

CARTA No 068-2020-BFE

Lima, 27 de mayo de 2020

Señores
ASOCIACIÓN MARÍTIMA DEL PERÚ- ASMARPE
Av. Camino Real 479
San Isidro.-

Ref.: Informe Legal sobre Decreto Legislativo No. 1492

De nuestra consideración:

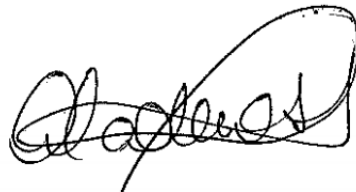
Nos es grato hacerles llegar el Informe Legal emitido sobre el Decreto Legislativo No. 1492 - Decreto Legislativo que aprueba disposiciones para la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior.

Quedamos a su disposición para cualquier consulta o información adicional sobre el particular.

Atentamente,



Alejandro Falla J.



Andrea Cadenas C.

INFORME LEGAL

Asunto : Opinión legal sobre el Decreto Legislativo No. 1492 - Decreto Legislativo que aprueba disposiciones para la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior

CONTENIDO

I. RESUMEN EJECUTIVO	3
II. SOBRE EL DECRETO LEGISLATIVO 1492	6
II. 1 Disposiciones vinculadas a la digitalización de los procesos de los operadores de comercio exterior	6
II. 2 Disposiciones vinculadas a los contratos de transporte marítimo internacional	10
III. ANÁLISIS DE CONSISTENCIA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1492 CON LA LEY 31011 Y LAS REGLAS DE LA HAYA	12
III. 1 El Decreto Legislativo ha excedido las facultades delegadas	12
III.2 El Decreto Legislativo 1492 contraviene las Reglas de la Haya.....	16
IV. EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD	17
IV. 1 Metodología de Análisis de Impacto Regulatorio	20
IV. 2 El Test de Proporcionalidad.....	23
V. EVALUACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO 1492 VINCULADAS A LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL	26
V.1 Sobre la contratación del servicio de transporte marítimo internacional....	28
V.2 Paso 1: EL DL 1492 no se encuentra debidamente justificado	29
V.3 Paso 2: Existen medidas alternativas para resolver los eventuales problemas de información para el segmento de los consumidores finales.....	40
VI. CONCLUSIONES	47

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. A partir de una revisión del Decreto Legislativo No. 1492 - Decreto Legislativo que aprueba disposiciones para la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior (“DL 1492”) es posible agrupar sus principales disposiciones en dos grupos: (i) disposiciones destinadas a establecer la digitalización de las operaciones de comercio exterior, contenidas en el Capítulo II de la norma; y, (ii) disposiciones referidas al contrato de transporte marítimo internacional, contenidas en el Capítulo III.
2. Las disposiciones del DL 1492 relativas a la digitalización establecen reglas destinadas a que los operadores de forma progresiva incorporen en sus procesos, sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos necesarios para la validación de documentos asociados al transporte marítimo. Ello, sin perjuicio de que el uso de documentos físicos en papel se mantendría como una alternativa excepcional.
3. Dados los cambios requeridos al interior de las empresas para lograr el paso a la digitalización, la implementación progresiva de la medida de parte de los operadores será ejecutada en el tiempo, más allá de la vigencia del estado de emergencia motivado por el COVID-19. Sin perjuicio de ello, estas disposiciones han sido motivadas por el objetivo de evitar el desplazamiento de las personas y reducir el riesgo de contagio del COVID-19.
4. Las disposiciones del DL 1492 vinculadas a los contratos de transporte marítimo internacional desarrollan cuáles son los términos que deberían incorporarse en dichos contratos, el contenido que deben tener los documentos de transporte, la extensión de la responsabilidad del transportista y el alcance de la obligación de pago de los dueños, consignantes o consignatarios de la carga. Estas disposiciones buscan regular y modificar las reglas aplicables a los contratos de transporte marítimo internacional en el largo plazo.
5. Las medidas de digitalización y regulación del contenido de los contratos de transporte internacional marítimo de mercancías del DL 1492 han sido emitidas por el Poder Ejecutivo excediendo las facultades que le fueran delegadas por el Congreso de la República (“Congreso”), pues regulan materias que van más allá de las medidas necesarias para prevenir, controlar y mitigar los efectos de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19. Por lo tanto, dichas disposiciones contravienen el artículo 104° de la Constitución Política del Perú (“la Constitución”) y son inconstitucionales.
6. La Ley No. 31011 (“Ley Autoritativa”) no ha otorgado facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre materias vinculadas al comercio exterior que no se encuentren directamente vinculadas con la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 o que se extiendan más allá del contexto de dicha emergencia.
7. Aun cuando las disposiciones vinculadas a promover la digitalización han sido motivadas por la necesidad de evitar el contagio y la propagación del COVID 19, estas medidas exceden la delegación de facultades emitidas por el Congreso. Ello, en tanto, si bien se encuentran destinadas a prevenir y mitigar los efectos de la pandemia, tienen vocación de permanencia y, por tanto, se extenderían temporalmente más allá del estado de emergencia o incluso de los efectos del COVID 19.

8. No obstante, lo anterior, el objetivo de estas normas es consistente con la protección de la salud y la promoción del comercio exterior, fines constitucionalmente protegidos. Además, también buscarían reducir futuras externalidades por el brote de nuevas enfermedades y reducir costos de transacción en la cadena logística. Tomando en cuenta dichos objetivos y en la medida en que se ha previsto una implementación progresiva que reconoce la libertad de los operadores para organizar sus procesos internos, la medida podría haber resultado válida y razonable. Sin embargo, las disposiciones vinculadas a la digitalización no se ajustan a la Ley Autoritativa y contravienen la Constitución, en tanto habrían sido emitidas con vocación de permanencia.
9. Las disposiciones del DL 1492 vinculadas con los contratos de transporte marítimo internacional no buscan mitigar los efectos del COVID 19 y son medidas que tienen alcance general y permanente. La modificación del régimen de los contratos de transporte marítimo internacional excede la finalidad buscada con el otorgamiento de facultades normativas, esto es, la mitigación de los efectos de la crisis provocada por la propagación del COVID-19. Por tanto, dichos extremos del DL 1492 contravienen la Ley Autoritativa y la Constitución.
10. Además, las disposiciones del DL 1492 vinculadas a los contratos de transporte marítimo internacional también contravienen las Reglas de la Haya¹, tratado que, a la fecha, es vinculante para el Estado Peruano. Las Reglas de la Haya disponen que la responsabilidad del transportista dentro del contrato de transporte marítimo internacional se extiende desde el embarque de las mercancías hasta su descarga.
11. Sin perjuicio de lo anterior, se ha evaluado si las medidas vinculadas a los contratos de transporte marítimo internacional encontrarían sustento en algún objetivo constitucionalmente protegido y si hubieran resultado razonables, de haber sido autorizadas por las facultades delegadas.
12. Tomando en cuenta la metodología reconocida para el Análisis de Impacto Regulatorio ("AIR"), así como el test de proporcionalidad reconocido por el Tribunal Constitucional, las disposiciones en cuestión no superan dicho test y, por tanto, resultan inconstitucionales.
13. Ello pues: (i) las disposiciones del DL 1492 que afectan los contratos de transporte marítimo internacional no se encuentra debidamente justificadas pues buscan atender un supuesto problema de asimetría de información que no se encuentra presente en la mayoría de las operaciones de transporte internacional; y, (ii) si asumiéramos que lo que se busca es proteger a los consumidores finales, existirían otras medidas alternativas menos lesivas. Por tanto, la intervención del DL 1492 resulta desproporcional al restringir indebida e injustificadamente la libertad de contratar y la libre iniciativa privada de los agentes.

(i) EL DL 1492 no se encuentra debidamente justificado
14. Contrariamente a lo que exige el principio constitucional de participación democrática y la Ley² y el Reglamento de la Ley marco para la producción y

¹ Convención para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque.

² Ley No. 26889.

sistematización legislativa³, el proyecto del DL 1492 no fue divulgado para comentarios ni contiene una Exposición de Motivos publicada. Dicha exposición de motivos tendría que haber contenido el análisis costo-beneficio de la norma y los objetivos específicos que se buscan atender.

15. Sin embargo, de una revisión del DL 1492, es posible identificar que el fin buscado por el Capítulo III de la norma sería principalmente reducir problemas de información y transparencia que afectarían a los operadores de la cadena logística y a los usuarios, importadores y exportadores. Ello habría justificado la intervención del DL 1492 en el alcance de los contratos de transporte marítimo.
16. Conforme al marco constitucional aplicable, sólo de forma excepcional y justificada se pueden establecer limitaciones normativas que invadan la esfera de la autonomía privada de los agentes en el mercado. La potestad reguladora del estado debe ser limitada y solo puede aplicarse cuando existan razones de interés público. Dichas razones deben justificarse por la presencia de una falla de mercado, como la presencia de altos costos de transacción o asimetría de información en las relaciones entre proveedores y consumidores finales.
17. Siendo ello así, el fin buscado por el Capítulo III del DL 1492 no se encontraría sustentado en un fin constitucionalmente protegido. No existe evidencia de que existan problemas de asimetrías de información o altos costos de transacción entre los agentes de la cadena logística del comercio exterior. Los importadores, exportadores, líneas navieras y operadores logísticos que intervienen en las transacciones de comercio internacional pueden ser calificados como empresarios sofisticados y especializados que cuentan con información sobre las operaciones vinculadas a su negocio, como el transporte marítimo y los servicios complementarios a él.
18. En el pasado se han discutido iniciativas similares al DL 1492 que, en aras de reducir supuestos problemas de información entre los agentes del comercio exterior, han pretendido modificar el contenido y las reglas aplicables a los contratos de transporte marítimo internacional. Tal es el caso del Proyecto de Ley No. 4451-2014-CR⁴ que buscó modificar la definición de los contratos de transporte marítimo internacional en el mismo sentido que el DL 1492; y, del Proyecto de Ley 1885-2012 aplicable al transporte aéreo que tenía como objetivo el “*sinceramiento del concepto ‘flete’*”⁵. En ambos casos, entidades como el Indecopi y el Ministerio de Economía y Finanzas consideraron que estas iniciativas o no resultaban necesarias o no se encontraban debidamente sustentadas.
19. Cabe señalar que, en este caso, tampoco existe evidencia de monopolios o situaciones de falta de competencia que podrían justificar la regulación emitida. Asimismo, no resultaría válido justificar el DL 1492 en la necesidad de corregir supuestos desbalances en la negociación de acuerdos privados. Una intervención que pretenda “corregir” o “mejorar” la posición negociadora de una de las partes en una relación contractual privada no resultaría constitucionalmente legítima.

(ii) Existen medidas alternativas para brindar información a los consumidores finales

³ Aprobado mediante Decreto Supremo No. 008-2006-JUS.

⁴ Proyecto de Ley No. 4451/2014-CR presentado por la Congresista Natalie Condori Jahuirá el 23 de abril de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/3bQJdbs>

⁵ Proyecto de Ley 1885-2012, p. 7 y 9.

20. El único objetivo constitucionalmente válido que podría perseguir una regulación que busque brindar mayor transparencia e información en el mercado, debería estar orientado a reducir las asimetrías de información existentes entre proveedores y consumidores finales.
21. Siguiendo la metodología del AIR y si asumiéramos que lo que busca el DL 1492 es proteger solo a los consumidores finales, correspondería primero definir cuál sería el escenario base, es decir, el contexto regulatorio (estatal o no estatal) en el que se habría insertado la norma. Esto, a fin de verificar si su aprobación resultaba necesaria o no.
22. En la actualidad existen medidas que buscan aportar mayor transparencia, información y protección a favor de los usuarios, consumidores finales. Tales medidas han sido aprobadas por el Estado y se refieren a la aplicación de las normas de protección al consumidor; a la implementación de plataformas de acceso público con información de servicios como el “Módulo de Información sobre los Servicios de Logística de Comercio Exterior” (MISLO), según lo establecido en la Ley 30809 que modificó la Ley 28977 – Ley de Facilitación del Comercio Exterior; así como, a las guías orientativas del MINCETUR. Además, también existen medidas voluntarias y de autorregulación que han sido introducidas por los operadores de la cadena logística del transporte y comercio internacional, como el CallaoOnline.
23. Tomando en cuenta lo anterior, desde un punto de vista constitucional, podría afirmarse que el DL 1492 resultaría inconstitucional al existir ya en ejecución medidas destinadas a reducir la asimetría informativa que podría estar presente en algunas relaciones de transporte marítimo internacional, que cumplen con el objetivo buscado sin restringir la libertad de contratar de los agentes. En ese sentido, el DL 1492 no cumpliría con ser necesario.
24. En esa línea, siendo que una posibilidad que se debe tomar en cuenta en el AIR es la opción de no adoptar una medida regulatoria o una nueva medida reguladora distinta o adicional a las existentes, en este caso la opción de no regular habría resultado la más adecuada. En efecto, dado el menú de opciones disponibles, el DL 1492 no habría resultado necesario ni para proteger a los usuarios experimentados ni para proteger a los consumidores finales.

II. SOBRE EL DECRETO LEGISLATIVO 1492

25. A partir de una revisión del DL 1492 es posible agrupar las principales disposiciones en dos grupos: (i) disposiciones destinadas a establecer la digitalización de las operaciones de comercio exterior y (ii) disposiciones referidas al contrato de transporte marítimo internacional.

II.1 Disposiciones vinculadas a la digitalización de los procesos de los operadores de comercio exterior

26. El Capítulo II sobre “*Reactivación, Continuidad y Eficiencia de las operaciones logísticas de comercio exterior*” del DL 1492 contiene medidas para la digitalización de procesos logísticos a cargo del sector público y privado.

27. En el caso del sector público, los artículos 5° y 6° de dicha norma establecen que las entidades públicas que participen en procesos vinculados a la cadena logística de comercio exterior *“deben automatizar sus procesos, reemplazar documentos físicos por documentos digitales o digitalizados, e intercambiar datos entre ellas, a fin de evitar el desplazamiento de personas, así como para optimizar el uso de recursos públicos”*, siendo en tales casos *“la presentación de documentos en físico”* de carácter excepcional. Dados los cambios necesarios para cumplir con la automatización y digitalización de procesos, el referido artículo 5° del DL 1492 establece que dichas modificaciones se realizan *“de manera progresiva conforme a lo que señale el Reglamento”*⁶.
28. Asimismo, también se han incluido disposiciones similares aplicables a las inspecciones de las entidades de control con competencias en comercio exterior, señalándose que *“las entidades públicas competentes establecen mecanismos de gestión de riesgo, y efectúan fiscalización posterior respecto de la veracidad de la documentación presentada por medios electrónicos”*⁷.
29. En cuanto a los agentes privados, el artículo 7° del DL 1492 contiene las siguientes reglas:
- (i) El artículo 7.1.⁸ establece que para efectos de brindar sus servicios **los operadores de comercio exterior, incluidas las líneas navieras⁹, deben incorporar en sus procesos, sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos** alternos necesarios para la validación de documentos o información, tales como el uso de documentos digitales o

⁶ Artículo 5.- Digitalización de procesos de comercio exterior

5.1 Las entidades públicas que exijan o generen documentos o información relacionada a los procesos vinculados a la cadena logística de comercio exterior, incluyendo los servicios de transporte de carga y mercancías en general en todos sus modos, deben automatizar sus procesos, reemplazar documentos físicos por documentos digitales o digitalizados, e intercambiar datos entre ellas, a fin de evitar el desplazamiento de personas, a efectos de impedir la propagación de enfermedades, así como para optimizar el uso de recursos públicos, y disminuir los costos de transacción involucrados en las operaciones de comercio exterior. La presentación de documentos en físico es excepcional.

