizar al interior del Estado.

1.1. Autonomía.

Para lograr el objetivo trazado de forma precedente es importante distinguir entre la autonomía política y la autonomía administrativa².

La autonomía política consiste en el poder que tienen algunos entes sub-estatales para adoptar normas jurídicas generales e incondicionadas (poder legislativo) y de participar en la definición de su propio status y organización (poder de autoconfiguración)³. El Tribunal Constitucional en una sentencia donde analiza y se pronuncia respecto de la forma estatal de la República del Perú, recoge esta noción al sostener que “la autonomía político-normativa de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo”⁴.

En dicha sentencia, el Tribunal

Constitucional hace suya una reflexión sobre la autonomía política del jurista Ferrando Badía, quien manifiesta que este tipo de autonomía “implica siempre competencias legislativas. Ser entidades autónomas no supone que sean soberanas, sino que presupone su integración en el Estado. De ahí que la actividad legislativa de los entes autónomos ha de estar de acuerdo con los principios de integración del Estado del que forman parte. (...). La autonomía es, en efecto, libertad, facultad de promulgar normas, pero con coordinación necesaria, respecto de una colectividad más grande”⁵. No se está hablando en este caso de cualquier norma, sino de aquellas que, subordinadas a la Constitución, revisten primer orden debido a que su origen radica en un órgano de representación popular (parlamento nacional u órganos equivalentes de los gobiernos regionales o locales).

En la actualidad existe un gran consenso en que “la posesión de poderes legislativos y de un poder de autoconfiguración, y las consecuencias que ello comporta como la existencia de un sistema pluriordinamental y el reconocimiento de centros políticos aparte de los centrales capaces de producir normativa general de primer orden, se configuran como los elementos centrales de la autonomía política”⁶.

² Existen nociones como las de autonomía orgánica y económica de las que nos ocuparemos más adelante, por no ser relevantes para los fines perseguidos en este punto.

³ La Ley de Bases de la Descentralización, Ley N°. 27783, define la autonomía política en su artículo 9°, numeral 9.1 estableciendo lo siguiente: “Autonomía política: es la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que le son inherentes”.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes Nos. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC de fecha 27 de septiembre de 2005, que declara inconstitucionales un conjunto de ordenanzas regionales emitidas por los gobiernos de Cusco y Huanuco relativas al cultivo de la hoja de coca.

⁵ Ibid.

⁶ DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando. *Las regiones con potestades legislativas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p.44-45.

Por su parte, la autonomía administrativa o autarquía consiste en la potestad que tienen los entes sub-estatales de realizar, con libertad, funciones ejecutivas y/o administrativas, en el marco de las competencias que le atribuye la ley. Este tipo de autonomía puede conllevar potestades normativas de carácter reglamentario con el objeto de dar un adecuado cumplimiento de sus fines públicos.

En ese orden de ideas, la autarquía no puede concebirse como la mera capacidad de administrarse a sí mismo, sin poder dictar norma alguna, toda vez que en muchas ocasiones las entidades públicas autónomas poseen la atribución de dictar sus propios dispositivos, dentro de un marco normativo superior dado por otro ente estatal⁷.

1.2. Descentralización.

El término descentralización es empleado en disciplinas como derecho, economía, ciencias políticas o sociología con alcances y contenidos diferentes. Por ello y para evitar confusiones terminológicas, empezaremos delimitando desde la perspectiva jurídica una serie de las nociones vinculadas a este concepto, las cuales incluso dentro del ámbito del derecho han sido concebidas de distintas maneras por los más afamados constitucionalistas o administrativistas. Solo el tiempo y el desarrollo de experiencias descentralizadoras en distintos países del

mundo (sobre todo en Europa y los países anglosajones), han hecho que la doctrina vaya aclarando los fenómenos y consensuando conceptos sin llegar todavía a la total uniformidad de criterios.

Se debe distinguir entre descentralización política y descentralización administrativa. La descentralización política consiste en la distribución del poder político (autoridad de gobierno, potestad legislativa e incluso judicial), desde el núcleo del Estado a niveles inferiores de poder que se caracterizan por tener una personalidad jurídica autónoma y estar vinculados a un territorio. La descentralización política está ligada al concepto de autonomía política⁸, en tanto proceso dirigido a que los entes sub-estatales tengan capacidad de autogobierno y de dictar leyes propias (o normas jurídicas que el poder central, por razones de competencia, no puede derogar) que se integran a un ordenamiento estatal superior. En el Perú, la manifestación de la descentralización política la constituyen los gobiernos locales y regionales reconocidos por la Constitución Política.

Por su parte, la descentralización administrativa consiste en transferir la titularidad de competencias administrativas de una organización a otra. Así pues, este tipo de descentralización se observa cuando existe transferencia de funciones ejecutivas o reglamentarias entre ministerios, entre un ministerio y un organismo autónomo, entre organismos autónomos, entre un

⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General*. Lima: Ara Editores y FDA, 2003, XIV-11.4.

⁸ El concepto de autonomía tal como lo concebimos en estas líneas tampoco debe identificarse con la independencia de actuación o autarquía que presentan los comúnmente denominados organismos autónomos, sobre los que nos ocuparemos más adelante. Estas entidades son una manifestación de la descentralización funcional y se caracterizan por ser independientes con relación a la Administración central y ser especializados en sus funciones. Suelen tener potestades normativas pero de carácter reglamentario y que tienen como fin regular su ámbito competencial de carácter sectorial.

ministerio y un ente territorial, etc.⁹ Como es natural, la descentralización política conllevará siempre actos de descentralización administrativa, pero debe tenerse en claro que estos dos términos tienen alcances distintos.

Ahora bien, la descentralización administrativa puede manifestarse de forma territorial o funcional. La descentralización territorial implica la existencia de órganos o entidades de ámbito territorial restringido que ejercen delegadamente o por transferencia ciertas competencias ejecutivas del Estado¹⁰. Un ejemplo de este tipo de descentralización, en el panorama peruano, lo constituyeron los desaparecidos Consejos Transitorios de Administración Regional (antecesores de los actuales gobiernos regionales). En términos comparados, sin embargo, el ejemplo característico de esta noción son los entes locales o regionales que gozan de un nivel de autonomía que “se circunscribe al ejercicio de competencias ejecutivas y de gestión y a un cierto poder de auto-organización”¹¹, pero que carecen de autonomía política por tener potestades normativas subordinadas a la ley.

Por su parte, la descentralización funcional es una forma de descentralización

administrativa consistente en que una dependencia del sector público otorgue parte de las competencias que ostenta de forma centralizada, a un ente con personalidad jurídica propia que es autónomo tanto administrativa como financieramente respecto del primero¹². La idea de fondo es que la Administración centralizada otorgue independencia y flexibilidad en la actividad administrativa y la gestión de los servicios públicos a organismos especializados.

La distinción que hace la doctrina entre la descentralización territorial y funcional tiene especial relevancia en realidades donde no existe un Estado descentralizado políticamente. En casos como el peruano, donde hay un Estado regional (en desarrollo), importa más la distinción entre descentralización administrativa y política. Es más, en determinadas ocasiones, la línea que separa la descentralización territorial y funcional se hace difícil de trazar¹³.

Vale la pena hacer referencia a un concepto relacionado con el fenómeno de la descentralización, como es la desconcentración, al que algunos autores consideran como una forma de descentralización administrativa (incluso la

⁹ Es natural que acciones vinculadas a la descentralización administrativa respondan a factores políticos o traigan consigo consecuencias de este tipo pero esto no debe generar confusiones entre las nociones jurídicas descentralización política y descentralización administrativa.

¹⁰ DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando. Op.cit.; p.41.

¹¹ Ibid., p.43.

¹² Si bien tradicionalmente la descentralización se ha identificado con la transferencia de competencias entre personas jurídicas, existe no pocos autores que sostienen que el criterio de descentralización se sustenta en el grado de autonomía, es decir, analizando la tutela que se establece entre los dos centros de competencia para decidir. En ese sentido, sostienen que “cabe traslado de competencias de una persona jurídica a otra, sin que se produzca ninguna descentralización, porque la persona jurídica receptora queda sujeta a la tutela plena, tanto jurídica como material (tutela de oportunidad), que ejerce la persona jurídica que traslada su competencia”. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*. Madrid: Tecnos, 2001, p.70.

¹³ En nuestra opinión, la descentralización territorial es una descentralización funcional circunscrita a determinado espacio físico. Así pues, la descentralización territorial implica siempre actos de descentralización funcional. Esta situación ocasiona que algunos identifiquen a toda descentralización administrativa como funcional.

denominan descentralización burocrática)¹⁴. Pues bien, la doctrina mayoritaria entiende por desconcentración a la transferencia de competencias de un órgano central jerárquicamente superior a otro inferior, sea central o periférico, dentro de una misma entidad pública. La desconcentración es una técnica de gestión que busca distribuir el poder y el trabajo tanto de forma vertical como horizontal dentro de una misma organización pública. Para algunos autores como Parada, la desconcentración supone una cesión de competencias definitiva¹⁵. En la práctica, su carácter definitivo dependerá de la forma como cada ordenamiento regule esta institución. En la legislación peruana se regula el fenómeno de la desconcentración en el artículo 74º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

Una vez aclarados los conceptos precedentes, podemos decir que existen dos grandes grupos de entes autónomos al interior del Estado peruano, aquellos que poseen autonomía política y los que gozan de autonomía estrictamente administrativa. Esta no es una distinción cuantitativa (que consiste en tener más o menos autonomía y, por ende, competencias) sino de carácter cualitativo. En ese sentido, la existencia de estos dos tipos de entidades, como integrantes del aparato estatal, constituye un elemento de juicio relevante para determinar si un Estado es descentralizado políticamente o solo administrativamente.

2. LA EXPANSIÓN DE LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA.

Es difícil rastrear el origen del fenómeno de la autonomía administrativa en el Perú republicano. Realmente habría que efectuar una verdadera labor de arqueología jurídica que sería bastante valiosa, ya que no es posible encontrar ningún artículo o libro que haga un desarrollo histórico de esta cuestión de manera específica¹⁶.

En cualquier caso, un trabajo orientado a esos fines tendría que empezar por hacer mención a las universidades públicas, algunas de las cuales nacieron incluso antes que el propio Estado peruano. Otra entidad cuyo origen se remonta a inicios de la república es la Beneficencia Pública de Lima que existe desde 1826 como persona jurídica diferente del Estado. Otros organismos autónomos cuya existencia cabe destacar son la Caja de Ahorros y Consignaciones (1905), el Banco de Reserva (1922), que ni por asomo gozaba de los niveles de autonomía del actual Banco Central de Reserva del Perú, la Contraloría General de República (1930), la Superintendencia de Bancos (1931), el Seguro Social Obrero (1933), el Fondo Nacional de Salud y Bienestar Social (1951), el Instituto de Promoción y Reforma Agraria (1964) y la Oficina Nacional de Racionalización y Capacitación de la Administración (1964). Este listado que obvia muchas entidades, evidencia como la descentralización funcional no era una

¹⁴ Entre ellos podemos citar a: PAREJO ALFONSO, Luciano. *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. I. Barcelona: Ariel, 1998, p.316 y ss.; y DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando. Op.cit., p.39 y ss.

¹⁵ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Vol. II: Organización y empleo público. (6º edición) Madrid: Marcial Pons, 1996, p.31.

¹⁶ Un libro que recoge algunos datos cronológicos sobre la materia es: PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. 8ed. Lima: Grijley, p. 637.

herramienta ajena a la Administración Pública de inicios y mediados del siglo pasado. Durante la década de los setenta y ochenta muchos de los organismos autónomos existentes fueron reestructurados, fusionados o eliminados. También se creó otras nuevas administraciones, pero siempre en número reducido.

Es a partir de 1990 que se produce una expansión en el fenómeno de la descentralización funcional que trae consigo un cambio sustancial en la organización del sector público peruano. Todos los ministerios ceden muchas de sus funciones ejecutivas y potestades reglamentarias a favor de entidades preexistentes, pero, sobre todo, a otras nuevas, con las cuales establecen un vínculo de adscripción. A las funciones trasladadas a los organismos autónomos, se sumaron nuevas competencias que hasta ese momento eran inexistentes al interior del Estado y que aparecieron como producto de la nueva orientación del país hacia una economía de mercado.

En menos de una década, las administraciones autónomas se convirtieron en una parte esencial del sector público peruano. Los ciudadanos, de pronto, empezaron a recibir servicios o bienes públicos de forma masiva, de organizaciones cuya existencia antes era reducida. Además, estos organismos a pesar de compartir muchas características de las organizaciones burocráticas tradicionales, ahora se parecían bastante a una empresa

por su gestión flexible y la atención que brindaban a los usuarios.

Surgen así, en primer lugar, entidades como: la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT), Superintendencia Nacional de Aduanas (SUNAD), la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el Fondo de Compensación y Desarrollo Social (FONCODES), la Oficina Supervisora de la Inversión Privada de las Telecomunicaciones (OSIPTEL) y el Instituto Nacional de Infraestructura Educativa y de Salud (INFES). A éstas primeras entidades se sumaron muchas otras, en los más diversos sectores y actividades. Asimismo, entidades ya existentes como la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) fueron reestructuradas. La proliferación de este tipo de entidades ocasionó la generalización del término organismo público descentralizado¹⁷.

La autora Carol Wise recoge, a partir de diversas fuentes, tres hipótesis que buscan explicar el fenómeno de descentralización funcional en el Perú, así como su prematura expansión en comparación con otros países de la región latinoamericana¹⁸. La primera hipótesis, se centra en el hecho que la Administración de Fujimori, a diferencia de otros países latinoamericanos que también iniciaron

¹⁷ Algunas de estas entidades como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP gozan en la actualidad de niveles de autonomía reforzados constitucionalmente, que buscan garantizar su independencia y neutralidad política. En tal sentido no forman parte de los llamados organismos públicos descentralizados sino que integran una nueva categoría: los organismos constitucionalmente autónomos.

¹⁸ WISE, Carol. *Reinventando el Estado: Estrategia económica y cambio institucional en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico, 2003, p.262-263.

reformas burocráticas, no contaba con mayoría en el Congreso al inicio de su periodo presidencial. Así pues, países como México y Argentina postergaron la delegación de autoridad a organismos independientes por temor a disminuir el control sobre el diseño de políticas, mientras que en Perú se optó por el camino de las entidades públicas autónomas como la forma más segura de controlar la agenda de reforma de mercado, en vista que el partido de gobierno no había logrado formar una coalición legislativa que respaldase firmemente dichas medidas en el Congreso.

La segunda hipótesis se basa en lo observado por Philip Keefer¹⁹, en el sentido que el beneficio de la autonomía está en “que aísla a las agencias de la influencia de diferentes entidades gubernamentales que intentan usar su capacidad de fiscalización para distorsionar las decisiones de la agencia a favor de pequeños intereses”. Así las cosas, la creación de entidades públicas autónomas otorgaba el beneficio de disminuir las presiones sobre la toma de decisiones técnicas, motivo por el cual se convirtieron en las abanderadas de la implementación y sostenimiento de las reformas de mercado. De esta manera, estas organizaciones se convirtieron en la base institucional (parte esencial) de las reformas emprendidas por el gobierno de Fujimori.

La tercera hipótesis recogida por Wise, se refiere a que la autonomía burocrática dio muestras a los ciudadanos de mayor eficacia en la aplicación de las reformas y nuevas políticas. Si se tiene en cuenta que los ciudadanos a inicios de la década de 1990 habían abandonado la

afiliación a los partidos políticos y manifestaban su opción política sobre todo en función a la habilidad de los gobernantes de mejorar la prestación de servicios públicos, resulta evidente la utilidad de las entidades públicas autónomas para la Administración de Fujimori. En la práctica, estas organizaciones permitieron mejorar considerablemente la eficacia y eficiencia del gasto público, a la vez que se atendía las necesidades de sectores electorales claves. No obstante, Wise sostiene que esto último ha sido un inconveniente para la adecuada gerencia de las entidades públicas autónomas, pues ha supuesto una fuerte intromisión política del gobierno (específicamente del Presidente).

Aparcando los factores que impulsaron al gobierno de ese entonces y los subsiguientes, a crear estas entidades, lo cierto es que varias de ellas (conjuntamente con las elites de técnicos de unos pocos ministerios y empresas del Estado), se convirtieron en el verdadero motor de la Administración Pública peruana. Hoy existe la opinión generalizada en el sentido que, en conjunto, son organizaciones más eficaces y eficientes que los ministerios.

3. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS.

3.1. Sobre las denominaciones empleadas.

En nuestro país, las entidades que gozan de autonomía como consecuencia de un proceso de descentralización funcional, reciben las más diversas denominaciones. La doctrina comparada en materia de Derecho Administrativo es bastante dispersa, también, para referirse a las figuras

¹⁹ KEEFER, Philip. *Remorming the state: The sustentability and replicability of peruvian reforms in its Public administration*. Washington D.C.: Worl Bank, 1995. Citado por Wise, Carol. Op.cit. p.263.

subjetivas que gozan de personalidad jurídica propia. Así se puede mencionar fórmulas como: ente público, organismo público, entidad pública, persona jurídica pública, organismo público descentralizado, institución pública descentralizada, organismo regulador, instituto público, agencia pública, programa, comisión, fondo, entre otros.

Sin duda, el término más empleado a nivel normativo es el de organismo público descentralizado. El artículo 19º de la Ley del Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo N.º. 560, se refiere a esta categoría estableciendo que los ministerios prestan “a través de los organismos públicos descentralizados que se reservan expresamente al nivel central de gobierno, bienes y servicios sectoriales”. Sobre el papel, las entidades calificadas como organismos públicos descentralizados deberían constituir la Administración instrumental del Poder Ejecutivo, prestando servicios y bienes públicos, bajo la dirección del sector. Sin embargo, en la práctica, una gran parte de las administraciones autónomas comprendidas en esta definición gozan o requieren de niveles de independencia y neutralidad política que deberían excluirlas de ser calificadas como organismos instrumentales de los ministerios (como veremos luego); tal es el caso de INDECOPI, CONASEV, OSINERG u OSIPTEL, por poner ejemplos.

Así las cosas, que una entidad sea definida como un organismo público descentralizado permite saber que su existencia se deriva de un proceso de descentralización funcional y que ésta

mantiene un vínculo de adscripción con un determinado sector, a fin de coordinar sus actividades con el respectivo ministerio y sujetarse a las políticas sectoriales que se dicten.