5.2 La implementación de lo establecido en el numeral 5.1 se realiza de manera progresiva conforme a lo que señale el Reglamento.

⁷ Artículo 6.- Inspecciones de las entidades de control con competencias en comercio exterior

6.1. A efectos de autorizar las inspecciones físicas para el ingreso de carácter sanitario, aduanero o de otra índole, las entidades públicas competentes no pueden exigir documentos originales, cuya copia simple digitalizada haya sido remitida por canales seguros que garanticen la identidad del administrado que realiza el trámite, tales como la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), el Sistema informático de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), u otros contemplados en la legislación vigente.

6.2. Las entidades públicas competentes establecen mecanismos de gestión de riesgo, y efectúan fiscalización posterior respecto de la veracidad de la documentación presentada por medios electrónicos de acuerdo con lo dispuesto en el numeral anterior, en concordancia con el artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

6.3. El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo acarrea responsabilidad administrativa de la máxima autoridad administrativa de la entidad pública correspondiente.

⁸ Artículo 7.- Digitalización de los procesos y trámites logísticos por parte del sector privado

7.1 Para efectos de brindar sus servicios, los operadores de comercio exterior que se encuentran bajo los alcances de la Ley General de Aduanas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1053, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Aduanas y sus modificatorias, deben incorporar en sus procesos, sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos alternos necesarios para la validación de documentos o información, tales como el uso de documentos digitales o digitalizados, entre otros, con el objeto de evitar el desplazamiento de personas con el consiguiente riesgo de contagio del COVID-19; así como para disminuir costos de transacción involucrados en las operaciones de comercio exterior como consecuencia de la pandemia, siendo excepcional, como mecanismo de contingencia, el uso de papel y el desplazamiento de personas para el traslado de documentos solo en casos estrictamente necesarios. El cumplimiento de esta obligación se efectuará de manera progresiva por operador, según lo señalado en el Reglamento.

⁹ Decreto Legislativo N° 1053, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Aduanas

Artículo 3.- Ámbito de aplicación

El presente Decreto Legislativo rige para todas las actividades aduaneras en el Perú y es aplicable a toda persona, mercancía y medio de transporte dentro del territorio aduanero.

digitalizados, entre otros, con el objeto de evitar el desplazamiento de personas con el consiguiente riesgo de contagio del COVID-19 y reducir costos de transacción en el contexto de la pandemia.

Como consecuencia de lo anterior, se establece expresamente que resultará **“excepcional, como mecanismo de contingencia, el uso de papel y el desplazamiento de personas para el traslado de documentos solo en casos estrictamente necesarios”**.

Para tales efectos, se ha establecido que el cumplimiento de esta obligación se efectuará de manera progresiva por operador, según lo señalado en el Reglamento.

En ese sentido, lo que se busca con esta disposición es promover el uso prioritario de medios digitales para la prestación de los servicios que afectan al comercio exterior, estableciéndose de forma excepcional el uso de papel y medios físicos. Además, se ha reconocido que la implementación de este tipo de mecanismos debe responder a las estrategias implementadas progresivamente por los operadores, la cual se deberá sujetar a lo que señale el Reglamento a emitirse.

- (ii) En línea con lo anterior, en el caso particular de las líneas navieras o sus representantes, el artículo 7.2 establece que dichos agentes *“deben poner a disposición de sus clientes y /o usuarios del servicio, sistemas u otros mecanismos electrónicos que faciliten el cumplimiento de sus procesos o trámites, necesarios para la autorización comercial de la entrega y/o embarque de la mercancía, así como para facilitar los trámites que correspondan para el recojo y/o devolución de contenedores, equipos u otros dispositivos utilizados para el desarrollo del transporte de carga y mercancías”*¹⁰.

En tal sentido, se ha establecido que **“no se requerirá la presentación física de copia u original del conocimiento de embarque u otro documento adicional como requisito previo para dicha autorización y/o embarque, debiendo verificarse la representación del dueño de la carga, consignante o consignatario, a través de medios electrónicos”**.

Tomando en cuenta lo señalado en el artículo 7.1 del DL 1492 antes referido, una vez completado el proceso de digitalización que será implementado progresivamente, la norma ha establecido que las líneas navieras no deberán requerir la presentación física de documentos para efectos de la autorización y/o embarque de las mercancías. De esa manera, en el futuro, la representación del dueño, consignante o consignatario de la carga se acreditará a través de medios electrónicos y sólo de forma excepcional y como método de contingencia se usarán soportes en papel.

¹⁰ 7.2 Las navieras o sus representantes deben poner a disposición de sus clientes y /o usuarios del servicio, sistemas u otros mecanismos electrónicos que faciliten el cumplimiento de sus procesos o trámites, necesarios para la autorización comercial de la entrega y/o embarque de la mercancía, así como para facilitar los trámites que correspondan para el recojo y/o devolución de contenedores, equipos u otros dispositivos utilizados para el desarrollo del transporte de carga y mercancías. En tal sentido, no se requerirá la presentación física de copia u original del conocimiento de embarque u otro documento adicional como requisito previo para dicha autorización y/o embarque, debiendo verificarse la representación del dueño de la carga, consignante o consignatario, a través de medios electrónicos.

Además, es importante mencionar que, para efectos de acreditar dicha representación, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (“MINCETUR”) pondrá a disposición de los agentes un mecanismo electrónico de validación de la representación¹¹. De esa manera, se entiende que los agentes que no desarrollen sus propios mecanismos de digitalización y validación electrónica tendrán a su disposición los mecanismos electrónicos que para tales efectos habilite MINCETUR.

- (iii) Por su parte, el artículo 7.4 del DL 1492¹² establece que en tanto se implementen los servicios considerados en la Ley N° 30860, Ley de Fortalecimiento de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (“Ley de facilitación de la VUCE”) y a fin de cumplir con lo dispuesto en los numerales precedentes, el MINCETUR, en coordinación con otras entidades pondrá a disposición de los operadores, servicios electrónicos para facilitar el **intercambio** de información entre los operadores vinculados al ámbito marítimo, logístico y portuario, que permitan reducir el desplazamiento de personas y envío de documentos físicos, para disminuir la exposición al contagio del COVID-19.

Al respecto, es importante mencionar que la Ley de Facilitación de la VUCE establece que dicha ventanilla es *“un sistema integrado para la facilitación del comercio exterior que, a través de medios electrónicos, permite a las partes involucradas en el comercio exterior y el transporte internacional, intercambiar información requerida o relevante para el ingreso, la salida o el tránsito de las mercancías y de los medios de transporte desde o hacia el territorio nacional”*¹³.

Por ello, dicha norma establece como uno de los servicios de la VUCE el desarrollo de *“mecanismos electrónicos para poner en contacto a las partes involucradas en el comercio exterior, promoviendo la transparencia y eficiencia de sus transacciones comerciales”*, siendo uno de sus objetivos canalizar y permitir el **intercambio de información entre las entidades públicas y entre los actores involucrados** en el comercio exterior¹⁴.

En ese sentido, el artículo 8° del DL 1492 también establece que el MINCETUR coordinará las acciones necesarias para que el intercambio o validación de datos y documentos que se produzcan entre las entidades públicas y los operadores de comercio exterior se realicen por medios

¹¹ 7.5 Para efectos de acreditar la representación del dueño de la carga, consignante o consignatario en los procesos a los que se refiere los numerales 7.2 al 7.3 del presente Decreto Legislativo, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo pone a disposición un mecanismo electrónico de validación de dicha representación.

¹² 7.4 En tanto se implementen los servicios considerados en la Ley N° 30860, Ley de Fortalecimiento de la Ventanilla Única de Comercio Exterior, y con la finalidad de contar con cadenas logísticas de comercio exterior eficientes, colaborativas, sostenibles y resilientes, y a fin de cumplir con lo dispuesto en los numerales precedentes del presente artículo, el Mincetur, en coordinación con la Autoridad Portuaria Nacional, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y la Autoridad Marítima Nacional pondrá a disposición de los operadores antes indicados, servicios electrónicos para facilitar el intercambio de información entre los operadores vinculados al ámbito marítimo, logístico y portuario, que permitan reducir el desplazamiento de personas y envío de documentos físicos, para disminuir la exposición al contagio del COVID-19.

¹³ Artículo 2. Definición y alcance de la Ventanilla Única de Comercio Exterior
2.1 La VUCE es un sistema integrado para la facilitación del comercio exterior que, a través de medios electrónicos, permite a las partes involucradas en el comercio exterior y el transporte internacional, intercambiar información requerida o relevante para el ingreso, la salida o el tránsito de las mercancías y de los medios de transporte desde o hacia el territorio nacional. Asimismo, permite gestionar la documentación e información relativa a los procedimientos y servicios que se realicen a través de este sistema.

¹⁴ Artículos 2 y 3 de la Ley de Fortalecimiento de la VUCE.

electrónicos, utilizando en lo que fuera aplicable las facilidades de la VUCE¹⁵.

30. En atención a lo anterior es posible afirmar que las disposiciones del DL 1492 sobre digitalización han establecido reglas destinadas a que los operadores de forma progresiva incorporen en sus procesos, sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos necesarios para la validación de documentos o información. Ello, sin perjuicio de que el uso de documentos físicos en papel se mantendría como una alternativa excepcional.
31. Dados los cambios requeridos al interior de las empresas para lograr el paso a la digitalización, la implementación progresiva de la medida de parte de los operadores será ejecutada en el tiempo, más allá de la vigencia de la emergencia sanitaria por el COVID-19. Ello sin perjuicio de reconocer que uno de los objetivos que ha motivado estas disposiciones es evitar el desplazamiento de personas y reducir el riesgo de contagio de dicho virus.

II. 2 Disposiciones vinculadas a los contratos de transporte marítimo internacional

32. El Capítulo III del DL 1492 sobre “Transparencia de la cadena logística de comercio exterior” contiene medidas que se vinculan principalmente con los contratos de transporte marítimo internacional.
33. El primero punto que aborda el artículo 11° del DL 1492 se encuentra referido al cumplimiento de los contratos de transporte marítimo internacional. Según lo dispuesto en su artículo 11.1, dichos contratos resultarán obligatorios según lo que se haya pactado en ellos por común acuerdo de las partes. En ese sentido se reconoce que, como en todas las relaciones contractuales entre privados, el objeto de los contratos y las responsabilidades de las partes se regirán por lo pactado. Además, se precisa, dichos contratos no deben violar normas nacionales ni internacionales aplicables¹⁶.
34. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 11.2 de la norma establece qué debe entenderse comprendido dentro de un contrato de transporte internacional marítimo de mercancías, qué prestaciones principales y adicionales deben incluirse en dicho contrato, así como los gastos y costos que deben contener. Específicamente, dicho artículo establece lo siguiente:

“11.2 El contrato de transporte internacional marítimo de mercancías, cuya existencia se sustenta en un documento de transporte, incluye todos los servicios, operaciones, gastos administrativos y cualquier costo o gasto conexos o complementarios, así como cualquier concepto relacionado al

¹⁵ Artículo 8.- Coordinación para la implementación de medidas orientadas a la digitalización

8.1 El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, en coordinación con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dirige y coordina las acciones necesarias para que las entidades públicas y las entidades privadas a las que se refiere el artículo anterior, implementen las medidas requeridas para que el intercambio o validación de datos y documentos que se produzcan entre las entidades públicas y los operadores de comercio exterior u operadores intervinientes, se realicen por medios electrónicos, utilizando, en lo que corresponda, las facilidades que brinda la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), en concordancia con lo dispuesto en la Ley N° 30860, Ley de Fortalecimiento.

¹⁶ Artículo 11.- Sobre el contrato de transporte internacional marítimo de mercancías

11.1 Las cláusulas del contrato de transporte internacional marítimo de mercancías son obligatorias para las partes, de acuerdo a lo que se haya expresado en ellas, al responder a la voluntad de las partes, siempre que no sea contrario con la normativa nacional e internacional aplicable.

servicio principal de transporte que resulten necesarios para la entrega de la carga, o prestados por terceros en su nombre, al dueño, consignatario o consignante, con excepción de aquellos servicios solicitados expresamente de manera adicional por el usuario que resulten necesarios para que se efectúe la entrega de la carga, los cuales forman parte del referido contrato. Todos los servicios deben estar consignados en el documento de transporte, salvo aquellos solicitados de manera adicional".

35. En esa línea, el artículo 13.3 del DL 1492¹⁷ establece que *"la obligación del transportista internacional culmina con la entrega de la mercancía en el terminal o lugar dispuesto por el dueño, consignatario o consignante en el documento aduanero correspondiente"*.
36. Como consecuencia de lo anterior, el artículo 12° del DL 1492¹⁸ regula lo referido al pago en este tipo de contratos, señalando que *"corresponde al dueño, consignatario o consignante de la carga pagar aquellos conceptos necesarios para la entrega de la misma"*, siendo que el *"usuario no está en la obligación de pagar ningún servicio que no se haya contratado con el transportista"*.
37. A partir de las normas citadas, es posible identificar que en este extremo el DL 1492 ha incorporado las siguientes reglas:
- (i) Se han incluidos **cuáles son los términos** que deberían incorporarse expresamente en un contrato de transporte marítimo internacional. En dichos contratos se deben incluir todos los servicios que resulten necesarios para la entrega de la carga, ya sea que sean prestados por el transportista o por terceros en su nombre, al dueño, consignatario o consignante de la carga. En ese sentido, se debe incluir dentro de dichos contratos todos los servicios u operaciones realizados hasta la entrega de la carga.
 - (ii) Se ha establecido el **contenido que deben tener los documentos de transporte**. Así se ha dispuesto que todos los servicios asociados al contrato de transporte marítimo internacional deben estar consignados en el documento de transporte.
 - (iii) Se ha regulado la **obligación de pago** del dueño, consignatario o consignante de la carta, señalándose que solo deberán pagar aquellos conceptos que, según el DL 1492, deben ser incorporados en el contrato.

¹⁷ Artículo 13.- Lugar de entrega de la mercancía

13.1 El transportista entrega las mercancías en el lugar designado por el usuario en la declaración aduanera de mercancías y/o el manifiesto de carga, previo al arribo del medio de transporte al terminal correspondiente.

13.2 La entrega de la mercancía no está condicionada a ningún pago previo por servicios que el dueño, consignatario o consignante, o su representante, no haya contratado previamente.

13.3 La obligación del transportista internacional culmina con la entrega de la mercancía en el terminal o lugar dispuesto por el dueño, consignatario o consignante en el documento aduanero correspondiente.