El artículo 19º de la Ley del Poder Ejecutivo hace mención también al término “instituciones públicas descentralizadas” sin otorgarle al mismo un contenido claro. De la redacción de la norma, no queda claro si se trata de un concepto genérico que engloba a todos los organismos públicos del Poder Ejecutivo o si es un concepto que identifica a aquellos organismos que cumplen funciones ejecutivas especializadas al interior aparato estatal, pero cuyo objetivo principal no es la prestación de bienes y servicios a los ciudadanos²⁰.

Un término que se ha impuesto en los últimos años, a nivel legislativo y teórico, es el de organismo regulador. La Ley N.º. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos agrupa un conjunto de entidades como son: el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS); a las cuales asigna funciones de regulación destinadas a garantizar la libre competencia y corregir las deficiencias del mercado, así como proteger ciertos derechos de los ciudadanos, en determinados sectores económicos liberali-

²⁰ Luego de centrarse en los organismos públicos descentralizados, el artículo 19º de la Ley del Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo N.º. 560, contempla que los ministerios “Tienen a su cargo la supervisión y control de las instituciones públicas descentralizadas que conforman el Sector correspondiente”.

zados. Otras entidades como CONASEV, SBS y BCRP también reciben el calificativo de organismos reguladores por los operadores del derecho.

Cabe mencionar a un grupo de organismos públicos a los cuales la Constitución Política otorga una autonomía reforzada. Su existencia es reconocida por la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico y su estructura y funcionamiento son regulados por ley orgánica²¹. La doctrina nacional los ha bautizado con el nombre de organismos constitucionalmente autónomos. Son personas jurídicas independientes de los Poderes del Estado, entendiendo estos últimos como organizaciones públicas, aunque algunas de ellas formaron parte integrante de éstos. Así por ejemplo, el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) en algún momento integraron la estructura del Poder Ejecutivo. Otras, en cambio, como el Tribunal Constitucional o la Defensoría del Pueblo fueron creadas directamente a nivel constitucional como organizaciones independientes.

En adelante emplearemos el término organismos públicos para referirnos a todas las personas jurídicas públicas distintas de las tres grandes organizaciones estatales que reconoce la Constitución Política: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo

y Poder Judicial. Sin embargo, como el título del presente trabajo indica, nos centraremos en el estudio de los organismos públicos que tienen una relación de dependencia con el Poder Ejecutivo y de aquellos organismos independientes que desarrollan primordialmente funciones ejecutivas y/o guardan un vínculo de coordinación estrecho con el Poder Ejecutivo, pero que no dependen de él.

3.2. Características generales de los organismos públicos del Poder Ejecutivo.

Los organismos públicos son figuras subjetivas del Derecho Administrativo con personalidad jurídica propia y, como tales, son sujetos de derechos y deberes a los que se encargan la realización de funciones o tareas en un determinado marco competencial.

En tanto personas jurídicas inmateriales no son otra cosa que creaciones abstractas, pero cuya utilidad ha sido fundamental en el funcionamiento del aparato estatal. Así, los organismos públicos han simplificado las relaciones de los ciudadanos con las grandes administraciones; han ampliado la garantía patrimonial para los ciudadanos definiendo con más claridad masas patrimoniales concretas; han permitido estructurar adecuadamente el conjunto de administraciones públicas, diversificando los centros de decisión y de responsabilidad del inmenso aparato estatal; entre otros aspectos²².

²¹ Al respecto, el artículo 106º de la Constitución Política establece que:

“Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

²² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General. Tomo I*. Madrid: Iustel, 2004, p.390.

En ese sentido, se puede sostener que todos los organismos públicos cuentan con las características básicas comunes que se detallan a continuación²³:

- a) Tienen personalidad jurídica propia, es decir, son sujetos de derechos y deberes que poseen competencias y atribuciones.
- b) Son creadas por el Estado. Es evidente que estas entidades conforman la estructura del Estado y deben ser creados por éste. El problema es a través de que órgano y cual es el instrumento legal a emplear para tal efecto. Para sorpresa del lector, ni la Constitución Política y ni la vigente Ley del Poder Ejecutivo²⁴ se ocupan de este aspecto. Es el Código Civil el que permite deducir que su creación debe darse a través de una ley²⁵, lo cual es reforzado por una disposición de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado²⁶.
- c) Son entidades descentralizadas funcionalmente que gozan de autonomía administrativa, la que se materializa en la capacidad de gestionarse a sí mismas, pudiendo a su vez dictar sus propias normas, en el marco de las leyes y reglamentos emitidos por el Estado y sus órganos.
- d) Realizan fines públicos. Todas las administraciones autónomas persiguen un fin público. Esto no impide que, excepcionalmente, puedan realizar actividades de carácter comercial conforme a la normativa vigente²⁷.
- e) Cuentan o han contado con una asignación legal de recursos, en otras palabras, “tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos regularmente del presupuesto general, o por fin, los han recibido en el momento de su creación aunque después se manejen exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad”²⁸.
- f) Poseen un patrimonio estatal, esto supone que el íntegro del patrimonio de estas entidades es de propiedad del Estado, lo que implica la inexistencia de “socios” privados. Esto no significa que el Estado pueda disponer de los fondos de la entidad como le plazca²⁹.
- g) Están sometidas a control estatal. Las cuentas y acciones de estas entidades están sujetos a diversos controles jurídicos y financieros efectuados por organismos estatales, el principal de ellos es la Contraloría General de la República.

Ahora bien, si nos referimos a los

²³ GORDILLO, Agustín. Op.cit., XIV-2.

²⁴ Ver el citado Decreto Legislativo N° 650. Esta norma guarda un silencio absoluto sobre el tema.

²⁵ El Código Civil no establece expresamente que los organismos públicos del Poder Ejecutivo deban ser creados por una ley o norma con rango de ley, pero permite interpretar esto a partir del segundo párrafo de su artículo 77: “La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación”.

²⁶ La norma referida es el artículo 13° de la referida Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, Ley N°. 27658, Esta misma norma también permite la fusión de los organismos públicos por decreto supremo, con excepción de aquellos que se rijan constitucionalmente por ley orgánica, cuya fusión se debe realizar por una norma de igual jerarquía.

²⁷ Este es un tema bastante discutible sobre todo si se tiene en cuenta el rol subsidiario del Estado en la economía establecido en el artículo 60° de la Constitución Política. De todos modos, cabe señalar que por Decreto Supremo N°. 088-2001-PCM, el Poder Ejecutivo estableció las disposiciones aplicables a las entidades del sector público que desarrollan actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes.

²⁸ GORDILLO, Agustín. Op.cit., XIV-2.

²⁹ Así, por ejemplo, en casos de disolución y liquidación habría que cumplir con las obligaciones pendientes de pago a los acreedores.

organismos públicos del Poder Ejecutivo, habría que agregar una característica adicional que es la pertinencia a este poder del Estado, en tanto macro – organización pública. Es cierto que estamos ante personas jurídicas diferenciadas pero, en términos organizativos, éstas se encuadran en el complejo estructural del Poder Ejecutivo, con el cual mantienen una relación de instrumentalidad. Sobre esta relación nos ocuparemos a continuación.

3.3. Naturaleza instrumental de los organismos públicos del Poder Ejecutivo.

La entidad instrumental se define por dos aspectos fundamentales: (i) gozan de personalidad jurídica propia y (ii) son instrumentos de una Administración a la que se denomina matriz³⁰. Así, un organismo de esta naturaleza goza de autonomía orgánica y de gestión en el ámbito estricto que le marquen las directrices de un ente matriz, con el objeto de realizar determinadas funciones públicas. El conjunto de la Administración instrumental desarrolla actividades propias de la Administración nuclear y mantiene una relación de dependencia constante, estrecha y efectiva con ésta³¹. La existencia de la Administración instrumental se sustenta en la especialidad técnica y la eficacia.

La relación entre el ente matriz y el organismo descentralizado no es de

carácter jerárquico, es decir, no supone una situación de tutela orgánica³². En esa línea, Salvador Martínez señala que “no se trata de la relación de jerarquía que existe entre los órganos inferiores y superiores de una misma Administración, sino de una relación de dirección”³³.

La diferencia entre la relación de jerarquía y la de dependencia o dirección se centra en el ámbito de autonomía que se otorga a la organización pública. No se trata únicamente de relacionar a la jerarquía con los órganos y la dependencia con los organismos. Como señala Ortiz Mallol, “si bien es cierto que la jerarquía liga a órganos y la dependencia a entidades con personalidad jurídica, este criterio toma el resultado como premisa: la decisión a adoptar no debe ser la de crear un órgano o una entidad instrumental, sino precisar que tipo de autonomía organizativa y de actuación se pretende que el medio a crear tenga. Si las necesidades e intereses generales aconsejan disponer de una estructura cercana al poder competente (...) se creará un órgano, naciendo una relación de jerarquía. Por el contrario, si es necesario para atender tal interés general el producir una estructura compleja en sí misma, con grandes posibilidades de actuación autónoma, se creará una entidad instrumental y se originará una situación de dependencia”³⁴.

En la línea de lo expuesto, los organismos públicos del Poder Ejecutivo

³⁰ ORTIZ MALLOL, José. *La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas*. En: Revista de Administración Pública, Nº. 163, enero – abril, 2004, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 245.

³¹ SALVADOR MARTÍNEZ, María. *Autoridades Independientes*. Barcelona: Ariel, 2002, p. 248-250.

³² Sobre el concepto de tutela y su importancia en la relación entre organismos y órganos públicos se recomienda revisar Alfredo GALLEGU ANABITARTE. Op.cit.

³³ Ibid., p.249.

³⁴ ORTIZ MALLOL, José. Op.cit., p. 251.

constituyen una gran Administración instrumental, eso sí, bastante heterogénea. No obstante, la legislación que regula las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus organismos públicos es pobrísima y deficiente. La norma central que se ocupa de esta relación es el ya referido artículo 19º de la Ley del Poder Ejecutivo.

Literalmente este dispositivo establece que a los ministerios “les corresponde dictar las normas sectoriales de alcance nacional en los asuntos de su competencia, y prestar, a través de los organismos públicos descentralizados que se reservan expresamente al nivel central de gobierno, bienes y servicios sectoriales; así como supervisar y evaluar la ejecución de las políticas sectoriales. Tienen a su cargo la supervisión y control de las instituciones públicas descentralizadas que conforman el Sector correspondiente (...)”.

Esta norma es muy escueta y deja muchos espacios que llenar en la compleja relación entre el Poder Ejecutivo y sus organismos públicos. Así, la normativa vigente no regula los mecanismos de supervisión y control que posee el Poder Ejecutivo sobre estas administraciones; el establecimiento de sus objetivos; la forma como la actividad de éstas integra en el planeamiento del sector; la designación de los directivos (la cual termina siendo establecida por normas específicas y, por tanto, es muy diversa); los alcances de la adscripción; los tipos de autonomía que poseen; etc.

A pesar de todo, ésta deja entrever otra característica fundamental de las

administraciones instrumentales, consistente en que conforman con la Administración matriz un complejo organizativo unitario. Si bien, estos entes poseen personalidad jurídica y un estatuto propio (ley de creación y reglamento de organización y funciones), tienen por objeto ser un instrumento de la Administración matriz (ministerio) con la cual mantienen un vínculo de adscripción, conformando una unidad organizativa (sector)³⁵.

No existe una definición legal de la adscripción. Según el Diccionario de la Lengua Española consiste en “contar entre los que corresponde a alguien o algo”, así como “agregar a una persona al servicio de un cuerpo o destino”³⁶. Estas definiciones semánticas nos dan unas luces de los alcances del término en el plano de la organización administrativa.

Así las cosas, esbozando una definición, se puede sostener que la adscripción es el vínculo de pertenencia de un ente instrumental a un complejo organizativo unitario, el cual es dirigido por una entidad matriz con la que aquél guarda una relación de dependencia. Las entidades que pertenecen a esta unidad organizativa se complementan funcionalmente para la realización de fines públicos, en el marco de una adecuada distribución potencial.

Analizada la relación de instrumentalidad que existe entre los ministerios y sus organismos públicos adscritos, cabe preguntarse si algunos de estos últimos deberían seguir perteneciendo a este

³⁵ No debe identificarse la noción de organización con la de persona jurídica. La primera es un concepto propio de la Administración mientras que la segunda es una noción jurídica.

³⁶ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Tomo 1 (22 ed.), Madrid: Espasa –Real Academia Española, 2001.

conjunto, ya que debido a las funciones que realizan ameritan una mayor autonomía y neutralidad respecto del gobierno (tal es el caso de los organismos reguladores).

4. LA AUTONOMÍA DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DEL PODER EJECUTIVO.

La naturaleza instrumental de los organismos públicos pertenecientes al poder ejecutivo no implica la ausencia de autonomía en el funcionamiento de éstos. Si bien no estamos ante el ejercicio de una independencia o autonomía plena, tampoco estamos ante una relación de jerarquía como la que existe entre un ministro y uno de sus órganos desconcentrados.

Son pocos los desarrollos teóricos que se han hecho respecto de la autonomía y funciones de estas entidades en la experiencia comparada. Su multiplicidad y heterogeneidad también han dificultado un análisis práctico. En el plano nacional, no se ha escrito mucho al respecto y la poca atención teórica que se ha dado a este conjunto de entidades se la han llevado, casi siempre, los organismos reguladores³⁷.

Si revisamos las normas de creación o reglamentos de las diferentes organismos públicos pertenecientes al Poder Ejecutivo, podremos observar que se les atribuye diversas clases de autonomías: administrativa, ejecutiva, operativa, funcional, técnica, institucional, económica, presupuestal, financiera o de personal. En realidad, algunos de estos conceptos son sinónimos o unos contienen a otros, por lo

que los legisladores al incorporar más de uno de ellos suelen ser redundantes al diseñar las normas que regulan el funcionamiento de estas entidades autónomas.

Con el fin de simplificar las cosas y evitar una carga innecesaria de conceptos, a continuación nos referimos a cuatro ámbitos básicos dentro de los cuales analizaremos los alcances de la autonomía de estos organismos públicos. Estos son: la autonomía orgánica, la autonomía funcional, la autonomía en la gestión de personal y la autonomía financiera.

4.1. Autonomía orgánica .

La autonomía orgánica se deriva de la existencia de personalidad jurídica propia. La atribución de personalidad jurídica a un ente supone que éste se constituye en un centro de imputación de derechos y obligaciones distinto de la Administración nuclear y, por consiguiente, cuenta con un patrimonio propio y presupuesto institucional diferenciado del resto del sector público. Asimismo, como indica Salvador Martínez “se trata de una característica importante, puesto que el reconocimiento de personalidad jurídica ha sido la pieza clave en el proceso de descentralización funcional de la Administración, una forma de descentralización que consiste, precisamente, en la creación de personas jurídicas diferentes de la Administración General para la prestación de determinados servicios

³⁷ Entre esos artículo cabe hacer referencia a los siguientes: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, *Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios*. En: Ponencias del Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Lima: Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2004, p. 417 - 478; Guzmán Napurí, Christian. *Los entes reguladores en la Constitución*. En: Revista Peruana de Derecho Público, Vol. 2, No. 4, enero - junio 2002, Trujillo: Grijley, p.37 - 48; y, Martín Tirado, Richard. Análisis de la “función normativa” de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. La dicotomía del rol del Estado en la actividad económica: subsidiariedad y solidaridad. En: Ius et Veritas, N.º. 24, Lima: Asociación Civil Ius et Veritas, 2002, p. 93 - 112.

públicos”³⁸.

Uno de los aspectos que caracteriza la autonomía orgánica de los organismos públicos del Poder Ejecutivo es que su creación requiere de la existencia de una norma con rango de ley³⁹. Si bien este es un hecho que la doctrina acepta de forma pacífica, en nuestro país este hecho no ha sido plasmado en ninguna de las normas vinculadas con la organización y estructura del Poder Ejecutivo (Constitución Política o Ley Orgánica del Poder Ejecutivo). Es el Código Civil, como ya señalamos anteriormente, la norma que permite deducir que estas entidades deben contar con una ley de creación. Esto se deriva de la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 77º del referido código, según el cual: “La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación”.

La creación por ley de estos organismos es reforzado, de forma indirecta, por la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado. En efecto, el artículo 13º de dicha norma si bien no establece de forma literal que la creación de organismos públicos deba efectuarse por ley, no obstante, deja claro que los actos distintos a las fusiones de entidades y modificación de adscripciones deben efectuarse mediante esta fuente. Por lo

tanto, para crear nuevos organismos públicos es necesaria una ley⁴⁰. En esa misma línea, la disolución y liquidación de estas entidades también deberá efectuarse por ley.

Como se ha dejado entrever en el párrafo anterior, la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado introdujo también la fusión de los organismos públicos a través de una norma distinta a la ley. El mecanismo implantando requiere de la emisión de un decreto supremo, lo que significa que basta la sola decisión del Poder Ejecutivo para que una entidad pueda ser absorbida por otra. La idea que subyace a esta norma es generar sinergias al interior del sector público y disminuir la cantidad de entidades públicas, lo que a su vez supone reducir los costos de operación del Estado y la duplicidad de funciones. Del mismo modo, este proceso de carácter expeditivo permite disminuir los costos de transacción al interior del Estado para la adopción de decisiones de esta naturaleza.

Si bien la fusión de organismos por decreto supremo tiene sus bondades en términos de eficacia y reducción de costos para la toma de decisiones, es preciso tener en cuenta que, de otro lado, debilita la autonomía orgánica de estas entidades.

³⁸ SALVADOR MARTÍNEZ, María. Op.cit.; p.290-291.

³⁹ Es pertinente señalar que existe un número reducido de administraciones autónomas cuya existencia es reconocida por la Constitución Política, las cuales son conocidas como organismos constitucionalmente autónomos.

⁴⁰ El artículo 13.1 de la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, modificado por la Ley N° 27899 establece lo siguiente:

“La fusión de direcciones, programas, dependencias, entidades, organismos públicos descentralizados, comisiones y en general toda instancia de la Administración Pública Central, así como la modificación respecto de la adscripción de un Organismo Público Descentralizado de un sector a otro, se realizará por decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, de acuerdo a las finalidades, preceptos y criterios establecidos en los artículos 4º, 5º y 6º de la presente Ley y previo informe favorable de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros. Las demás acciones que sobre reforma de la estructura del Estado requiera realizar el Poder Ejecutivo serán aprobadas por Ley. En los casos de entidades que constitucionalmente se rijan por Ley Orgánica, su fusión se dará por una norma de igual jerarquía” (el resaltado es nuestro).