13.4 Lo señalado en los numerales 13.1 a 13.3 del presente artículo, se cumple en concordancia con lo establecido en el artículo 106 de la Ley General de Aduanas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1053, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Aduanas.

¹⁸ Artículo 12.- Sobre el Pago

Corresponde al dueño, consignatario o consignante de la carga pagar aquellos conceptos necesarios para la entrega de la misma, a los que hace referencia el artículo 11 de la presente norma, los cuales han sido elegidos y contratados libremente. En consecuencia, el usuario no está en la obligación de pagar ningún servicio que no se haya contratado con el transportista.

- (iv) Se ha regulado la **responsabilidad del transportista en el contrato**. Específicamente se señala que el transportista internacional deberá asumir la responsabilidad de la mercancía hasta su entrega en el terminal o lugar dispuesto por el dueño, consignatario o consignante.

38. Además, en el Capítulo III del DL 1492 bajo comentario también se ha incluido una disposición en el inciso 3 del artículo 11° a fin de que los servicios brindados para obtener la entrega de la carga deban estar publicados en el módulo de información sobre servicios logísticas de comercio exterior, administrado por MINCETUR¹⁹.
39. Al igual que en el caso de las disposiciones vinculadas a la digitalización de las operaciones de comercio exterior, los artículos comentados del DL 1492 buscan regular y modificar las reglas aplicables a los contratos de transporte marítimo internacional en el largo plazo.

III. ANÁLISIS DE CONSISTENCIA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1492 CON LA LEY 31011 Y LAS REGLAS DE LA HAYA

40. A fin de analizar la validez constitucional de las disposiciones descritas, corresponde primero evaluar su consistencia con la Ley No. 31011 (“Ley Autoritativa”) que otorgó al Poder Ejecutivo facultades para legislar. Además, también se evaluará su consistencia con la Convención para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (“Reglas de la Haya”).

III. 1 El Decreto Legislativo ha excedido las facultades delegadas

41. El artículo 104° de la Constitución²⁰ establece que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos “*sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa*”.
42. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “*puede darse el caso de que la ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y, sin embargo, el decreto legislativo se exceda en la materia delegada, con lo cual (...) se configurará un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104.º de la Constitución*”²¹. Así, un decreto legislativo que exceda las facultades delegadas mediante ley autoritativa será inconstitucional.
43. Existen antecedentes de decretos legislativos derogados por el Congreso luego de que la Comisión de Constitución y Reglamento -encargada de su revisión²²-

¹⁹ 11.3 Todos los servicios brindados para obtener la entrega de la carga deben estar publicados en el módulo de información sobre los servicios de logística de comercio exterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 28977, Ley de Facilitación del Comercio Exterior, incorporado por el artículo 3 de la Ley N° 30809, Ley que modifica la Ley N° 28977, Ley de Facilitación del Comercio Exterior, y la Ley N° 30264, Ley que Establece Medidas para Promover el Crecimiento Económico.

²⁰ Según el cual el Congreso puede “delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado”,

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 047-2004-AI/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

²² Reglamento del Congreso

Procedimiento de control sobre la legislación delegada

Artículo 90. El Congreso ejerce control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.

dictaminara que habían excedido las facultades delegadas²³. En dichos pronunciamientos, la Comisión ha señalado que ante la existencia de una duda razonable sobre si el decreto legislativo evaluado ha sido emitido sobre una materia específica *“se debe optar por la interpretación que concluya dicha materia no fue delegada al Poder Ejecutivo”*²⁴.

44. Asimismo, en dichos dictámenes, la Comisión ha analizado los decretos legislativos no solo en base a la ley autoritativa, sino también a los límites materiales implícitos que determinan el ejercicio de facultades delegadas. Dichos límites establecen que a través de decretos legislativos no se pueden emitir normas que restrinjan o afecten derechos, pues para tales disposiciones se requiere un proceso de deliberación público y diverso en el seno del Congreso²⁵.
45. En ese sentido, un decreto legislativo será inconstitucional si excede las materias específicas delegadas y el plazo señalado en su correspondiente ley autoritativa. Asimismo, dicha norma podrá ser derogada por el Congreso si considerara que excede las materias delegadas y/o afecta derechos que hubieran requerido que la medida sea discutida en la vía ordinaria de producción de leyes, esto es, mediante proyectos de ley.
46. En este caso, en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19 declarada mediante Decreto Supremo No. 044-2020-PCM²⁶, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso facultades para legislar²⁷. Para ello, presentó un pedido de delegación de facultades, en el que se incluyó el correspondiente Proyecto de Ley autoritativa y su Exposición de Motivos.
47. En dicha exposición de motivos, el Poder Ejecutivo manifestó que su solicitud tenía como objeto *“dictar las medidas necesarias para prevenir, atender y mitigar los efectos causados por el COVID-19”*. Particularmente:
 - (i) En materia de bienes esenciales, la Exposición de Motivos detalló que se buscaba establecer medidas que *“garanticen la continuidad de los servicios públicos y de los bienes y servicios esenciales durante el estado de emergencia”*. No obstante, no se hizo referencia expresa a la cadena logística ni a su reactivación.
 - (ii) También se solicitó facultades para emitir medidas de *“contención y protección de los sectores productivos”*, las cuales serían focalizadas *“en las micro y pequeñas empresas”*, requiriéndose también una habilitación para adoptar acciones frente a las *“medianas y grandes empresas”*.

b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.

c) La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros.

²³ Ver pronunciamientos sobre Decretos Legislativos No. 1244, No. 1245, No.1268 y No. 1419. Disponibles en: <http://www.congreso.gob.pe/DIDP/control-politico-decretos-legislativos/>

²⁴ Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento de fecha 12 de abril de 2017. Disponible en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL_0121720170412.pdf

²⁵ Ibidem.

²⁶ Dicho estado de emergencia ha sido prorrogado mediante Decretos Supremos No. 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020, 083-2020 y 094-2020.

²⁷ Oficio No. 029-2020-PR de fecha 26 de marzo de 2020. Disponible en: <http://www.elperuano.pe/noticia-ejecutivo-formaliza-pedido-facultades-legislativas-al-congreso-93514.aspx>

- (iii) Respecto al fomento de la libre competencia, se detalló que lo que se buscaba con la delegación de facultades era *“garantizar que, al margen de la atención a la crisis sanitaria, el mercado continúe funcionando con normalidad, y que su dinámica contribuya a la adecuada distribución de bienes y servicios en el marco de una economía social de mercado para garantizar los derechos patrimoniales”*.
48. De conformidad con la solicitud presentada, mediante la Ley Autoritativa se otorgó al Poder Ejecutivo facultades para legislar por cuarenta y cinco (45) días calendario. Específicamente, se otorgaron facultades para legislar sobre las siguientes materias:
- “8) En materia de bienes y servicios para la población, **con la finalidad de garantizar** la prestación de los servicios públicos, gestión interna de residuos sólidos, **la continuidad de la cadena logística y sus actividades conexas**, los servicios esenciales y los derechos de los consumidores y usuarios, **durante la vigencia del estado de emergencia sanitaria por el COVID-19**, la reconstrucción y cierre de brechas en infraestructura y servicios **durante o como producto de la emergencia**, y la preservación del patrimonio cultural.*
- 9) En materia de protección a los sectores productivos, extractivos y de servicios, con el objeto de dictar **medidas que permitan reactivar y promover** la agricultura y riego, pesca artesanal y acuicultura, minería, industria, turismo, artesanía y otros afines, así como **las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19.***
- 10) En materia de promoción cultural y de turismo, así como **fomento de la libre competencia y el correcto funcionamiento del mercado**, la protección del derecho de los consumidores y el sistema concursal, **a fin de dictar medidas para amortiguar el impacto y promover la reactivación económica de estas actividades, en el contexto del estado de emergencia sanitaria por el COVID-19.”***
49. En ese sentido, de acuerdo con la Ley Autoritativa y su Exposición de Motivos, la delegación de facultades autorizó al Poder Ejecutivo a emitir medidas orientadas a:
- (i) Garantizar la prestación de servicios públicos y la continuidad de la cadena logística y sus actividades conexas **durante el estado de emergencia**.
- (ii) Reactivar y promover las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas **en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19** con la finalidad de contener y promover los sectores productivos.
- (iii) Amortiguar el impacto del estado de emergencia y fomentar la libre competencia, garantizando que, al margen de la crisis sanitaria, el mercado continúe funcionando con normalidad, en el contexto del estado de emergencia sanitaria por el COVID-19.

50. Como se puede observar, la delegación de facultades comprende medidas que buscan “prevenir, atender y mitigar” los efectos de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 y no otros fines de interés público no generados en este contexto. Deberán por tanto tratarse de medidas con carácter temporal y acotado, que permitan resolver situaciones generadas por el COVID-19 o sus efectos en el tiempo y no después de que éstos hayan cesado.
51. La Ley Autoritativa no ha otorgado facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre materias vinculadas al comercio exterior que no se encuentren directamente vinculadas con la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 o que se extiendan más allá del contexto de dicha emergencia.
52. Como vimos en el acápite anterior, las disposiciones del DL 1492 contenidas en su artículo 7°, tienen como objetivo que los operadores del sector de forma progresiva incorporen en sus procesos sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos necesarios para la validación de documentos o información. Además, se ha previsto que el proceso de transición hacia la digitalización será implementado de forma progresiva, es decir, en el tiempo y más allá del contexto del COVID 19.
53. En ese sentido, aun cuando las disposiciones en cuestión han sido motivadas por la necesidad de evitar el contagio y la propagación del COVID 19, estas medidas exceden la delegación de facultades emitidas por el Congreso. Ello, en tanto, si bien se encuentran destinadas a prevenir y mitigar los efectos de la pandemia, tienen vocación de permanencia y, por tanto, se extenderían temporalmente más allá del estado de emergencia o incluso de los efectos del COVID 19.
54. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el objetivo de estas normas es consistente con la protección de la salud y la promoción del comercio, fines constitucionalmente protegidos. Además, también buscarían reducir futuras externalidades por el brote de nuevas enfermedades y reducir costos de transacción en la cadena logística. Tomando en cuenta dichos objetivos y en la medida en que se ha previsto una implementación progresiva que reconoce la libertad de los operadores para organizar sus procesos internos, la medida podría haber resultado válida y razonable.
55. Sin embargo, dadas las facultades legislativas otorgadas, las disposiciones vinculadas a la digitalización no se ajustan a la Ley Autoritativa, en tanto habrían sido emitidas con vocación de permanencia.
56. Por su parte, las medidas vinculadas a los contratos de transporte marítimo internacional no han sido emitidas para mitigar los efectos de la emergencia sanitaria. No buscan mitigar los efectos del COVID 19 y son medidas que tienen alcance general y permanente. En ese sentido, exceden las facultades delegadas por Ley Autoritativa.
57. En efecto, tal como se ha descrito en el acápite anterior, estas disposiciones buscan regular el contenido de los contratos de transporte, disponiendo los términos que deben ser incluidos en éste y la obligatoriedad del pago de los mismos por parte del dueño de la carga. Del contenido del DL 1492 no se desprende que su objetivo sea garantizar la continuidad de la cadena logística de transporte, reactivar a las pequeñas y microempresas, fomentar la libre

competencia o resguardar derechos de los usuarios en el marco de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19, materias delegadas por la Ley Autoritativa.

58. Estas disposiciones intervienen directamente en la cadena logística de transporte a través de medidas permanentes. Por tanto, no se encuentran asociadas a las medidas temporales necesarias para reactivar el comercio exterior durante la pandemia del COVID-.
59. Por todo lo anterior, las medidas de digitalización y regulación del contenido de los contratos de transporte internacional marítimo de mercancías del DL 1492 han sido emitidas por el Poder Ejecutivo excediendo las facultades delegadas pues regulan materias que van más allá de las medidas necesarias para prevenir, controlar y mitigar los efectos de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19. Por lo tanto, dichas medidas contravienen el artículo 104° de la Constitución y son inconstitucionales.

III.2 El Decreto Legislativo 1492 contraviene las Reglas de la Haya

60. El análisis que se desarrollará a continuación se centrará en analizar la validez de las disposiciones del DL 1492 que regulan el contenido de los contratos de transporte marítimo internacional a la luz de las Reglas de la Haya.
61. El Estado Peruano incorporó las Reglas de Haya al ordenamiento legal en 1964²⁸. Dicho tratado contiene diversas disposiciones aplicables a los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías. En ese sentido, en su artículo 2° se señala que, en lo que se refiere al transporte y atención de las mercancías, el transportador de mercancías por mar se encuentra sujeto a las responsabilidades, derechos y exoneraciones establecidos en el tratado²⁹.
62. En esa línea, el artículo 1° de las Reglas de la Haya contienen la siguiente definición de “contrato de transporte” y “transporte de mercancías”:

“Artículo 1°

En la presente Convención las siguientes palabras se emplean en el sentido preciso que se indican a continuación:

b) “Contrato de transporte” se refiere únicamente al contrato de transporte documentado por un conocimiento de embarque o cualquier documento de título similar, en la medida que tal documento se refiera a un transporte de mercancía por mar; incluyendo cualquier conocimiento de embarque o documento similar emitido en virtud de un contrato de fletamento, desde el momento que tal conocimiento de embarque o documento de título similar, regule las relaciones entre el transportador y el tenedor del mismo;

(...)

²⁸ Las Reglas de la Haya fueron incorporadas a la legislación peruana mediante Resolución Suprema No. 687 del 16 de diciembre de 1964.

²⁹ Artículo 2°

Bajo reserva de las disposiciones del artículo 6°, el transportador bajo cualquier contrato de transporte de mercancías por mar, en relación a la carga, manipulación, estiba, transporte, custodia, cuidado y descarga de dichas mercancías, estará sujeto a las responsabilidades y obligaciones, y gozará de los derechos y exoneraciones que se mencionan a continuación.

e) *“Transporte de mercancías” comprende el tiempo transcurrido desde el momento en que las mercaderías son cargadas a bordo del buque hasta su descarga del buque”.*

63. Según estas definiciones, el contrato de transporte tiene como objeto *“el transporte de mercancía por mar”*, el cual se llevará a cabo durante el periodo comprendido desde el momento en que las mercancías son embarcadas en una nave hasta su descarga en el puerto de destino. De esta forma, las Reglas de la Haya reconocen la responsabilidad de los transportistas desde el embarque de la carga hasta su descarga del buque.
64. Como hemos visto, el Capítulo III del DL 1492 contiene disposiciones que establecen que en el contrato de transporte marítimo internacional se encuentran comprendidos todos los servicios que resulten necesarios para la entrega de la carga. Como consecuencia de ello, en el artículo 13.3 del DL 1492 se establece que *“la obligación del transportista internacional culmina con la entrega de la mercancía en el terminal o lugar dispuesto por el dueño, consignatario o consignante en el documento aduanero correspondiente”*.
65. De esta forma, el DL 1492 resulta contrario a las reglas de responsabilidad del transportista derivadas de las Reglas de la Haya. Dicho tratado dispone que la responsabilidad del transportista dentro del contrato de transporte marítimo internacional se extiende desde el embarque de las mercancías hasta su descarga.
66. Al formar parte del derecho nacional³⁰, el Estado Peruano se encuentra obligado a cumplir con las Reglas de la Haya y, por tanto, no podría utilizar su derecho interno para ir en contra de lo dispuesto en ellas³¹. Ello, pues aun cuando se haya iniciado el proceso de denuncia del tratado con posterioridad a la aprobación del DL 1492³², las Reglas de la Haya son vinculantes para el Estado.
67. Siendo ello así, el Capítulo III del DL 1492 que se refiere a la responsabilidad y obligaciones de los transportistas en los contratos de transporte marítimo internacional contraviene lo dispuesto en las Reglas de la Haya, tratado internacional vinculante para el Estado Peruano.