La norma citada no establece de forma literal que la creación de organismos públicos deba efectuarse por ley, sin

Por otra parte, los organismos autónomos del Poder Ejecutivo cuentan con normas propias que regulan su funcionamiento: la ley de creación y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la entidad. El ROF es definido por el derecho positivo como “el documento técnico normativo de gestión institucional que formaliza la estructura orgánica de la entidad orientada al esfuerzo institucional y al logro de su visión, misión y objetivos. Contiene las funciones generales de la entidad y las funciones específicas de los órganos y unidades orgánicas y establece sus relaciones y responsabilidades”⁴¹.

Los organismos públicos del Poder Ejecutivo no tienen potestad para aprobar su ROF, el cual es aprobado por el gobierno mediante Decreto Supremo⁴². En todo caso, este instrumento normativo es sancionado sobre la base del proyecto elaborado y sustentado por cada entidad, siguiendo los lineamientos contenidos en el Decreto Supremo N°. 043-2006-PCM.

Por último, cabe recordar que estas entidades están adscritas expresamente a un ministerio⁴³. En términos organizativos esto resulta de suma importancia para que exista una adecuada dirección y coordinación entre la Administración matriz y la instrumental.

4.2. Autonomía funcional.

La autonomía funcional está

vinculada con el ejercicio de una competencia con libertad respecto de la entidad matriz. Ésta tiene distintos grados de intensidad. Como hemos visto anteriormente, los organismos públicos del Poder Ejecutivo están sometidos a una relación de instrumentalidad con la Administración nuclear, la cual debilita su autonomía funcional al imponer un vínculo de dependencia.

La relación de dependencia entre el Poder Ejecutivo y sus organismos públicos se materializa en aspectos como: la potestad discrecional de aquél de nombrar y revocar a los titulares de la entidad; el dictado de pautas y objetivos; y el control y supervisión de sus actividades.

Existen, de otro lado, organismos públicos que cuentan con una autonomía reforzada, en virtud de la cual sus decisiones son totalmente independientes de la voluntad del gobierno. Es más, algunos de ellos integraron, a nivel organizativo, algún poder del Estado⁴⁴. La autonomía funcional reforzada de estos entes se justifica en las necesidades de neutralidad e independencia en su gestión, motivo por el cual, se sujetan exclusivamente a las obligaciones que les impone la ley, manteniendo una estrecha coordinación con el gobierno. A estas entidades las denominaremos autoridades independientes y nos ocuparemos de ellas más adelante.

En la práctica, la autonomía

embargo, deja claro los actos distintos a las fusiones y modificación de adscripciones, entre los cuales estará la creación de entidades, deben efectuarse por ley.

⁴¹ Artículo 5º del Decreto Supremo N°. 043-2006-PCM.

⁴² Artículo 34º del Decreto Supremo N°. 043-2006-PCM.

⁴³ El único organismo público del Poder Ejecutivo que no está adscrito a un ministerio es el Instituto de Investigaciones de la Amazonia Peruana – IIAP. Esta entidad antes era un Organismo Público Descentralizado adscrito al Ministerio de la Producción, pero la Ley N°. 28168 la excluyó de este sector. La referida ley ha introducido una nueva fórmula legal estableciendo que el IIAP “se relaciona con el Gobierno Nacional a través del Ministerio de la Producción”. Al parecer lo que se pretendió con esta ley era otorgar a esta entidad una autonomía orgánica y funcional reforzada.

⁴⁴ Entre ellos se encuentran el Banco Central de Reserva del Perú - BCRP y la Superintendencia de Banca, Seguros y

funcional de los entes instrumentales consiste en la libertad que tiene una entidad para desarrollar e implementar políticas y prácticas públicas en el marco competencial que le asigna la ley, pero siempre sometida a los planes y directrices del gobierno. Esto jamás debe suponer que un ente instrumental deba dar cabida a órdenes singulares y arbitrarias que atenten contra los fines para los cuales fue creado. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el principal responsable funcional del incumplimiento de los objetivos de un organismo público será siempre su titular, y por ello él debe velar por la legalidad, eficacia y transparencia de las acciones de la entidad que dirige.

En la línea de lo expuesto, a diferencia de la relación de jerarquía que existe entre los órganos inferiores y superiores al interior de una misma entidad pública, el incumplimiento de las directivas del ministerio no acarrea responsabilidad disciplinaria de las personas al mando de la Administración descentralizada. A lo sumo en estos casos, la entidad matriz podrá prescindir de los servicios del titular de la entidad.

Ahora bien, somos de la opinión que la autonomía funcional en los organismos instrumentales debería implicar una relación de complementariedad con la Administración nuclear con el objeto de abarcar una competencia de forma plena y evitar duplicidad de funciones. Esta complementariedad se debería concretar en la asignación a la Administración matriz (ministerios) de las funciones de dirección, planificación y supervisión del sector; mientras que la Administración instrumental debería encargarse de la ejecución de las políticas públicas.

Existe un grupo de organismos públicos que en los últimos años ha ido reforzando su autonomía funcional, con el objetivo de ser independientes de la influencia política del gobierno, pero que aún, normativa e institucionalmente, siguen manteniendo relaciones de dependencia funcional respecto de órganos políticos del gobierno. Tal es el caso de CONASEV, INDECOPI y los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos, los cuales teóricamente deberían constituirse como autoridades independientes, pero que en la práctica siguen siendo consideradas organismos públicos descentralizados y sus actividades permanecen fuertemente influenciadas por el gobierno. Sobre esto profundizaremos más adelante, en el apartado referido a las autoridades independientes.

De otro lado, cabe señalar que, a pesar de ser referidas de forma independiente por la mayoría de normas que crean o regulan a las administraciones autónomas del Poder Ejecutivo, la autonomía funcional y la autonomía administrativa significan lo mismo. En términos prácticos estamos ante sinónimos que implican tener libertad de gestión, respecto de la Administración matriz, para la realización de determinadas funciones.

4.3. Autonomía en la gestión de personal.

Los organismos autónomos gozan de libertad en la gestión de los trabajadores respecto a la Administración central. En tal sentido, cuentan con una total libertad para diseñar y ejecutar sus políticas de gestión de personal, dentro de los límites que establece la ley. El diseño de los puestos de trabajo, la definición de perfiles, la incorporación, movilidad y salida de trabajadores, entre otros temas, son gestionados de forma autónoma por estos

entes. Ellos gozan de libertad respecto de la promoción y carrera de sus trabajadores sin someterse a normativas generales de empleo público.

Ahora bien, el hecho que estos entes cuenten con autonomía en la gestión de personal no quiere decir que, en la práctica, no exista injerencia política en la designación de trabajadores y otros aspectos, lo que se deriva de la pésima regulación de empleo público en su conjunto.

Los principales límites en gestión de personal a los que deben sujetarse los organismos autónomos provienen de la normativa presupuestal y de racionalización en el gasto, emitidas por el Congreso de la República y el gobierno (en este último caso a través de decretos de urgencia y reglamentos de normas presupuestales)⁴⁵. Así por ejemplo, el Poder Ejecutivo aprueba las escalas remunerativas y los Cuadros de Asignación de Personal (CAP) de las entidades, por Decreto Supremo y Resolución Suprema, respectivamente⁴⁶. El CAP es la herramienta que establece el número de cargos que integran una entidad y, por consiguiente, limita el número de trabajadores que la integran.

Sobre las normas de austeridad y racionalización en el gasto, habría que

señalar que su emisión ha sido bastante frecuente en los últimos años y, por lo general, se han centrado en recorte de salarios y limitaciones a la contratación de personal laboral nuevo⁴⁷. Solo los organismos constitucionalmente autónomos han podido “escaparse” de los recortes y limitaciones a la gestión de personal que imponían estas normas debido a que su autonomía era recogida por la constitución y regulada por leyes orgánicas.

Otro aspecto que cabe señalar es que en la actualidad, la totalidad de las administraciones autónomas están sujetas al régimen laboral de la actividad privada, aunque existen algunas pocas que cuentan con personal que se sujeta al régimen laboral público regulado por el Decreto Legislativo N°. 276. La existencia de un régimen mixto, en la práctica ha ocasionado serios problemas para una adecuada gestión de personal en aquellas entidades que lo sufren⁴⁸.

Respecto del sistema de designación de los miembros de los consejos directivos y titulares de la entidad de estas entidades, habría que decir que éste es heterogéneo y en todos los casos es efectuado por el gobierno. En sí, este es uno de los rasgos que permiten saber si estamos ante una Administración autónoma de carácter instrumental o una autoridad independien-

Administradoras Privadas de Pensiones - SBS.

⁴⁵ En los últimos años las normas emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas que reglamentan la gestión presupuestal de estas entidades, han establecido una serie de limitaciones a la contratación de personal nuevo. A esto hay que sumar las leyes o decretos de urgencia que disponen pautas de austeridad y racionalidad en el gasto del sector público, las cuales han sido una regla en los últimos años.