IV. EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

68. Sin perjuicio de la inconstitucionalidad del DL 1492 antes desarrollada y de su inconsistencia con tratados internacionales ratificados por el Estado Peruano, evaluaremos si las medidas vinculadas a los contratos de transporte contenidas en dicha norma encontrarían sustento en algún objetivo constitucionalmente protegido y si hubieran resultado razonables, de haber sido autorizadas por las facultades delegadas.

³⁰ Constitución Política del Perú

Artículo 55°.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

³¹ De acuerdo con lo establecido en la Convención de Viena y los Principios Generales del Derecho Internacional, un Estado no puede utilizar sus disposiciones de derecho interno para incumplir las obligaciones asumidas en un tratado.

³² Mediante Decreto Supremo No. 012-2020-RE, publicado el 12 de mayo de 2020, el Poder Ejecutivo denunció las Reglas de la Haya y dispuso que el Ministerio de Relaciones Exteriores lo notifique al Gobierno de Bélgica. Sin embargo, el artículo 15° de las Reglas de la Haya establecen que su denuncia deberá ser notificada por escrito al Gobierno de Bélgica y que surtirá efectos luego de un año de su notificación.

69. Para ello, nos referiremos a la metodología de Análisis de Impacto Regulatorio y al test de proporcionalidad, aplicado para evaluar la razonabilidad y constitucionalidad de las intervenciones regulatorias del Estado.
70. El AIR es una metodología de evaluación ex ante de proyectos de norma que busca promover y garantizar la calidad regulatoria de las intervenciones estatales.
71. En efecto, el AIR tiene como objetivo garantizar que las regulaciones sean lo más efectivas y eficientes posibles, entendiendo como efectiva una regulación que se ajuste y sea idónea para alcanzar el objetivo para el que fue creada y, como eficiente aquella que logre beneficios que superen los costos en que debe incurrirse para implementarla, o cuando menos que sea la alternativa de acción menos costosa entre distintas opciones identificadas. Alcanzar estos objetivos es importante en tanto una regulación de baja calidad podría generar mayores e injustificados costos para la sociedad³³.
72. En ese sentido, según el “Manual Introductorio para llevar a cabo un AIR” de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos* (en adelante, la OCDE):

*“(...) el AIR es un proceso destinado a identificar y analizar sistemáticamente los efectos esperados de una propuesta regulatoria, utilizando metodologías analíticas reconocidas, como el análisis costo-beneficio. Además, **el AIR es un proceso comparativo: se basa en la determinación de los objetivos buscados y la identificación de las posibles medidas regulatorias capaces de alcanzar dichos objetivos.** Las ‘opciones viables’ son luego analizadas, bajo la misma metodología, para así otorgar mayor información a los reguladores sobre el nivel de eficacia y eficiencia de cada opción y permitir que la opción más efectiva y eficiente sea elegida como resultado del proceso”³⁴.*

[Énfasis agregado]

73. En la búsqueda de la mejor opción normativa que garantice el cumplimiento del objetivo de política pública trazado, las entidades del Estado se encuentran obligadas a desarrollar un AIR y a hacer pública dicha evaluación antes de su emisión. Por ello, el Ministerio de Justicia recomienda que el AIR sea hecho previamente al proyecto de norma y a su exposición de motivos. Así, “*el RIA [AIR] debe ser incorporado, luego, a la exposición de motivos*”³⁵.

³³ Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA). Octubre, 2008. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>

³⁴ Traducción libre de: “*RIA is a process of systematically identifying and assessing the expected effects of regulatory proposals, using a consistent analytical method, such as benefit/cost analysis. RIA is a comparative process: it is based on determining the underlying regulatory objectives sought and identifying all the policy interventions that are capable of achieving them. These “feasible alternatives” must all be assessed, using the same method, to inform decision-makers about the effectiveness and efficiency of different options and enable the most effective and efficient options to be systematically chosen*”. En: OECD. “Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA). Octubre, 2008. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>

³⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Guía sobre el Análisis de Impacto Regulatorio: Introducción a la Evaluación Post Regulatoria. 2017. p. 31. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/02/GU%C3%8DA-sobre-el-an%C3%A1lisis-de-impacto-regulatorio.pdf>

74. La obligación de publicación de los proyectos normativos se encuentra sustentada en el principio democrático y en el derecho a la participación democrática, recogidos en la Constitución. Específicamente, el inciso 17 del artículo 2° del texto constitucional consagra el derecho fundamental a *“participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”*. En ese sentido, *“los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”*.
75. Al respecto, el Tribunal Constitucional³⁶ ha manifestado lo siguiente:

*“(…) El principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la **necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución. La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales”***.

[Énfasis agregado]

76. En dicha medida, el Ministerio de Justicia en su “Guía sobre la calidad normativa y publicación de proyectos normativos” ha reconocido que *“el establecimiento de un régimen de publicación de proyectos normativos garantiza de manera efectiva un canal institucional adicional para el real involucramiento de los particulares a la democracia constitucional, configurando una vía alternativa a la iniciativa legislativa”³⁷*.
77. En desarrollo del precepto constitucional mencionado, la Ley No. 26889 – Ley marco para la producción y sistematización legislativa establece en su artículo 2° que *“los Proyectos de Ley [lo cual incluye a los decretos legislativos³⁸] deben estar debidamente sustentados en una exposición de motivos”*.
78. Además, en reconocimiento del derecho de participación democrática, el referido Reglamento de la Ley de Producción Legislativa, aprobado mediante Decreto Supremo No. 008-2006-JUS, establece en su artículo 10° lo siguiente:

³⁶ Sentencia recaída en el Expediente No. 0030-2005-AI. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.pdf>

³⁷ Ministerio de Justicia. Guía sobre la calidad normativa y publicación de proyectos normativos. 2016. p. 24. Disponible en: <https://bit.ly/3g1z5Aa>

³⁸ Ley No. 26889

1.2 Para los efectos de esta Ley entiéndase que, el término Ley o Leyes involucra, además, Resoluciones Legislativas, Decretos Legislativos, Normas Regionales de carácter general y Decretos de Urgencia.

“Artículo 10.- Informes, consultas y audiencias.

*En la exposición de motivos de los **proyectos de Decretos Legislativos**, de Decretos de Urgencia y de Decretos Supremos **deben citarse los informes técnicos, consultas a especialistas**. Asimismo, en el caso de **proyectos de Decretos Legislativos** y de Decretos Supremos, conforme lo establezcan leyes especiales, **deben citarse la realización de audiencias públicas organizadas con la finalidad de garantizar la efectiva participación de los interesados u otros niveles de Gobierno para manifestar su opinión**”.*

79. Como se puede observar, el marco legal aplicable a la producción y sistematización legislativa ha previsto que los proyectos de decretos legislativos contengan una exposición de motivos y que sean puestos en conocimiento de los interesados para manifestar su opinión al respecto.
80. Siendo ello así, estaremos frente a una buena regulación cuando ésta responda a una metodología de evaluación consistente con el marco constitucional aplicable y se emita solo luego de seguir los procedimientos de evaluación y publicidad previos³⁹.

IV. 1 Metodología de Análisis de Impacto Regulatorio

81. El proceso de AIR tiene etapas consecutivas que es recomendable seguir en orden para lograr el objetivo de mejorar la calidad de la regulación. Éstas pueden resumirse de la siguiente manera⁴⁰:
- a) Identificación del problema que se busca solucionar y de sus resultados esperados para atender el objetivo**

La identificación del problema a solucionar es vital para determinar con certeza la necesidad de la intervención reguladora. Asimismo, es necesario que se defina cuál es la causa determinante del problema, debido a que la propuesta reguladora debe atacarla.

La causa o razón determinante de los problemas es la que justifica la intervención regulatoria. La justificación para regular se suele relacionar con la existencia de “fallas de mercado”.

Entre las fallas de mercado más usuales se encuentran el significativo poder de mercado o falta de competencia en un mercado. Otra falla de mercado se vincula a la falta de información o información inadecuada o asimétrica, la cual se presenta cuando los mercados no son capaces de proveer a los

³⁹ Ministerio de Justicia. Op. Cit. p. 18.

⁴⁰ Las etapas del AIR señaladas se basan en los siguientes documentos: Betancor, Andrés. Mejorar la regulación: Una guía de razones y de medios (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2009), pp. 237-295. European Commission. Impact Assessment Guidelines (2009). Guash, L. y Hahn, R. The costs and benefits of regulation: Implications for developing countries, en: The World Bank Research Observer 14 (1). Kirkpatrick, C. y Parker, D. Regulatory impact assesment: developing its potential for use in developing countries. Working Paper No. 5, Centre on Regulation and Competition, University of Manchester (2003). Organisation for Economic Cooperation and Development - OECD-SIGMA. Improving policy instruments through impact assessment. Sigma Paper 312001 (2001). Quintana, Eduardo. Análisis de impacto regulatorio en la regulación peruana de servicios públicos. Derecho & Sociedad No. 36 (2011). Viscusi, Kip. Improving the analytical basis for regulatory decision-making; en: Regulatory impact analysis: best practices in OECD countries, OCDE (1997).

consumidores con la información necesaria para la toma de decisiones económicas eficientes⁴¹.

También las externalidades son una falla de mercado que pueda justificar una intervención reguladora. Estas se presentan cuando los agentes económicos no internalizan los costos o efectos negativos o positivos (externalidades) de sus actividades productivas o decisiones económicas. En base a ello, por ejemplo, se justifican regulaciones que buscan atribuir responsabilidad a proveedores por productos defectuosos, regulaciones de estándares de calidad o incluso disposiciones de seguridad aplicables a productos riesgosos que podrían poner en peligro otros derechos, como la integridad, la vida o la salud⁴².

Los problemas de coordinación o de altos costos de transacción también podrían constituir una justificación para regular. Dichos problemas se presentan cuando los costos de transacción son muy altos y las partes de un acuerdo no son capaces de alcanzar un resultado eficiente. A contrario, de verificarse situaciones donde los costos de transacción son bajos y se pueden alcanzar resultados eficientes sin la intervención reguladora, dicha intervención no se encontrará justificada.

La regulación debe estar orientada por el objetivo de lograr que el mercado se desempeñe con eficiencia, previniendo los efectos de las fallas de mercado. Por ello, se deben identificar sus resultados esperados para atender el problema o falla de mercado que se pretende atender.

b) Identificación de las posibles alternativas regulatorias que podrían adoptarse para resolver el problema

Considerando el grado de intervención de los instrumentos reguladores sobre la iniciativa privada y el funcionamiento de los mercados, éstos se han clasificado como (i) instrumentos de mandato y control, vinculados al ejercicio de las potestades de *ius imperium* del estado, y (ii) instrumentos alternativos⁴³.

Dentro de los instrumentos de mandato y control se encuentran, entre otros, la obligación de las empresas a obtener un título habilitante para ingresar al mercado, o estándares obligatorios, entendidos como reglas de comportamiento que deben cumplir los agentes que participan en un determinado mercado o actividad económica⁴⁴. Dentro de los instrumentos alternativos se encuentran por ejemplo los mecanismos de autoregulación, que son reglas impuestas y fiscalizadas por los propios agentes que deben cumplirlas.

Antes de escoger el instrumento idóneo para solucionar un problema determinado, debe evaluarse si es necesaria la intervención reguladora y,

⁴¹ Ver: Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein, Adrian Vermuele & Michael E. Herz, *Administrative Law and Regulatory Policy, Problems, Text, and Cases*, p. 7-8 (2011).

⁴² BULLARD, Alfredo. Comentarios al artículo 1355° del Código Civil. En: *Comentarios al Código Civil por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica.

⁴³ OCDE. *Alternatives to Traditional Regulation*. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42245468.pdf>

⁴⁴ La descripción breve de los distintos instrumentos regulatorios se basa en: Baldwin, Robert; Cave, Martin and Lodge, Martin. *Understanding Regulation. Theory, strategy and practice*. Second Edition. Oxford University Press, 2012. Stephen Breyer. *Regulation and its Reform*. Harvard University Press. Harvard, Massachusetts (1982). Anthony Ogus. *Op. Cit.* (2004).

en caso afirmativo, debe definirse quién está en mejor posición de encargarse de su puesta en ejecución. Puede ser preferible un instrumento que no involucre la participación tan activa del Estado, por ejemplo, cuando los mecanismos de autorregulación puedan resolver el problema.

Además, puede suceder que no se requiera una intervención reguladora adicional a través de instrumentos más intrusivos cuando el sistema regulador ya contempla una solución al problema de interés público que busca solucionarse.

En este punto merece especial atención el denominado escenario base. Existe consenso sobre la necesidad de incorporar el escenario base para compararlo con las ventajas y desventajas de las formas alternativas de atender al problema identificado. Para ello se debe definir la situación existente al momento de plantear la propuesta normativa, identificándose si la misma ya presenta un menú de decisiones regulatorias que podrían atender el problema que se busca solucionar⁴⁵. Y que, por tanto, podrían determinar que no se requiere regulación adicional.

En efecto, una posibilidad que se debe tomar en cuenta es la opción de no adoptar una medida regulatoria o una nueva medida reguladora distinta o adicional a las existentes. Mantener el *status quo* puede resultar la mejor opción cuando así se generan menores costos que con la intervención reguladora propuesta.

c) Comparación de las alternativas de regulación para definir cuál de ellas puede resolver el problema del modo más eficaz y eficiente.

La última etapa en el proceso de AIR supone valorar y comparar las posibles estrategias reguladoras, para elegir aquella que lo hace del modo más eficiente y eficaz. Se debe evaluar (estimar cuantitativamente de ser posible y conveniente) los efectos positivos que se esperan conseguir a través de cada estrategia de regulación posible, así como los efectos negativos que puede ocasionar su implementación. El objeto es posteriormente comparar y definir si hay una opción preferible sobre otras según el balance entre efectos positivos y negativos, lo que incluye al escenario base antes mencionado.

Para la valoración y comparación de los efectos positivos y negativos de cada alternativa (incluyendo el escenario base) suele recurrirse a distintos métodos, como por ejemplo la evaluación costo – beneficio o costo-efectividad⁴⁶.