⁴⁶ La Cuarta Disposición Transitoria de la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N°. 28411, contempla la aprobación de las escalas remunerativas de estas entidades, mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas. Por su parte, el artículo 15° del Decreto Supremo N°. 043-2004-PCM establece que los CAP de los organismos públicos del Poder Ejecutivo se aprueban por Resolución Suprema refrendada por el titular del sector.

⁴⁷ Habría que preguntarse cuál ha sido el efecto de estas normas en la mejora de la calidad en la ejecución del gasto público ha sido importante y si éstas han ayudado a conseguir una gestión pública más eficiente.

⁴⁸ En la mayoría de los casos este hecho se debe a que dichas entidades absorbieron o eran un órgano desconcentrados de algún ministerio, cuyo personal por mandato legal se sujetaba al régimen laboral público.

te respecto del gobierno.

4.4. Autonomía financiera.

La autonomía financiera de los organismos públicos del Poder Ejecutivo debe interpretarse en el marco de las disposiciones de la Ley Marco de Administración Financiera del Sector Público, Ley N° 28112, y a los cuatro sistemas que la integran: presupuesto, tesorería, endeudamiento y contabilidad⁴⁹. En estricto, la Administración Financiera del Sector Público comprende “el conjunto de normas, principios y procedimientos utilizados por los sistemas que lo conforman y, a través de ellos, por las entidades y organismos participantes en el proceso de planeamiento, captación, asignación, utilización, custodia, registro, control y evaluación de los fondos públicos”⁵⁰. La autoridad central de los sistemas es el Ministerio de Economía y Finanzas⁵¹.

El sustento de este sistema único, universal e integrado de la Administración Financiera del Estado, proviene del artículo 77° de la constitución política, el cual dispone que:

“La Administración económica y

financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas.

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización (...).”

En consecuencia, la autonomía financiera de los organismos públicos del poder ejecutivo consistirá en la capacidad de gestionar los recursos públicos que presupuestalmente le corresponden, en el marco de las normas, principios y procedimientos utilizados por los cuatro sistemas que lo conforman. Así las cosas, estas entidades no tienen independencia para ejecutar ingresos, realizar gastos o generar deuda pública, ya que deben someterse a los límites que impone las leyes y reglamentos vinculados con la Administración financiera del sector público.

En materia de elaboración y aprobación del presupuesto, las normas

⁴⁹ Sobre el particular, la Ley Marco de la Administración del Sistema Financiero contempla lo siguiente:

“Artículo 2°.- Alcance

Están sujetos al cumplimiento de la presente Ley, de las respectivas leyes, normas y directivas de los sistemas conformantes de la Administración Financiera del Sector Público, los organismos y entidades representativos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como el Ministerio Público, los conformantes del Sistema Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República, las Universidades Públicas, así como las correspondientes entidades descentralizadas.

También están comprendidos los Gobiernos Regionales a través de sus organismos representativos, los Gobiernos Locales y sus respectivas entidades descentralizadas.

Igualmente se sujetan a la presente Ley, las personas jurídicas de derecho público con patrimonio propio que ejercen funciones reguladoras, supervisoras y las administradoras de fondos y de tributos y toda otra persona jurídica donde el Estado posea la mayoría de su patrimonio o capital social o que administre fondos o bienes públicos.

En el contexto de la presente Ley entiéndase con la denominación genérica de entidades y organismos a todos aquellos mencionados en los párrafos precedentes”.

⁵⁰ Artículo 3° de la Ley Marco de Administración Financiera del Sector Público, Ley N° 28112.

⁵¹ Artículo 5° de la Ley Marco de Administración Financiera del Sector Público, Ley N° 28112.

vigentes establecen que la entidad debe elaborar un proyecto de presupuesto institucional, el cual es remitido a la Dirección Nacional de Presupuesto Público para su aprobación. Luego de un proceso de evaluación, que comprende las sustentaciones de la entidad, se aprueba un presupuesto consolidado. Este acto debe ser formalizado mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas⁵².

Posteriormente, la Dirección Nacional de Presupuesto Público expide un reporte oficial que contiene el desagregado del presupuesto de ingresos (incluyendo fuentes de financiamiento) y egresos de la entidad por función, programa, subprograma, actividad, proyecto, categoría de gasto, grupo genérico de gasto y fuente de financiamiento, para los fines de la aprobación del Presupuesto Institucional de Apertura. El presupuesto desagregado de la entidad es aprobado por el directorio (o titular de ser el caso) del organismo público⁵³.

En materia de ejecución presupuestal, el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección Nacional de Presupuesto Público, emite directivas que enmarcan la ejecución de ingresos y realización de gastos, a las cuales habría que sumar las disposiciones de racionalidad y austeridad en el gasto público que coyunturalmente suelen emitir los gobiernos de turno y otras que son incorporadas en las leyes anuales de presupuesto.

En lo referido a la realización de operaciones de deuda, estos organismos

públicos están sometidos a fuertes controles y reglas rígidas establecidas por la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, Ley N° 28563, y las correspondientes leyes anuales de endeudamiento para el sector público, las cuales centralizan en el Ministerio de Economía y Finanzas la autorización de sus operaciones de endeudamiento.

En virtud a lo manifestado, se puede afirmar que la autonomía financiera de estas entidades es bastante restringida.

5. LAS ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES.

Hasta este punto hemos hecho algunas referencias pasajeras respecto de las autoridades independientes y las diferencias que este tipo de organismos guardan frente al resto de administraciones autónomas que cumplen una función de tipo instrumental respecto al núcleo central del Poder Ejecutivo. En esta parte del trabajo nos ocuparemos de realizar un análisis más a fondo de este conjunto de entidades, las cuales tienen un grado de autonomía especial que las independiza del poder político del gobierno.

En primer lugar, hay que señalar que no todas las organizaciones que gozan de independencia con relación al gobierno forman parte del fenómeno de las administraciones independientes. Entidades como el Poder Judicial, el Congreso de la República, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo o la Contraloría General de la República constituyen “exigencias institucionales de pluralismo, del principio de distribución del poder político y del desempeño necesariamente

⁵² Numeral 3 del artículo 53° de la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411.

⁵³ Literal e) del Numeral 3 del artículo 53° de la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411.

independiente de determinadas funciones de enjuiciamiento o control, y que por ello, no guardan más que una relación lejana con el fenómeno que nos ocupa”⁵⁴. En la misma línea, se encuentran las autoridades que integran el sistema electoral: el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales –(ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)⁵⁵.

De otro lado, debe quedar claro que la condición de organismo constitucionalmente autónomo no es sinónimo de Administración independiente, en los términos teóricos que plantea el presente trabajo. No todos los organismos constitucionalmente autónomos forman parte del aparato administrativo del Estado ya que desarrollan actividades de otro tipo, como son las jurisdiccionales, legislativas, de defensoría de los ciudadanos, entre otras. Las administraciones independientes, en cambio, sí forman parte necesariamente del aparato administrativo del Estado, solo que no integran el Poder Ejecutivo ni ningún otro poder del Estado.

En concreto, las autoridades o administraciones independientes son organismos a los que se garantiza una autonomía cualificada frente al gobierno en razón de las funciones que tienen atribuidas, las cuales exigen que una neutralidad política de la entidad que las ejerza⁵⁶. En Francia estos organismos reciben la denominación de autoridad

administrativa independiente (*autorité administrative indépendante*), en Alemania se les llama institución autónoma (*funktionale selbstverwaltungsträger*) y en España se les conoce por autoridad independiente.

Los países del sistema de la *common law*, también emplean entidades autónomas para el desempeño de funciones públicas. Los *quangos* o *agencies* (agencias) son figuras con una larga tradición al interior de la Administración Pública en países como el Reino Unido o Estados Unidos de América. Aunque estas entidades han sido materia de diversas clasificaciones, la más importante es aquella que distingue entre agencias ejecutivas (*executive agencies*) y agencias independientes (*independent agencies*). Sin entrar en disquisiciones que no son materia del presente trabajo, se podría decir que las agencias ejecutivas se asemejan en algo a la Administración instrumental mientras que las agencias independientes guardan semejanza con las autoridades independientes⁵⁷.

Muchos autores conciben a las administraciones independientes como entes dotados de potestades de ordenación para la regulación de funciones de regulación sectorial y no general, que ejercen éstas en un régimen de no dependencia respecto del aparato administrativo del Estado⁵⁸. Esta última aproximación hace que identifiquemos

⁵⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Op.cit., p.728.

⁵⁵ Desde nuestro punto de vista, la RENIEC bien podría ser considerada una Administración independiente, el problema es que el artículo 177º de la Constitución la integra al Sistema Electoral. Sin embargo, sus funciones de registro de identificación y civil superan con amplitud los límites de la materia electoral. Existen muchas actividades públicas y privadas que nada tienen que ver con la justicia electoral o la realización de procesos electorales que requieren contar con la información gestionada por este organismo.

⁵⁶ SALVADOR MARTÍNEZ, María. Op.cit., p. 254-255.

⁵⁷ Ibid., p.335 y ss.

⁵⁸ GARCIA LLOVET, Enrique. *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*. En: Revista de Admi-

dentro de esta categoría a los organismos reguladores de sectores de importancia capital para la economía. No obstante, otros autores como Salvador Martínez consideran que las tareas que pueden desempeñar las autoridades independientes no solo se limitan a la regulación y la supervisión, sino que puede ser de lo más variada, idea con la cual estamos de acuerdo⁵⁹. Así pues, entidades como las universidades públicas, los organismos públicos de televisión y comunicaciones⁶⁰, los tribunales de defensa de la competencia con personería jurídica propia u otras entidades, podrían integrar este conjunto.