⁴⁵ JACOBS, Scott. Towards a simpler and practical approach. En: Handbook of Regulatory Impact Assessment Edward Elgar Publishing. Creoydon UK (2016). p. 83. Traducción libre del siguiente texto: “*The baseline scenario is meant to provide the counterfactual against which all other scenarios are compared. It is needed because the measurement of impacts in the IA is a marginal measurement, that is, the IA shows the differences in impacts between the baseline scenario and the scenario being analyzed. Without a clear baseline scenario, the marginal impacts of the other scenarios are not clear and cannot be compared. (...) The baseline scenario is also typically neglected, because regulators have normally not identified the problem sufficiently clearly to enable them to choose a metric for measurement that would permit them to evaluate past trends or make projections. Nor do they have enough data to quantify the problem or establish a trend line. This is unfortunate, because the baseline is where regulators are held accountable for their problem definition.*”

⁴⁶ La aplicación de este tipo de métodos de evaluación no solo se deriva de las mejores prácticas regulatorias del AIR sino que también se encuentra recogido en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Producción Legislativa, el cual establece que “*el análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad*”

IV. 2 El Test de Proporcionalidad

82. A nivel constitucional, el correlato de la metodología de AIR se encuentra en el test de proporcionalidad. Este test será aplicado ex post para determinar la validez constitucional de las normas emitidas que restrinjan derechos fundamentales, como la iniciativa privada o la libertad de contratar.
83. De acuerdo con la Constitución, el Estado no tiene libertad absoluta para establecer cualquier tipo de intervención que limite u obstaculice la actuación de los individuos en el mercado. Por el contrario, la regla es que cualquier limitación de esa naturaleza sólo puede darse si existen razones reconocidas constitucionalmente que puedan justificar dicha intervención. El intervenir sin tales justificaciones, convierte el acto estatal en inconstitucional.
84. En efecto, la regla es la de libertad de iniciativa privada y cualquier limitación a la misma tiene que encontrar un justificativo constitucional. Sin una autorización constitucional derechos como la propiedad, la iniciativa privada, la libertad de empresa o la libertad de contratación pueden verse afectados.
85. En ese sentido nuestro ordenamiento constitucional es claro en consagrar el derecho de propiedad, libre contratación, libertad de empresa e iniciativa privada, así como la limitación de la participación del Estado en la economía. En efecto, el artículo 58° de la Constitución dispone que la iniciativa privada es libre y se ejerce en el marco de una economía social de mercado.
86. Adicionalmente, el artículo 59° de la Constitución establece, entre otros, que el Estado garantiza la libertad de empresa. Con la misma finalidad, el artículo 70° del texto constitucional establece que el derecho de propiedad es inviolable y el Estado lo garantiza.
87. En la misma línea, el artículo 62° de la Constitución garantiza la libertad de contratar indicando que los términos contractuales no pueden ser modificados unilateralmente por ninguna disposición⁴⁷. No obstante, el inciso 14 del artículo 2° de la Constitución consagra *“el derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravenga leyes de orden público”*.

y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlo”.

⁴⁷ Constitución Política del Perú:

Artículo 58.- *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”*.

Artículo 59.- *“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. (...)”*.

Artículo 70.- *“Inviolabilidad del derecho de propiedad El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”*.

Artículo 62.- *“Libertad de contratar. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)”*.

88. Lo anterior no quiere decir que el Estado tenga la potestad de regular el contenido de los contratos, definiendo obligaciones, momentos de contratar, conceptos y otros aspectos similares que resultan esenciales a la libertad de configuración interna de los contratos. Tampoco implica una habilitación para regular aspectos de la organización de los negocios de los agentes privados, lo cual configura un aspecto esencial de la libre iniciativa privada. En esa línea, en relación con las potestades regulatorias del Estado, el Tribunal Constitucional⁴⁸ ha manifestado lo siguiente:

“49. Tal como ha quedado dicho, uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la función reguladora supletoria del Estado. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora.

La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en lo que al funcionamiento de regular del mercado se refiere, debe configurarse como excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos”,

[Énfasis agregado]

89. Tomando en cuenta lo anterior es posible establecer que sólo de forma excepcional se pueden establecer limitaciones normativas que invadan la esfera de la autonomía privada de los agentes en el mercado. En ese sentido, la potestad reguladora del estado en este aspecto debe ser limitada y solo puede aplicarse cuando existan razones de interés público que justifiquen una incidencia en la esfera de libertad de los agentes económicos. Como indica el Tribunal Constitucional, dicha razones deben justificarse por la presencia de una falla de mercado⁴⁹.
90. Siendo ello así, las fallas de mercado que podrían justificar la imposición de determinadas limitaciones a la libertad contractual de los privados podrían ser la existencia de altos costos de transacción, asimetrías de información, externalidades o la falta de competencia en un mercado.
91. En ese sentido, siguiendo lo señalado al desarrollar la metodología del AIR, en el caso particular de los contratos, *“solo las consecuencias de las llamadas ‘fallas de mercado’ deberían servir de sustento para intervenir muy excepcionalmente en [ellos], bajo el riesgo de que dicha intervención impida que los individuos puedan, por propia iniciativa, encontrar el camino hacia su bienestar”*⁵⁰. Solo en esos casos estaremos ante justificaciones excepcionales y constitucionalmente válidas que

⁴⁸ Sentencia recaída en el Expediente No. 0008-2003-AI/TC, disponible en: <https://bit.ly/3eC7swX>

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ BULLARD, Alfredo. Comentarios al artículo 1355° del Código Civil. En: Comentarios al Código Civil por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica.

habiliten al Estado a definir el alcance de ciertas obligaciones y responsabilidades de algunos contratos.

92. A efectos de definir qué tipo de regulaciones cumplen con el rol excepcional de intervención del Estado, toda normativa debe pasar el **test de razonabilidad**, herramienta reconocida por el Tribunal Constitucional para medir la proporcionalidad de los actos limitativos de derechos. En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de proporcionalidad o razonabilidad es “*un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos*”, tratándose de una técnica a partir de la cual se debe determinar si una intervención estatal resulta o no excesiva⁵¹.
93. Específicamente, de acuerdo con lo indicado por el referido tribunal, para que una medida que restringe derechos sea considerada válida, debe cumplir con tres subprincipios:
- (i) El primero de ellos se refiere a la **idoneidad o adecuación** de la medida⁵². Según éste, la regulación debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo y ser capaz de alcanzar dicha finalidad.
 - (ii) El segundo subprincipio se refiere a la **necesidad** de la medida⁵³. De acuerdo con dicho subprincipio, la norma será inconstitucional si es posible identificar una medida que sea igualmente idónea para alcanzar el fin propuesto, pero limite en menor medida el derecho en conflicto.
 - (iii) Por último, el subprincipio de **proporcionalidad en sentido estricto**⁵⁴ exige comparar el grado (leve, medio o alto) de realización del fin propuesto y la magnitud de la restricción del derecho.
94. Lo anterior impone en el Estado la obligación de justificar la constitucionalidad y la razonabilidad de sus intervenciones. De haberse seguido un adecuado AIR, dichas justificaciones y la evidencia de la razonabilidad de las intervenciones regulatorias del Estado deberían encontrarse contenidas en la exposición de motivos de las normas.
95. En caso no exista una justificación para la intervención estatal o ésta se efectúe a través de mecanismos desproporcionados o que no sean los menos gravosos para los individuos, tal intervención deberá de ser considerada contraria al marco constitucional.

⁵¹ Sentencia recaída en el Expediente No. 2868-2004-AA. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/02868-2004-AA.html>

⁵² *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. FJ 65.1 de la STC recaída en el Exp. N° 0048-2004-AI

⁵³ *Subprincipio de necesidad*. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. FJ 65.2 de la STC recaída en el Exp. N° 0048-2004-AI

⁵⁴ *Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental. FJ 65.3 de la STC recaída en el Exp. N° 0048-2004-AI.

96. Tomando en cuenta lo desarrollado hasta el momento, para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones del DL 1492 vinculadas a los contratos de transporte marítimo internacional se seguirán los siguientes pasos de análisis:

Paso 1 - Idoneidad: Evaluación de los fines del DL 1492 y de sus resultados esperados

En este paso, se deberán identificar los problemas que se desean atender, la evidencia que demuestre la existencia de dichos problemas, así como la justificación que sustenta la regulación. Para tales efectos, se evaluará si el referido decreto legislativo se justifica en la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, como lo sería la solución de alguna falla de mercado.

De verificarse la existencia de algún problema vinculado a un fin constitucionalmente protegido, se deberá determinar si la restricción impuesta resulta idónea para alcanzar la finalidad perseguida (corregir la falla de mercado detectada).

Paso 2 - Necesidad: Evaluación y comparación de alternativas

En este paso se deberán evaluar las medidas alternativas existentes para atender el objetivo. Siguiendo las recomendaciones del AIR, dentro de dichas alternativas se debe empezar por identificar el escenario base, entendido como el contexto regulatorio existente previo a la dación del DL 1492, así como la existencia de medidas de auto regulación que resulten menos lesivas y cumplan con los objetivos buscados con la norma. Una vez identificadas las alternativas disponibles, se compararán dichas medidas con el DL 1492 a fin de identificar la menos lesiva o costosa.

Paso 3 – Proporcionalidad en sentido estricto: Evaluación de costo-efectividad

Según lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, a través del principio de proporcionalidad en sentido estricto se busca evaluar si una injerencia del Estado en derechos fundamentales de los ciudadanos es legítima tomando en cuenta que el grado de realización del objetivo debe ser por lo menos equivalente o proporcional a la afectación del derecho fundamental identificado.

V. EVALUACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO 1492 VINCULADAS A LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL

97. Tal como se ha descrito en los acápites previos, las disposiciones del DL 1492 vinculadas a los contratos de transporte marítimo internacional establecen cuáles son los términos que deberían incorporarse en dichos contratos, el contenido que deben tener los documentos de transporte, la extensión de la responsabilidad del transportista y el alcance de la obligación de pago de los dueños consignantes o consignatarios de la carga. Estas disposiciones buscan regular y modificar las reglas aplicables a los contratos de transporte marítimo internacional en el largo plazo.

98. En dicha medida, dicho extremo del DL 1492 constituye una intervención normativa que afecta la libertad de contratar y la libre iniciativa privada de los operadores.
99. Como se ha mencionado, la libertad de contratar es un derecho fundamental reconocido en la Constitución, el cual se relaciona con la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha referido al contenido de este derecho señalando lo siguiente:

“Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de destacar que el derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido:

*“a. **Libertad de contratar**, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y*

*b. Libertad contractual—que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (...)—, también conocida como **libertad de configuración interna**, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el **contenido del contrato**” (...). Desde esta perspectiva, según este Tribunal, “el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público” (...)⁵⁵.*

100. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, a través del reconocimiento de la libertad para contratar se garantiza que los agentes tengan la libertad de decidir cómo, cuándo y con quién contratan. Además, también se garantiza la libertad de configuración interna, esto es, el derecho de definir el contenido o las reglas que regirán los contratos. Es por ello que, a nivel legislativo, el Código Civil define a los contratos como acuerdo de voluntades para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídico patrimoniales⁵⁶.
101. Al establecer cuál debe ser el contenido expreso de los contratos de transporte marítimo internacional y forzar a las partes a incluir en ellos determinados términos, el DL 1492 viola gravemente la libertad de configuración interna que forma parte del contenido fundamental de la libertad de contratar.
102. Por ello, antes de analizar si la norma cumple con el test de proporcionalidad, corresponde describir el contexto en el que se desarrolla el proceso de contratación de una operación de transporte marítimo internacional.

⁵⁵ Sentencia recaída en el Expediente No. 02175-2011-PA/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02175-2011-AA.html>

⁵⁶ Código Civil
Artículo 1351º.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

V.1 Sobre la contratación del servicio de transporte marítimo internacional

103. Tal como se señala en la “Guía de orientación al usuario de transporte acuático” (“Guía de Orientación”) del MINCETUR las relaciones entre los usuarios (consignante o consignatario) y transportistas o porteadores *“no deben verse de forma aislada, ya que al acordar los términos y condiciones del contrato de compra-venta internacional las partes deben decidir entre otras cosas quien se ocupará del transporte, del seguro, del financiamiento, etc”*⁵⁷. En ese sentido, *“el contrato de compra-venta es el acuerdo básico de la transacción y establece el marco de los contratos subsiguientes (de transporte, de seguro, de financiamiento, etc)”*⁵⁸.
104. Por ello, *“algunas de las cuestiones principales se tratan en la denominada cláusula de entrega (de las mercancías) o de transporte [de los contratos de compra venta internacional] en la que las partes **acuerdan la división entre ellas de los costos y riesgos involucrados en el transporte de las mercancías.** El contrato de compra-venta internacional de mercancías determina quién es responsable de contratar el transporte marítimo y por cuenta de quien y, por tanto, cuáles son las condiciones que rigen entre el porteador y el usuario nacional”*⁵⁹.
105. En ese sentido, las partes de un contrato de compraventa internacional suelen acordar la distribución de los costos y riesgos asociados a la negociación y celebración de los contratos de transporte de las mercancías objeto de la transacción. Así, por ejemplo, como suele suceder en la mayoría de las operaciones de importación, un vendedor extranjero podría acordar con un comprador local que las mercancías serán trasladadas al país en términos FOB (*Free on Board*). En dichos casos, el importador local acepta que el exportador extranjero elija a la línea naviera que transportará la carga, así como a los agentes y operadores logísticos locales que operan con dicha línea a fin de brindar los servicios necesarios para que las mercancías sean desembarcadas y entregadas en puertos peruanos.
106. Al momento de contratar, el exportador extranjero debe conocer o estar en posibilidad de conocer aplicando una diligencia ordinaria los términos que regirán el transporte de las mercancías objeto del contrato de compraventa internacional hasta su entrega. Los resultados de la negociación de dicho exportador sin duda afectarán al importador local, en tanto éste tendrá que recibir y en muchos casos asumir los costos de los servicios necesarios por la entrega de la carga, según los términos que el exportador hubiera negociado.
107. La información que se intercambie entre el exportador y el importador local con ocasión de los términos negociados por el exportador al contratar con la línea naviera, resultan y permanecen ajenas a la relación que se sostiene con la línea naviera. Los defectos en la comunicación que pudiera existir en la relación entre el exportador y el importador local no le son imputables a la línea naviera ni a sus agentes.