Lo importante para definir este tipo de entidades es su carácter no instrumental y la neutralidad política respecto del gobierno que requieren para su funcionamiento. Ambos aspectos se concretan, por lo general, en los siguientes tres planos:

- (i) Plano organizativo: estos organismos son personas jurídicas independientes del Poder Ejecutivo. No mantienen relación de tipo jerárquico con el poder ejecutivo y tampoco son sometidos a los poderes de dirección y control del gobierno.
- (ii) Plano funcional: la actividad que desarrollan es realizada sobre la base de normas con rango de ley y/o normas dictadas por las propias autoridades independientes. Las funciones de estas administraciones no son afectadas por la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.
- (ii) Plano de personal directivo: Un rasgo fundamental es que la designación de los

órganos rectores de estas entidades no depende del gobierno. Dicho mecanismo de nombramiento podrá ser distinto en cada Administración independiente pero, en ningún caso, otorga al gobierno el control de los órganos rectores al gobierno. Podrán existir representantes del poder ejecutivo integrando los órganos de dirección de estas administraciones, pero éstos jamás deberán controlar la toma de decisiones por sí solos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede sostener que el número de organismos públicos que cumplen con las características antes señaladas es bastante limitada (repetimos que no debemos comprender en este universo a las entidades que existen producto de la distribución del poder político o del desempeño independiente de determinadas funciones de enjuiciamiento o control). En concreto, solo el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP), la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS) y las universidades públicas son las únicas entidades que, en nuestro país, califican como autoridades independientes. Estas administraciones tienen un estatus de autonomía reforzada o independencia, reconocido por la Constitución Política y desarrollado por normas con rango de ley que garantiza su independencia orgánica y funcional del gobierno, así como que sus órganos de dirección sean neutrales y no estén sometidos directamente al poder político.

La autonomía del BCRP y la SBS

nistración Pública, N^o. 131, 1993, p.61 y ss.

⁵⁹ SALVADOR MARTÍNEZ, María. Op.cit., p. 255.

⁶⁰ Siempre que no estemos ante empresas pues ya nos encontraríamos ante otro supuesto organizacional que merece otro tipo de análisis.

está reconocida por en los artículos 84º y 87º de la Constitución Política, respectivamente. Si bien los artículos citados no desarrollan a plenitud las condiciones de la autonomía orgánica, funcional, presupuestal o de personal de estos organismos, dejando que sean sus leyes orgánicas las encargadas de esta cuestión, es relevante que su estructura y funcionamiento sean normados por este tipo de ley que posee una naturaleza reforzada, la cual solo puede ser modificada contando con más de la mitad del número legal de congresistas⁶¹. La obligación de regular la estructura y funcionamiento del BCRP y la SBS mediante una ley orgánica concretiza su carácter no instrumental y la neutralidad política de ambas entidades en los planos organizativo y funcional.

En el plano del personal directivo, la naturaleza independiente del BCRP y la SBS se materializa en el hecho que la Constitución establece un mecanismo de contrapeso entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República para designar a sus órganos de gobierno. Así, en el caso del BCRP, la norma constitucional establece que el directorio de esta entidad está conformado por siete miembros, cuatro de los cuales son designados por el Poder Ejecutivo, entre ellos el Presidente del Banco, mientras que al Congreso le

corresponde ratificar la designación del Presidente y designar a los tres directores restantes⁶². Por su parte, respecto a la SBS, la Constitución dispone que el Superintendente de este organismo debe ser nombrado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el Congreso de la República⁶³.

En el caso de las universidades públicas, el carácter no instrumental y la neutralidad política respecto al gobierno se encuentra plasmado en el artículo 18º de la Constitución, según el cual: “Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes”. Esta norma reconoce la autonomía en el plano organizativo, funcional, de órganos de gobierno, entre otros, lo que determina que las universidades públicas sean verdaderos organismos independientes de la Administración Pública central.

En la actualidad, nada impide que puedan existir administraciones independientes que no sean reconocidas constitucionalmente y, por lo tanto, que su estructura, funcionamiento y dirección puedan ser reguladas por una ley ordinaria, de forma que se impida la intervención del gobierno en estos ámbitos de gestión. No

⁶¹ Al respecto, el artículo 106º de la Constitución contempla lo siguiente:

“Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

⁶² Artículo 9º de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto Ley N.º. 26123.

“El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros.

El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente del Banco. El Congreso ratifica a éste, y designa a los tres restantes.

Los Directores del Banco son nombrados por un período de cinco años. No representan a entidad ni interés particular alguno. El Congreso puede removerlos por falta grave”.

⁶³ El último párrafo del artículo 87º de la Constitución Política establece que: “El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período

obstante, el problema que tendrían este tipo de entidades sería la precariedad y poca solidez de su independencia, ya que sus funciones, organización o dirección podrían ser modificadas contando con una mayoría simple fácil de conseguir por el gobierno de turno.

5.1. El problema de la autonomía financiera.

¿Es posible hablar de administraciones independientes si no cuentan con una real autonomía financiera o al menos de una garantía de financiación para el adecuado desarrollo de sus actividades? No cabe duda que el ejercicio independiente de las funciones por parte de estas entidades se puede ver maniatado si sus ingresos son aprobados o condicionados de forma directa o indirecta por el Poder Ejecutivo.

Aunque la garantía de independencia económica es importante para no depender, en definitiva, del poder político y así realizar sus labores de forma técnica y neutral, sin presiones del Poder Ejecutivo o el Congreso de la República, ésta no ha sido un elemento desarrollado a profundidad por la doctrina que estudia a las administraciones independientes. En la práctica, es evidente que el principio de unidad presupuestal ha hecho que la autonomía financiera pierda peso y sea considerada como una garantía de segundo nivel. Así, el análisis sobre la independencia de estos organismos se ha concentrado en los aspectos de las autonomías orgánica, funcional y de personal.

A nivel comparado, Alemania es uno de los pocos casos en los que los ingresos de estos organismos no dependen

del gobierno ni del parlamento. En este país, “el legislador está obligado a asegurar que todas las ‘instituciones autónomas’ se financien de forma autónoma y dispongan de medios necesarios para cumplir sus funciones. El sistema de financiación establecido es diferente dependiendo de la forma jurídico - pública que se haya dado a la *selbstverwaltungsträgern*: si se trata de corporaciones, los ingresos provienen de las cuotas de los miembros; en el caso de las instituciones, éstos proceden de las tasas que cobran a los usuarios de los servicios que prestan. Otros ingresos pueden provenir de la contraprestación de actividades, de rentas de patrimonio y, sólo de forma excepcional y siempre que esté justificado, de ayudas o subvenciones estatales”⁶⁴. Pero, sin lugar a dudas, el hecho más relevante del caso alemán es que las administraciones independientes cuentan de una autonomía presupuestal reforzada que se basa en tener un presupuesto propio, aprobado por ellas mismas.

Regresando al caso peruano, tendríamos que incidir en el hecho que los principios de unidad presupuestal y universalidad han tenido una aplicación preeminente y, en ocasiones, excesiva que ha reducido la autonomía presupuestal o financiera que ostentan no sólo las autoridades independientes (BRCP, SBS y universidades) sino otros organismos constitucionalmente autónomos (Contraloría General de la República, Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, etc.).

Los principios de unidad presupues-

constitucional. El Congreso lo ratifica”.

⁶⁴ SALVADOR MARTÍNEZ, María. Op.cit., p. 364.

tal y universalidad son reconocidos por el artículo 77° de la Constitución que establece: “La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas”. A nivel legislativo, el artículo V del Título Preliminar de la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N.º. 28411, regula los principios de unidad y universalidad disponiendo que: “Todos los ingresos y gastos del Sector Público, así como todos los Presupuestos de las Entidades que lo comprenden, se sujetan a la Ley de Presupuesto del Sector Público”.

Como bien señala Morón, “existe un consenso a favor del principio de la unidad presupuestal sobre el principio de autonomía (presupuestal), ya que el primero significa el manejo unificado de la economía o de la parte oficial de la misma, la existencia de unos fines y objetivos comunes a todos los presupuestos que se

ponen en vigor anualmente, así como la búsqueda de una hacienda pública coherente, coordinada, en la cual las acciones responden a patrones comunes, mientras que el criterio de autonomía ofrece a las entidades la separación financiera (...)”⁶⁵. Ahora bien, dicho consenso o postura no tendría porque prevalecer en el futuro, ya que se podría buscar fórmulas nuevas que no anulen la autonomía presupuestal que la Constitución reconoce a entidades como el BCRP, la SBS y las universidades públicas.

Es cierto que la Constitución reconoce la autonomía financiera de las universidades públicas⁶⁶ y que conforme a las leyes orgánicas del BCRP y de la SBS ésta se encuentra bien regulada⁶⁷ y tiene una intensidad casi parecida a la que existe en Alemania. Incluso se ha otorgado a estas dos últimas entidades la potestad de aprobar sus propios presupuestos institucionales, así como autorregular sus respectivos procesos presupuestarios⁶⁸. Esto último no ocurre con las universidades públicas cuyo

⁶⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Los fundamentos constitucionales de la Administración financiera peruana*. En: Themis – Revista de Derecho, segunda época, No. 39, Lima, 1999, p. 184.