⁵⁷ “Guía de Orientación al Usuario del Transporte Acuático”, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, 2015. p. 12. Disponible en:

https://www.mincetur.gob.pe/wp-content/uploads/documentos/comercio_exterior/facilitacion_comercio_exterior/Guia_Transporte_Acuatico_13072015.pdf

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

108. No resultaría válido que el importador alegue no haber sido parte del contrato de transporte marítimo, no conocer sus términos o no haber contratado con los agentes que intervienen en la cadena logística para la entrega de la carga por el solo hecho de no haber negociado directamente con dichos actores. Ello pues dicho importador, indirectamente, elige a la línea naviera, a sus agentes y operadores logísticos al aceptar que dicha negociación queda en manos del exportador. Por tanto, asume el riesgo de los costos que podrían serle trasladados como consecuencia de dicha negociación del exportador con la línea naviera.
109. Además, como también lo indica la Guía mencionada del MINCETUR, si el usuario nacional no tiene una relación contractual con el porteador (como en el ejemplo citado), las condiciones relativas a la entrega de la carga podrán inferirse del conocimiento de embarque **o de los usos y costumbres**⁶⁰.
110. La necesidad de hacer pagos adicionales al flete en los puertos de destino, asociados a actividades y servicios vinculados con la entrega de la carga, se deriva de un uso y costumbre a nivel local. Además, dicha información suele ser puesta en conocimiento de los usuarios de transporte marítimo internacional a través de menciones incorporadas en los documentos intercambiados para cerrar dichos contratos. Las condiciones específicas son hechas públicas por las navieras de manera general (publicación en sus páginas web), existiendo incluso mecanismos que facilitan la identificación y comparación de la aplicación de dichos costos por diferentes empresas navieras (Callo Online). Se trata pues de costos que, son conocidos o pueden ser conocidos, usando una diligencia ordinaria por todos aquellos que participan en este tipo de operaciones.
111. En ese sentido, lo importante en la celebración de los contratos de transporte marítimo internacional es que las partes que negocian conozcan, o puedan razonablemente conocer, los términos y condiciones que regirán dichas operaciones.

V.2 Paso 1: EL DL 1492 no se encuentra debidamente justificado

- **Sobre la justificación contenida en el DL 1492**

112. Contrariamente a lo que exige el principio constitucional de participación democrática y la Ley y el Reglamento de la Ley marco para la producción y sistematización legislativa, el proyecto del DL 1492 no fue divulgado para comentarios ni contiene una Exposición de Motivos publicada. Dicha exposición de motivos tendría que haber contenido el análisis costo-beneficio de la norma y los objetivos específicos que se buscan atender.
113. A pesar de no contar con dicha fundamentación, de una revisión de la parte considerativa DL 1492 es posible identificar que uno de los objetivos pretendidos por la norma (que, como hemos visto excede la delegación de facultades) es *“determinar el alcance del servicio del transporte marítimo con el propósito de*

⁶⁰ “Por otro lado, si el usuario extranjero es quien contrate el transporte, registrará sus relaciones con el porteador en base al contrato de transporte marítimo celebrado con éste. Por su parte, el usuario nacional y el porteador registrarán sus relaciones en base a las condiciones del conocimiento de embarque (si éste ha sido transferido, por ejemplo, por endoso), en tanto que si el usuario nacional no tiene una relación contractual con el porteador, solo podrán inferirse ciertas condiciones relativas a la entrega de la carga, ya sea del conocimiento de embarque o de los usos y costumbres”. En: “Guía de Orientación al Usuario del Transporte Acuático”, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, 2015. p. 12.

garantizar los principios de transparencia en la estimación de costos; reducir la asimetría de la información entre los operadores que participan en la cadena logística de comercio exterior y promover la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios”.

114. En ese sentido, de una revisión del DL 1492, es posible identificar que el fin buscado por el Capítulo III de la norma sería principalmente reducir problemas de información y transparencia que afectarían a “*los operadores de la cadena logística de comercio exterior*”, es decir, a las líneas navieras, operadores logísticos, usuarios, importadores y exportadores.
115. Tomando en cuenta lo anterior, corresponde identificar a qué tipo de operadores o usuarios de servicios en el mercado se debe proteger constitucionalmente a fin de reducir problemas de información.
116. Al respecto, el régimen constitucional de protección al consumidor busca proteger a usuarios finales que contratan con proveedores en relaciones “desiguales”, caracterizadas por la asimetría de información. Es decir, no protege a todos los usuarios contratantes de bienes o servicios en el mercado.
117. La protección al consumidor constituye uno de los principios generales del régimen económico de la Constitución que ha sido recogido expresamente en su artículo 65° cuando señala que “*el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población*”. En ese sentido, garantizar el derecho a la información sobre los servicios que contraten los consumidores finales constituye un fin constitucionalmente protegido.
118. Al respecto, es importante mencionar que a través del sistema de protección a los consumidores se busca corregir la falla de mercado derivada de la asimetría de información entre los consumidores y los proveedores, en tanto éstos siempre tendrán mayor información sobre los productos y servicios que ofrecen en el mercado. Es esta situación la que justifica la creación de un régimen particular de protección al consumidor, en el que se establecen obligaciones especiales de revelación de información por parte de los proveedores.
119. Así, este régimen constitucional ha sido desarrollado a nivel legislativo en la Ley No. 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), que mantiene como una de sus principales finalidades la reducción de la asimetría informativa. Por ello, artículo II del Código establece lo siguiente:

“Artículo II.- Finalidad

*El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, **reduciendo la asimetría informativa**, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código”.*

[Énfasis agregado]

120. En dicho Código se establece, entre otros, que *“el proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”*. Esta obligación se sustenta en las diferencias de información que existen entre proveedores y consumidores, así como en los altos costos de transacción en que tendrían que incurrir estos últimos para realizar decisiones de consumo eficientes en ausencia de la regulación.
121. Como se puede observar, la protección constitucional a los consumidores se justifica en la existencia de fallas de mercado derivadas de la asimetría informativa, que puede determinar que, en relaciones particularmente “desiguales”, los agentes no cuenten con información suficiente para adoptar decisiones de consumo eficientes.
122. Por ello, el “consumidor” que debe ser protegido por el régimen de protección al consumidor, es aquel que es el destinatario final del bien o servicio de que se trate, no es habitual ni experimentado en las operaciones que realiza y; por lo tanto, debe asumir altos costos para acceder a mayor y mejor información sobre los bienes o servicios que consume.
123. Siguiendo lo anterior, el Código reconoce como consumidores a personas naturales o jurídicas que sean consumidores finales de bienes o servicios, así como a personas jurídicas, microempresarios en situación de asimetría informativa o empresas que participen en transacciones en las que el producto o servicio contratado sea usado en beneficio propio y no en el giro de su negocio como proveedor. Además, la norma es clara en señalar que *“no se considera consumidor (...) a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor”*⁶¹.
124. Lo anterior sin embargo no quiere decir que en las transacciones entre proveedores o actores sofisticados que adquieran bienes o servicios para los fines de sus actividades empresariales no puedan existir asimetrías o problemas de información que puedan generar controversias y reclamos entre ellos. Sin embargo, de acuerdo con el régimen constitucional, dichas controversias no deben estar sujetas a un régimen de protección al consumidor. Ello pues se entiende que, en tales casos, la especialización de los agentes, los bajos costos de transacción y las reglas existentes no justificarían una intervención reguladora adicional.
125. En efecto, la regulación de los contratos ya contiene normas que buscan corregir los vicios en la formación de la voluntad que puedan producirse por problemas

⁶¹ Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

vinculados a la información que tienen los agentes económicos al momento de contratar (reglas de error, dolo y fraude⁶²).

126. Entonces, de acuerdo con el marco constitucional aplicable no se encuentran protegidos bajo las normas de protección al consumidor, las personas naturales o jurídicas que adquieren bienes o contratan servicios para incorporarlos en sus actividades como proveedores. En tanto existen agentes económicos que por su naturaleza son o debieran ser capaces por si mismos de obtener información adecuada del mercado sin necesidad de una protección especial, el régimen de protección al consumidor no les debe ser aplicable.
127. Tomando en cuenta lo anterior, corresponde evaluar si existe evidencia de algún problema de información y transparencia en el mercado que afecte a los consumidores y usuarios constitucionalmente protegidos. Ello, pues siguiendo las mejores prácticas del AIR, toda política o regulación debe basarse siempre en evidencia y en la mejor información disponible⁶³. En efecto, no bastaría con que una norma declare que existe un problema o un fin protegido que se desea atender con la regulación. Debe existir evidencia que sustente dicha declaración.
128. A pesar de lo señalado de manera general por el DL 1492 sobre la existencia problemas que podrían afectar a los usuarios del comercio exterior, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, los contratos de transporte y de servicios conexos constituyen relaciones comerciales entre proveedores calificados y no entre proveedores y usuarios finales.
129. Así por ejemplo si se observa la lista de los principales exportadores en 2018 y 2019 es posible identificar que dentro de las diez principales empresas exportadoras de distintos sectores como el minero, agropecuario, pesquero, petrolero y químico se encuentran grandes empresas que suelen ser habituales en las actividades de comercio exterior y que no contratan los servicios de transporte marítimo internacional o servicios conexos como consumidores finales.
130. En el siguiente listado obtenido del Reporte Mensual de Comercio de agosto de 2019 del MINCETUR se puede observar a empresas como Antamina, Yanacocha, Glencore, Camposol, Quimpac, Goodyear, entre otros:

⁶² Figuras reguladas en el Código Civil por las cuales se busca, entre otros, atender a situaciones en las que las partes contratan sin contar con información suficiente o debida, contando con información inexacta o bajo engaño.

⁶³ "Evidence-based policy making is a well understood and accepted tenet of good governance. Policies and/or regulations should be always based on the best available information, data, analysis and scientific expertise and take into account all potential alternative solutions to a problem". En: OECD (2020). Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy. 2020. Paris. Disponible en: <https://bit.ly/36eYsKp>

Nº	Empresas	Exportaciones		Var. %	Nº Mercados
		Ene-Ago 2018	Ene-Ago 2019		
Exportaciones		32 063	29 699	-7,4%	171
Minería		18 777	17 069	-9,1%	55
1	Antamina	2 512	1 978	-21,3%	16
2	Cerro Verde	2 018	1 693	-16,1%	8
3	Southern	1 326	1 525	15,0%	16
4	Las Bambas	1 679	1 153	-31,3%	9
5	Trafigura	1 073	1 111	3,6%	8
6	Glencore	980	882	-10,0%	11
7	Antapaccay	912	763	-16,4%	6
8	Shougang Hierro Perú	323	632	95,8%	3
9	Yanacocha	435	507	16,4%	2
10	Chinalco	404	417	3,2%	6
Agropecuario		3 902	4 103	5,1%	140
1	Camposol	181	148	-18,3%	24
2	Vitapro	128	134	5,1%	9
3	Virú	109	116	7,2%	37
4	Danper Trujillo	94	99	5,4%	36
5	Cons. de Productores de Fruta	65	89	37,2%	30
6	Avocado Packing Company	54	81	48,6%	12
7	Agrícola Cerro Prieto	55	70	28,2%	18
8	Agrícola Drokasa	60	67	10,6%	24
9	Gloria	67	66	-1,7%	46
10	Procesadora Laran	51	62	21,2%	33
Pesquero		2 648	2 579	-2,6%	96
1	Tecnológica de Alimentos	373	386	3,3%	30
2	Pesquera Exalmar	174	176	1,2%	32
3	Copeinca	240	172	-28,3%	11
4	Pesquera Diamante	146	162	10,5%	23
5	Pesquera Hayduk	192	148	-23,2%	35
6	Austral Group	142	113	-20,2%	19
7	CFG Investment	114	101	-12,1%	8
8	DSM Marine Lipids Perú	55	72	29,1%	12
9	Seafrost	72	65	-9,7%	26
10	Marinasol	48	63	31,0%	16
Petróleo y gas natural		2 724	2 050	-24,7%	54
1	Refinería La Pampilla	762	478	-37,3%	6
2	Pluspetrol Perú Corporation	537	435	-18,9%	4
3	Perú LNG	645	409	-36,6%	8
4	Petroperú	339	338	-0,3%	14
5	Repsol Marketing	226	202	-10,5%	18
6	AIR BP PBF del Perú	89	102	14,3%	17
7	Terpel Comercial del Perú	12	25	103,7%	15
8	Corporacion Primax	15	21	45,1%	2
9	Oil Trading	11	18	58,9%	1
10	Fuel Logistics	8	18	136,7%	14
Químico		1 038	1 062	2,3%	132
1	OPP Film	96	94	-2,3%	27
2	Quimpac	83	61	-26,8%	23
3	Southern Perú Copper	31	46	49,8%	5
4	Zinc Industrias Nacionales	48	42	-13,4%	35
5	Goodyear del Perú	37	36	-4,5%	24
6	Intradevco Industrial	32	35	9,7%	29
7	San Miguel Industrias	27	31	13,1%	25
8	Perúplast	32	30	-5,6%	24
9	Nexa Resources Cajamarquilla	14	30	116,1%	2
10	Sucroalcolera del Chira	19	29	57,2%	3
Resto		2 973	2 836	-4,6%	
Nº Total de Exportadores		6 749	6 823	1,1%	

Fuente: SUNAT/Elaboración: VMCE

Fuente: MINCETUR⁶⁴.

131. En la misma línea, en el reporte mencionado se pueden observar como principales empresas importadoras en el país a Ferreyros, Samsung, Toyota, Huawei, Procter & Gamble, entre otras:

Empresas importadoras (US\$ Millones)

⁶⁴ Ver: <https://www.mincetur.gob.pe/comercio-externo/reportes-estadisticos/reportes-de-comercio/reporte-mensual-de-comercio-externo/>

Nº	Empresas	Importaciones		Var. %	Nº Mercados
		Ene-Ago 2018	Ene-Ago 2019		
	Importaciones	28 737	28 173	-2,0%	211
	Metal mecánico	9 709	9 851	1,5%	183
1	Ferreyros	396	499	25,9%	70
2	Samsung Electronics	340	441	29,7%	17
3	Toyota	323	393	21,5%	41
4	Huawei	270	236	-12,8%	21
5	Diveimport	222	230	3,3%	63
6	LG Electronics	254	209	-17,8%	11
7	Automotores Gildemeister	189	170	-10,1%	39
8	América Móvil	171	168	-1,7%	19
9	Derco	209	161	-23,0%	61
10	Komatsu-Mitsui Maquinarias	145	159	10,0%	49
	Químico	5 202	5 225	0,4%	130
1	Procter & Gamble	83	112	35,4%	7
2	Ministerio de Salud	69	107	56,5%	21
3	Petroperú	127	104	-18,1%	14
4	Molinos & Cia	78	103	31,1%	13
5	San Miguel Industrias	90	97	7,1%	30
6	Orica Mining Services	78	77	-2,0%	12
7	OPP Film	95	77	-19,4%	27
8	Exsa	56	71	27,7%	16
9	Bridgestone Off The Road Tire	55	65	18,8%	2
10	Kimberly-Clark	62	54	-12,6%	20
	Petróleo y gas natural	4 579	3 913	-14,5%	56
1	Petroperú	1 893	1 645	-13,1%	7
2	Refinería La Pampilla	1 919	1 386	-27,8%	6
3	Pure Biofuels del Perú	389	393	1,1%	3
4	Mobil Petroleum Overseas Company	-	111	-	1
5	Repsol YPF	83	51	-38,8%	2
6	Repsol Energy	39	51	29,5%	1
7	Phoenicca	12	46	278,0%	1
8	Mobil Oil del	40	44	10,9%	3
9	Nexo Lubricantes	34	32	-6,9%	5
10	Pluspetrol	16	24	45,3%	2
	Agropecuuario	3 291	3 212	-2,4%	92
1	Alicorp	272	276	1,6%	20
2	Contilatin	229	226	-1,4%	4
3	ADM Andina	221	224	1,1%	4
4	Cargill Américas	165	177	7,4%	5
5	San Fernando	129	144	11,4%	7
6	Gloria	129	89	-30,8%	21
7	Bunge Perú	76	68	-10,7%	3
8	R. Trading	85	63	-26,1%	1
9	Backus y Johnston	43	52	20,0%	12
10	Chimú Agropecuaria	51	45	-12,2%	4
	Sidero-metalúrgico	1 712	1 674	-2,2%	105
1	Corporación Aceros Arequipa	295	183	-37,8%	34
2	Empresa Siderúrgica del Perú	134	129	-3,7%	16
3	Moly-cop Adesur	94	83	-12,2%	3
4	Comercial del Acero	66	64	-2,8%	11
5	Tradi	61	63	3,3%	7
6	Gloria	38	41	5,6%	33
7	Prodac	47	37	-20,0%	16
8	Aceros Chilca	20	31	51,3%	8
9	Miromina	26	31	19,0%	3
10	Ferreyros	29	30	1,9%	46
	Resto	4 244	4 298	1,3%	
	Nº Total de Importadoras	27 939	29 479	5,5%	

Fuente: SUNAT/Elaboración: VMCE

Fuente: MINCETUR⁶⁵.

132. En el caso particular de la ruta China-Perú, principal ruta de intercambio comercial con el país, se observa lo mismo. Los principales importadores y exportadores desde y hacia China son empresas especializadas que suelen negociar grandes volúmenes de carga con los operadores logísticos de comercio exterior. En el caso de la exportación, el 85% de las exportaciones se encuentran concentradas en veinte empresas de distintos sectores productivos:

⁶⁵ Ver: <https://www.mincetur.gob.pe/comercio-exterior/reportes-estadisticos/reportes-de-comercio/reporte-mensual-de-comercio-exterior/>

Principales empresas que exportan bienes hacia China al 2019
(monto en USD Millones)

Empresa	Sector	Principal producto exportado	Monto	Participación
Minera Antamina	Minero	Cobre	2,316	17%
Cerro Verde	Minero	Cobre	1,754	13%
Southern Copper	Minero	Cobre	1,230	9%
Las Bambas	Minero	Cobre	1,211	9%
Trafigura	Minero	Cobre	936	7%
Shougang Hierro	Minero	Hierro	933	7%
Glencore	Minero	Cobre	662	5%
Antapaccay	Minero	Cobre	597	4%
Norsemont	Minero	Cobre	395	3%
IXM Trading	Minero	Cobre	302	2%
Tecnológica de Alimento	Pesquero	Harina de pescado	271	2%
Copeinca	Pesquero	Harina de pescado	181	1%
Pesquera Hayduk	Pesquero	Harina de pescado	142	1%
Pesquera Exalmar	Pesquero	Harina de pescado	140	1%
Pesquera Diamante	Pesquero	Harina de pescado	134	1%
Cfg Investment	Pesquero	Harina de pescado	96	1%
Austral Group	Pesquero	Harina de pescado	76	1%
Pesquera Centinela	Pesquero	Harina de pescado	54	0%
Oceano Seafood	Pesquero	Pota	35	0%
P. Andina De Congelados	Pesquero	Pota	31	0%
Otras empresas	-	-	2,007	15%
Total			13,503	100%
Número total de empresas exportadoras				608

Fuente: Reportes Bilaterales-Socios Comerciales 2019-Mincetur

Reportes disponibles en: <https://www.mincetur.gob.pe/comercio-externo/reportes-estadisticos/reportes-de-comercio/reportes-de-comercio-bilateral/>

133. En el caso de la carga de importación desde China al Perú en 2019, el 21% del valor de las importaciones se deriva de operaciones realizadas por 19 agentes. Además, si bien el 79% restante se encuentra distribuido entre varios otros importadores, el 49% (en valores FOB) de dicho grupo corresponde a empresas que aparecen en el ranking de las Top 10 mil 2018⁶⁶. Es decir, se trata de empresas grandes que contratan los servicios del transporte marítimo internacional y realizan operaciones de importación como parte de su giro de negocio habitual y en su calidad de usuarios intermedios, no como consumidores finales.

⁶⁶ Según información de aduanas (consultada a SUNAT el 19 de mayo de 2020) en el 2019 22, 979 importadores movilizaron US\$ 9,778 millones, de los cuales el 28.88% del valor FOB total se concentró en 26 importadores. El restante 71.12% del valor FOB total se distribuyó entre 22,953 importadores, de los cuales 3000 (49.07% en valor FOB) se encuentran rankeados en el top10 mil 2018.

Principales empresas que importan bienes desde China al 2019
(monto en USD Millones)

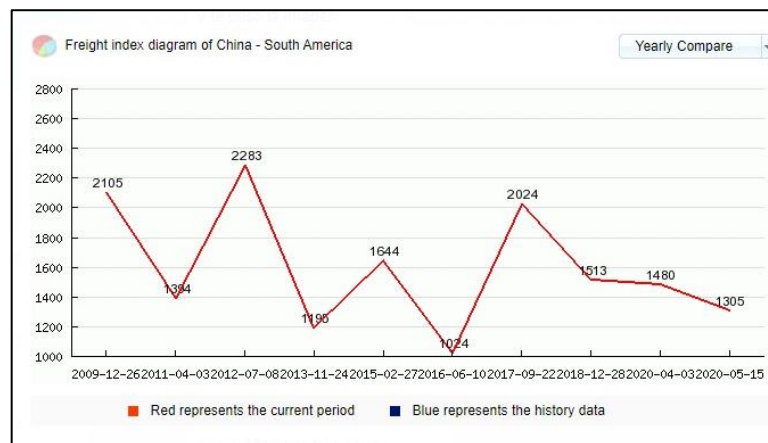
Empresa	Sector	Principal producto exportado	Monto	Participación
Huawei	Capital	Celular	334	3%
Samsung	Capital	Celular	212	2%
Claro	Capital	Celular	201	2%
Saga Falabella	Consumo	Prendas	165	2%
Telefónica	Capital	Prod. de comunicación	140	1%
Tech Data	Capital	Computadora	133	1%
Grupo Deltron	Capital	Computadora	115	1%
Ripley	Consumo	Prendas	100	1%
Hipermercados Tottus	Consumo	Prendas	95	1%
Hipermercados Metro	Consumo	Prendas	87	1%
Hp Inc	Capital	Computadora	78	1%
Ferreyros	Capital	Excavadora	65	1%
Intcomex	Capital	Computadora	64	1%
Maestro	Consumo	Mueble-Metal	64	1%
Supermercados Peruanos	Consumo	Calzado	62	1%
Entel	Capital	Celular	57	1%
Lg Electronics	Consumo	Equipo-sonido	50	0%
Tiendas Peruanas (Oeschle)	Consumo	Calzado	49	0%
Automotriz Latinoamericana	Consumo	Vehículos	45	0%
Otras empresas	-	-	8,146	79%
Total			10,262	100%
Número total de empresas importadoras			22,957	

Fuente: Reportes Bilaterales-Socios Comerciales 2019-Mincetur

Reportes disponibles en: <https://www.mincetur.gob.pe/comercio-externo/reportes-estadisticos/reportes-de-comercio/reportes-de-comercio-bilateral/>

134. Como se puede observar, además de las líneas navieras y operadores logísticos, los importadores y exportadores que intervienen en las transacciones de comercio internacional pueden ser calificados como empresarios sofisticados y especializados que cuentan con información sobre las operaciones vinculadas a su negocio, como el transporte marítimo y los servicios complementarios a él. En ese sentido, no se observa que existan costos de transacción altos o asimetrías de información entre ellos.
135. En atención a lo anterior, es posible afirmar que las operaciones de la cadena logística de comercio exterior se caracterizan por la presencia de agentes con alto poder de negociación y que no contratan servicios de transporte marítimo internacional de forma aislada. Son agentes habituales y experimentados en las operaciones que realizan. Entonces, si existieran, la reducción de supuestas asimetrías de información entre estos agentes no resulta un fin constitucionalmente protegido.
136. Siendo ello así, el fin buscado por el Capítulo III del DL 1492 que consistiría principalmente en reducir problemas de información y transparencia que afectarían a los operadores de la cadena logística no se encontraría sustentado en un fin constitucionalmente protegido. El marco constitucional solo admite intervenciones regulatorias justificadas en los casos en los que se busquen reducir asimetrías informativas presentes en las relaciones contractuales de los consumidores finales.
137. Sin perjuicio de lo anterior, incluso si consideráramos que existen problemas de asimetría de información, éstos solo se presentarían en casos de pequeños importadores o exportadores o agentes que solo contratan los servicios de la cadena logística debido a necesidades específicas y para su uso final. Es decir, solo se justificaría para solucionar fallas de mercado que afectan a los consumidores finales.

138. Es importante mencionar que en este mercado tampoco existe evidencia de monopolios o situaciones de falta de competencia que podrían justificar la regulación. A manera de ejemplo, de una revisión del índice de fletes de China a Sudamérica en los últimos diez años es posible observar una tendencia de precios dinámica y decreciente que demuestra la efectiva competencia que existe entre las líneas navieras. Ello se puede observar a continuación:



Fuente: China Forwarders Freight Index (CFFI) ⁶⁷

139. Finalmente, cabe señalar que a nivel constitucional no resultaría válido justificar la intervención reguladora del Estado en la necesidad de corregir supuestos desbalances en el poder de negociación de acuerdos entre privados -distinta la sanción de las prácticas de abuso de una posición de dominio en el mercado-. Dichos desbalances son usuales en cualquier tipo de negociación entre particulares, en los que es probable que una de las partes en la relación ostente un mayor poder de negociación. Tal es el caso por ejemplo de la negociación de suministros entre un fabricante de productos y una cadena de supermercados, entre un proveedor de insumos y fabricantes de productos terminados que requieren de dicho insumo, o entre el propietario de un inmueble y un arrendador.
140. Los mercados funcionan regularmente con este tipo de desbalances. Cualquier intervención regulatoria que limite la libertad de contratar y la libre iniciativa de los privados en dichas relaciones debe ser excepcional y supletoria al ejercicio de dichas libertades. Por eso, solo se justifica intervenir cuando existan asimetrías de información o altos costos de transacción acreditados que impidan que las partes tomen decisiones de contratación eficientes. Una intervención que simplemente pretenda “mejorar” la posición de una de las partes al interior de una negociación contractual entre privados, no resultaría constitucionalmente legítima.
- **Antecedentes confirman que el DL 1492 no se encuentra debidamente justificado**
141. En el pasado se han rechazado iniciativas similares al DL 1492 que, en aras de reducir supuestos problemas de información entre los agentes del comercio exterior, han pretendido modificar el contenido de los contratos de transporte marítimo internacional y las reglas aplicables para solucionar controversias derivadas de dichos contratos.

⁶⁷ Ver: http://en.shippingchina.com/scfi/index/detail/line_id/2/date1/2015-05-05/date2/2020-05-19.html

142. El Proyecto de Ley No. 4451-2014-CR⁶⁸ (en adelante, PL 4451), presentado por la Congresista Natalie Condori, tenía por objeto, entre otros, corregir la supuesta falta de transparencia en la facturación de los servicios de los contratos de transporte:

“Artículo 1°.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto incrementar la competitividad del sector marítimo portuario a través de [sic] eliminación de costos ajenos al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías, corregir la falta de transparencia en la facturación de los servicios o en la determinación del operador de comercio exterior que debería asumirlos, así como precisar las responsabilidades de las partes contratantes”.

[Énfasis agregado]

143. Para tales efectos, se proponía, entre otros, la incorporación de una definición del contrato de transporte internacional marítimo de mercancías a fin de que éste incluya *“todos los gastos, servicios, operaciones, cumplimiento de obligaciones administrativas inherentes al ingreso o salida del medio de transporte con mercancías hacia y desde territorio aduanero, y en general cualquier costo o gasto conexo y servicios complementarios que resulten necesarios para la entrega de la carga al consignatario o para el embarque de mercancías”*⁶⁹.
144. Según la Exposición de Motivos del PL 4451⁷⁰, esta disposición se sustentaba en que *“las partes que lo suscriben no se encuentran en igualdad de condiciones para negociar los términos contractuales”*. Por ello, la incorporación de la definición de los contratos permitiría *“evitar que, aprovechando un vacío legal, los transportistas direccionen la carga hacia almacenes privados con el consecuente perjuicio del dueño o consignatario de la carga, quien tendrá que pagar por servicios de no contrató”*.
145. Como parte del proceso de evaluación, el Indecopi analizó la propuesta legislativa según consta en el Informe No. 031-2015/GEE de fecha 2 de junio de 2015⁷¹. Y, al respecto, concluyó (i) que no se había recabado evidencia suficiente que demuestre la existencia de un problema ni su magnitud; (ii) que no se habían

⁶⁸ Proyecto de Ley No. 4451/2014-CR presentado por la Congresista Natalie Condori Jahuirá el 23 de abril de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/3bQJdbs>

⁶⁹ Proyecto de Ley No. 4451/2014-CR
“Artículo 2°.- Definiciones
Incorpórese y modifíquese las siguientes definiciones al artículo 2° del Decreto Legislativo 1053 Ley General de Aduanas:
 (...)

Contrato de Transporte Internacional Marítimo de Mercancías: Se refiere al compromiso de transporte documentado por un Conocimiento de Embarque, en el cual se regula las relaciones entre el transportista y el tenedor del mismo. Incluye todos los gastos, servicios, operaciones, cumplimiento de obligaciones administrativas inherentes al ingreso o salida del medio de transporte con mercancías hacia y desde territorio aduanero, y en general cualquier costo o gasto conexo y servicios complementarios que resulten necesarios para la entrega de la carga al consignatario o para el embarque de mercancías, los cuales deberán ser consignados en [sic] mencionado documento de transporte internacional. (...).”

⁷⁰ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 4451/2014-CR presentado por la Congresista Natalie Condori Jahuirá el 23 de abril de 2015. p.4-7 Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/0/194910c30b678da505257e3000825492/\\$FILE/PL0445120150423.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/0/194910c30b678da505257e3000825492/$FILE/PL0445120150423.pdf)

⁷¹ Informe No. 031-2015/GEE de fecha 2 de junio de 2015 emitido por la Gerencia de Estudios Económicos y la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. Disponible en: <https://indecopi.gob.pe/documents/20182/178372/Informe031-2015-GEE.pdf/2e7f70d0-9d38-42f1-be52-c3b2148e15ef>

analizado los posibles costos y beneficios de la medida ni sus efectos; y, (iii) que no se había demostrado que se hayan analizado otras medidas alternativas.