⁶⁶ Esto se observa en el citado artículo 18 de la Constitución Política.

⁶⁷ La Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, Decreto Ley N.º. 26123, contempla respecto de la autonomía presupuestal de esta entidad lo siguiente:

“Artículo 86°.-El Banco cuenta con autonomía presupuestal. Este es responsable de la programación, formulación, aprobación, ejecución, ampliación, modificación y control del presupuesto institucional”.

Por su parte y en esa misma línea, *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*, Ley N.º. 26702, señala lo siguiente:

“Artículo 373°.- Presupuesto de la Superintendencia.

El presupuesto de la Superintendencia será aprobado por el Superintendente de Banca y Seguros, quien tendrá a su cargo la Administración, la ejecución y el control del mismo, y será cubierto mediante contribuciones trimestrales adelantadas a cargo de las empresas supervisadas.

La Contraloría General tendrá a su cargo el control de la ejecución presupuestal de la Superintendencia”.

⁶⁸ En lo referido a la autorregulación del proceso presupuestario de estos organismos, la Décima Disposición Final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N.º. 28411 señala que: “El Banco Central de Reserva del Perú y la Superintendencia de Banca y Seguros rigen su proceso presupuestario de conformidad con sus Leyes Orgánicas, en el marco de lo dispuesto por los artículos 84° y 87° de la Constitución Política, debiendo, trimestralmente, presentar a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República, a la Contraloría General de la República y a la Dirección Nacional del Presupuesto Público, las evaluaciones presupuestarias respectivas”.

presupuesto institucional debe superar un trámite de aprobación complejo, el mismo que implica presentar un proyecto de presupuesto que debe ser integrado al proyecto de Presupuesto del Sector Público y, luego, someterse a que el Congreso de la República apruebe las asignaciones presupuestarias para cada universidad⁶⁹.7

No obstante, a pesar de lo señalado en el párrafo precedente, no es extraño que el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo a través de leyes y decretos de urgencia, respectivamente, les impongan medidas de austeridad y racionalidad en el gasto que recorten los presupuestos o limiten su capacidad de ejecución presupuestal, restringiendo su autonomía financiera. En ese sentido, coincidimos con Morón cuando manifiesta que “la preeminencia de la unidad presupuestaria, lamentablemente, ha derivado en el vaciamiento de la autonomía presupuestal de las entidades públicas, salvo para el Congreso (...)”⁷⁰.

De otro lado, a fin de tener en cuenta el desarrollo y crecimiento que pueda tener el conjunto de estas entidades, se debe tener en cuenta que la limitación a la autonomía financiera suele afectar de forma distinta a las administraciones independientes, ya que esto dependerá de

las funciones que desarrollan. Como bien señala Magide Herrero, “la dependencia financiera no condiciona del mismo modo la actividad de una ‘autoridad independiente’ encargada de regular o supervisar un sector privado y asesorar al gobierno que la actividad de una ‘autoridad’ encargada de prestar un servicio como el de la educación o la radiotelevisión, pues en estos casos, la prestación del servicio depende directamente de los medios económicos de que disponga el organismo”⁷¹.

5.2. En búsqueda de la independencia: reguladores, radiotelevisión pública e INDECOPI.

Existen administraciones que por razón de las funciones que realizan deberían ser consideradas independientes, no obstante lo cual, mantienen un vínculo de instrumentalidad con el Poder Ejecutivo. En este grupo se encuentran los organismos reguladores como CONASEV, SUNASS, OSIPTEL, OSINERG y OSITRAN, las cuales, lamentablemente, no gozan de neutralidad política y aún son considerados organismos públicos descentralizados del Poder Ejecutivo⁷².

En efecto, el artículo 2º de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos,

⁶⁹ La Ley Universitaria, Ley Nº. 23733, sobre el particular regula lo siguiente:

“Artículo 84º.- Cada Universidad pública elabora su proyecto de presupuesto anual lo remite a la Asamblea Nacional de Rectores antes del 30 de junio de cada año (,,). La Asamblea Nacional de Rectores formula el proyecto que le corresponde. Todos los proyectos y solicitudes deberán ser fundamentados.

La Asamblea Nacional de Rectores eleva dichos proyectos y solicitudes, acompañados de la información que los sustenta al Poder Ejecutivo, antes del 10 de agosto para su inclusión en el proyecto del Presupuesto del Sector Público. Las asignaciones presupuestarias de cada Universidad son determinadas por el Poder Legislativo, sobre la base de las propuestas y información recibida (...)”.

⁷⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op.cit., p. 184.

⁷¹ SALVADOR MARTÍNEZ, María. Op.cit., p.309.

⁷² No se debe identificar a los organismos reguladores con los organismos reguladores de los servicios públicos. Este es un error en el que se incurre por lo general. Así por ejemplo, la CONASEV es un organismo regulador que norma, supervisa y controla el mercado de valores en nuestro país.

Ley N.º. 27332, establece que SUNASS, OSIPTEL, OSINERG y OSITRAN “son 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”. Ahora bien, en tanto organismos públicos del Poder Ejecutivo, como ya hemos visto de forma precedente, los alcances de su autonomía están muy lejos de permitir que estas entidades sean consideradas administraciones independientes. Lo mismo acontece con la CONASEV que depende directamente del Ministerio de Economía y Finanzas y tiene una autonomía bastante limitada. En otras palabras, estas entidades no dejan de estar concebidas como organismos instrumentales del Poder Ejecutivo, los cuales no tiene una garantía plena para desempeñar sus funciones de forma neutra al poder político.

A pesar de que actualmente, la Ley N.º. 27332 establece un período fijo de duración de cinco años para ejercicio de las funciones de los miembros de los consejos directivos de SUNASS, OSIPTEL, OSINERG y OSITRAN, así como ha establecido causales más rigurosas para su remoción que supone una suerte de garantía para el desempeño de cargo sin presiones políticas, estas medidas son insuficientes para sostener que estas entidades tienen órganos directivos neutros e independientes del gobierno. Para acreditar esta afirmación, basta decir que la designación de todos los miembros de los consejos directivos de estas entidades sigue siendo una atribución discrecional del

gobierno. En efecto, el artículo 6º de la referida ley establece que el consejo directivo de estos organismos: “estará integrado por 5 (cinco) miembros 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 económica regulada”. Lo mismo acontece con la CONASEV, cuyo directorio se compone de nueve miembros, todos nombrados por resolución suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas⁷³.

Otra entidad que consideramos debería estar comprendida en este conjunto de organismos del Poder Ejecutivo que deben avanzar a su conversión como administraciones independientes es el INDECOPI. El asunto, sin embargo, es definir cuales de las actuales funciones a su cargo que merecen ser ejercidas con una autonomía reforzada. En principio, parece claro que todas aquellas relacionadas con la resolución de controversias en materia de libre y leal competencia, protección al consumidor y reestructuración patrimonial deberían ser ejercidas por una Administración independiente.

Finalmente, otra entidad que siempre está en permanente cuestionamiento y es acusada de ser empleada en beneficio del gobierno y el partido político que representa, es el Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú – IRTP. La experiencia comparada nos demuestra como la garantía de independencia del poder político ha hecho que las entidades públicas de radio y televisión brinden servicios de calidad y permitan una

⁷³ Esto está regulado por el artículo 4º del Decreto Ley N.º. 26126 que aprueba el Texto Único Concordante de la Ley Orgánica de la Comisión Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV.

adecuada difusión de la información y cultura. Un ejemplo de esto es “Radiotelevisión Española - RTVE” que constituye un caso emblemático de las administraciones independientes en España.

6. REFLEXIONAES FINALES.

Es imprescindible que exista un marco legal claro y unificado que permita a los ciudadanos comprender las características, competencias y funciones de las entidades públicas. En él deberá definirse los alcances de la autonomía de los organismos públicos de Poder Ejecutivo y de las autoridades independientes.

De otro lado, la realidad nos demuestra que el uso dado por el legislador al término autonomía ha deteriorado su contenido legal y casi ha producido su vaciamiento. Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, existen una serie de entidades que gozan de manera declarativa de autonomía funcional, orgánica, para la gestión de personal o financiera, pero que, en la práctica, no son más que organismos dependientes del Poder Ejecutivo que deben someterse a leyes que regulan la

administración financiera del Estado, leyes y normas de austeridad en el gasto público, leyes sobre empleo público, entre otras. Esta circunstancia conlleva a que ahora se acuñe el término de independencia con el fin de superar el uso abusivo e inadecuado que se ha dado al de autonomía.

Finalmente, es necesario que a corto plazo se defina que entidades, actualmente catalogadas como organismos públicos descentralizados, deberían ganar independencia y neutralidad respecto del poder político. Es cierto que se ha debatido, al más alto nivel, la posibilidad que los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos sean considerados organismos constitucionalmente autónomos. También han existido opiniones favorables sobre la independencia de INDECOPI, CONASEV y CONSUCODE. Sin embargo, éstas han sido discusiones aisladas que no se han planteado como parte de un rediseño de la estructura de la Administración Pública peruana y las relaciones que existen entre las distintas organizaciones públicas.