146. En relación con la identificación del supuesto problema que se buscaría solucionar con las medidas propuestas, el Indecopi señaló que si bien el PL 4451 sugería la existencia de un vacío legal que generaría “sobrecostos” a los consignatarios o dueños de la carga, el mismo no contenía “*evidencia que respalde este supuesto*”. Asimismo, en el informe se detalló que en el análisis costo-beneficio del proyecto “*no se ha[bían] incluido datos que permitan conocer la dimensión del problema identificado*” ni los beneficios que se obtendrían con la propuesta regulatoria. Por último, Indecopi indicó que el proyecto “*no cont[enía] ninguna valorización de los efectos de la medida, por lo que [...] desconoc[ía] si en el diseño regulatorio se ha[bía]n analizado otras alternativas distintas a los cambios legislativos propuestos*”.
147. Como se puede observar, al igual que el Capítulo III del DL 1492 que busca que se incluyan expresamente ciertos términos en los contratos de transporte marítimo internacional a fin de reducir supuestas brechas de información entre las partes, el PL 4451 buscaba solucionar un supuesto problema de falta de transparencia a través de la definición de los conceptos o gastos que debían incluirse en dichos contratos. Sin embargo, dicho PL 4551 fue rechazado y no fue aprobado por el Congreso. Ello, entre otros, porque como lo identificó el INDECOPI en su evaluación del proyecto, no existe evidencia de que en los hechos se produzcan problemas de información en las relaciones comerciales entre los agentes de la cadena logística de comercio exterior.
148. También en el sector del transporte aéreo se han presentado iniciativas similares. En el 2012, el Congresista de la República Carlos Bruce presentó el Proyecto de Ley No. 1885/2012-CR, Proyecto de Ley para la competitividad del Comercio Exterior fomentando la transparencia en la contratación de carga aérea internacional⁷² (“PL 1885”).
149. En este caso lo que se buscó fue modificar la Ley General de Aduanas e incluir en ella una definición del contrato de transporte aéreo que comprendiera las actividades desarrolladas por el transportista “*desde la aceptación de la carga en origen hasta su entrega al destinatario y/o su representante en el terminal de carga aéreo*”. En ese sentido, se propuso que “*los gastos y costos hasta [la] entrega [de la carga] a dicho destinatario y/o su representante estarán a cargo del transportista, debiendo quedar expresados en la carta de porte aéreo*”. De esta manera, según el PL 1885 se lograría un “*sinceramiento del concepto ‘flete’*”⁷³.
150. El PL 1885 nunca fue sometido a votación en el Pleno del Congreso. Según el Ministerio de Economía y Finanzas, la propuesta no cumplía con el criterio de necesidad pues ya existían en el ordenamiento disposiciones orientadas a la transparencia, además de que la medida pretendía regular aspectos de índole

⁷² Proyecto de Ley 1885-2012, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/4f1fde0157d6044205257af7007308fc/\\$FILE/PL01885180113.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/0/4f1fde0157d6044205257af7007308fc/$FILE/PL01885180113.pdf)

⁷³ Proyecto de Ley 1885-2012, p. 7 y 9.

estrictamente privada⁷⁴. Para Indecopi, la propuesta no contenía un análisis que demostrara la necesidad del objetivo que se pretendía obtener⁷⁵.

151. Estos antecedentes confirman que, como hemos indicado, no existen justificaciones para intervenir en los contratos de transporte marítimo internacional como lo ha hecho el DL 1492, debido a que no existen problemas de información que lo justifiquen o a que, de existir, cuentan con vías alternativas de solución. Una intervención regulatoria de este tipo resulta contrario a las mejores prácticas regulatorias y a la Constitución.

V.3 Paso 2: Existen medidas alternativas para resolver los eventuales problemas de información para el segmento de los consumidores finales

152. Siendo que el DL 1492 no cuenta con una justificación constitucionalmente válida, no correspondería analizar si existen medidas alternativas para confirmar si la norma cumple con el principio de necesidad. Basta que una norma que restringe derechos no cuente con fin constitucionalmente legítimo para que se considere que es inconstitucional.
153. Sin perjuicio de ello, como hemos mencionado, el único objetivo constitucionalmente válido que podría perseguir una regulación que busque brindar mayor transparencia e información en el mercado, debería estar orientado a reducir las asimetrías de información existentes entre proveedores y consumidores finales.
154. Según la metodología del AIR, asumiendo que lo que busca el DL 1492 es proteger solo a los consumidores finales, correspondería primero definir cuál sería el escenario base, es decir, el contexto regulatorio (estatal o no estatal) en el que se habría insertado la norma. Esto, a fin de verificar si su emisión resultaba necesaria o no.
155. Como veremos, existen medidas que buscan aportar mayor transparencia, información y protección a favor de los usuarios, consumidores finales. Tales medidas han sido aprobadas por el Estado y se refieren a la aplicación de las normas de protección al consumidor; a la implementación de plataformas de acceso público con información de servicios y condiciones aplicables, según lo establecido en la Ley 30809 que modificó la Ley 28977 – Ley de Facilitación del Comercio Exterior; así como a las guías orientativas del MINCETUR. Además, también existen medidas voluntarias y de autorregulación que han sido introducidas por los operadores de la cadena logística del transporte y comercio internacional, como el CallaoOnline.

⁷⁴ Predictamen recaído en el Proyecto de Ley No. 1885/2012-CR
“El Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante Oficio No. 864-2013-TC/02 remite el Informe 1985-2013-MTC/08 de la Oficina General de Asesoría Jurídica. Concluye que el proyecto de ley limitará la libertad de contratación reconocida por el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, Convenio de Montreal 1999, razón por la cual debe evaluarse la propuesta normativa a fin de no contravenir el citado instrumento internacional y otros que sean de aplicación en el marco de la práctica comercial internacional”.

⁷⁵ Predictamen recaído en el Proyecto de Ley No. 1885/2012-CR
“La Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Carta No. 101-2013/PRE-INDECOPI remite el Informe No. 006-2013/ST-CLC-INDECOPI emitido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, mediante el cual concluye que el objetivo del proyecto de ley parece, en principio, razonable; sin embargo, atendiendo a la importancia de la medida propuesta, considera que el análisis costo-beneficio contenido en el proyecto resulta insuficiente y debe ser completado, incluyendo la evaluación detallada de los costos y beneficios que la propuesta podría generar sobre los agentes económicos involucrados, el funcionamiento del mercado de transporte aéreo de carga y el bienestar de los consumidores, de manera que sea posible concluir que el balance será positivo para la sociedad”.

156. El Código que contiene las normas de protección al consumidor establece reglas y disposiciones exigibles a los proveedores que brindan servicios a los consumidores finales. Así, entre otros, se establece que los proveedores tienen la obligación de brindar a los consumidores toda la información necesaria para tomar una decisión de consumo adecuada, dentro de ellos, información sobre todos los costos que deberán ser asumidos. De no verificarse el cumplimiento de esta u otras obligaciones aplicables vinculadas a la idoneidad del servicio, los consumidores cuentan con una vía de protección especial ante el Indecopi en la que pueden plantear sus reclamos.
157. Existe evidencia que este tipo de vías vienen siendo utilizadas por consumidores finales en aquellos casos en los que se presume una violación a sus derechos como consumidores. Así, ya se han discutido reclamos presentados por consumidores ante la Comisión de Defensa del Consumidor del Indecopi vinculados a los costos incluidos en operaciones contratadas para el transporte marítimo de mercancías, así como al alcance e idoneidad de los servicios contratados. Este hecho acredita la existencia actualmente de vías para solucionar las eventuales controversias que pudieren surgir en las relaciones entre los transportistas y los consumidores finales con ocasión a los contratos de transporte.
158. A manera de ejemplo, en la Resolución No. 4550-2012/CPC⁷⁶, la Comisión de Protección al Consumidor No. 2 (la “Comisión”) resolvió el reclamo de la señora Maritza Delgado Velásquez (“Señora Delgado”) presentado en contra de la empresa Macromar Perú S.A.C. (“Macromar”), operador logístico al que había contratado a través de la empresa Logisber Forwarding S.L. de España (“Logisber Forwarding”) para la recepción de un contenedor con artículos personales y menaje de casa que serían transportados hacia el país.
159. La relación entre Logisber Forwarding, Macromar y la Señora Delgado fue descrita por la Comisión de la siguiente manera:
- “15. Sin embargo, de la revisión de los documentos alcanzados por las partes se aprecia que si bien la empresa que contrató la señora Delgado en España era Logisber Forwarding S.L se ha verificado que, el contenedor fue enviado a nombre de Macromar tal y como aparece en el Conocimiento de Embarque N° HBL11/2918/ME110183 de fecha 21 de junio de 2011, hecho que se comprueba a través de la revisión de los correos electrónicos enviados entre Macromar y Logisber Forwarding S.L en los que ambas partes manifiestan que trabajan en conjunto de forma habitual”.*
160. Bajo dicho contexto, en su denuncia la señora Delgado indicó que Macromar le habría cobrado importes indebidos por concepto de Congestión Portuaria, Document Fee y Handling Charge.
161. Al respecto, la Comisión consideró que el Document Fee y el Handling Charge cubrían costos principalmente relacionados con demoras que le eran imputables a la empresa, por lo que debieron ser asumidos por Macromar. Sin embargo, en

⁷⁶ Resolución No. 4550-2012/CPC de fecha 12 de diciembre de 2012. Disponible en: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/615130ca-4f09-4041-8d12-8b539098eba0>

relación con el concepto de congestión portuaria, la Comisión señaló que este era un cobro que algunas navieras cobraban por las colas y gastos en los que se incurre al momento de recoger la carga en el Puerto del Callao. Por ello, declaró infundado el reclamo en este extremo.

162. Otro caso reciente se vinculó a la denuncia interpuesta por la Señora Yolanda Rivara (“Señora Rivara”) en contra de Contimovers International S.A.C. (“Contimovers”) ante la Comisión por la falta de idoneidad en el servicio de transporte de carga y los costos generados para el recojo de las mercancías⁷⁷.
163. La Señora Rivara contrató a Contimovers para que se encargue del traslado del menaje de su casa desde el puerto del Callao hasta el puerto de Tampa en Miami, Estados Unidos. Antes del arribo de la carga, la empresa informó a la Señora Rivara que sus bienes llegarían al puerto de Miami, por lo que tuvo que contratar un servicio de transporte adicional y cancelar los gastos del puerto de Miami, que triplicaban a los del puerto de Tampa. Adicionalmente, para retirar sus bienes, la Señora Rivara tuvo que pagar una sobreestadia debido a que la empresa de almacenaje los retuvo por una deuda pendiente de Contimovers.
164. Al respecto, la Comisión resolvió declarar fundada la denuncia en tanto Contimovers incumplió con el deber de idoneidad por no brindar el servicio ofrecido (los bienes no llegaron al puerto acordado)⁷⁸ y porque la denunciante tuvo que asumir costos por sobreestadia que no le correspondían⁷⁹. Por ello, se impuso una multa a Contimovers y se le ordenó el reembolso de dichos costos.
165. En relación con las plataformas de acceso público que buscan proveer de información sobre servicios y condiciones aplicables, debemos referirnos al Módulo de Información sobre los Servicios de Logística de Comercio Exterior (“MISLO”).
166. Al respecto, el artículo 10° de la Ley No. 28977 - Ley de Facilitación del Comercio Exterior (“Ley de Facilitación del Comercio Exterior”) encargó al MINCETUR⁸⁰ la creación y administración de un módulo de información sobre los servicios de logística de comercio exterior de acceso gratuito al público y con información sobre la descripción, los precios y listado de los servicios de logística de comercio exterior⁸¹. Para ello se ha establecido que las líneas navieras, los agentes

⁷⁷ Resolución No. 228-2016/CC2 de fecha 11 de febrero de 2016. Disponible en: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/344dd967-d5bc-422e-99bb-ab1298116ff5>

⁷⁸ “10. Teniendo ello en cuenta se puede concluir que, si bien de acuerdo a la proforma se ofreció el servicio de transporte desde el puerto del Callao al puerto de Tampa (en la proforma, el pago del flete marítimo se calcula entre ambos puertos), de acuerdo al itinerario de la nave, el menaje fue transportado hasta el puerto de Miami (en donde fue recibido por Omega Relocations), no cumpliéndose así con el servicio ofrecido.” Resolución No. 228-2016/CC2 de fecha 11 de febrero de 2016. Disponible en: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/344dd967-d5bc-422e-99bb-ab1298116ff5>

⁷⁹ “17. Al respecto, obra en el expediente copia del documento denominado I nvoice de fecha 12 de mayo de 2015, el cual permite acreditar que la señora Rivara pagó US\$ 9 00,00 por concepto de cuatro (4) días de sobre estadia de sus bienes en el puerto, siendo que de acuerdo a la descripción del servicio que Contimovers puso en conocimiento de la denunciante, la referida empresa debía transportar el menaje de la señora Rivara hasta el puerto de Tampa, no estableciéndose obligación alguna a cargo de la denunciante respecto de asumir algún tipo de costo por sobre estadia en el puerto de Miami.” Resolución No. 228-2016/CC2 de fecha 11 de febrero de 2016. Disponible en: <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/344dd967-d5bc-422e-99bb-ab1298116ff5>

⁸⁰ La creación de este módulo fue originalmente encargada a Ministerio de Transportes y Comunicaciones en el año 2007. No obstante, mediante la Ley No. 30809 que modificó la Ley No. 28977 en el 2018, se trasladó dicha competencia al MINCETUR.

⁸¹ Ley No. 28977, Ley de facilitación del Comercio Exterior

marítimos, los agentes de aduana y los almacenes aduaneros, entre otros operadores, tienen la obligación de remitir dicha información al MINCETUR⁸².

167. Si bien, a la fecha, el Módulo de Información se encuentra en fase de implementación⁸³, recientemente el MINCETUR ha prepublicado un reglamento⁸⁴ con el que se busca implementar el MISLO. Dicho proyecto de reglamento, aprobado mediante Resolución Ministerial 053-2020-MINCETUR, establece que su finalidad es *“impulsar la transparencia en el mercado logístico a fin de reducir las asimetrías de la información”*.
168. Al respecto, es importante mencionar que en el estudio “Análisis de los Costos Portuarios y Marítimos” elaborado por el Banco Mundial, dicha institución recomendó la creación de un Observatorio de Transporte y Desempeño Logístico a fin de mejorar la transparencia de los costos asociados a la cadena logística de transporte marítimo internacional. En esa medida, el Banco Mundial ha considerado que, para atender cualquier problema de transparencia o información, lo recomendable es la implementación de portales de información y no la intervención regulatoria en el contenido de los contratos celebrados entre los agentes de dicho sector.⁸⁵
169. Además de las medidas mencionadas, el MINCETUR ha desarrollado la mencionada “Guía de orientación al usuario de transporte acuático” (“Guía de Orientación”). Como resulta evidente, el objetivo de esta guía es brindar información a los pequeños importadores o usuarios no habituales que no cuentan con experiencia realizando operaciones de comercio exterior.
170. Así, según lo establecido en la última guía⁸⁶, el documento, entre otros, *“describe a los diferentes agentes que prestan servicios marítimo portuario, el contrato de transporte marítimo, flete y condiciones del transporte marítimo, “Liner Terms”, así como las recomendaciones al contratar los servicios, es decir, se abordan varios y diversos conceptos y herramientas básicas que debe conocer el usuario de transporte marítimo en general con la finalidad de que puedan hacer una eficiente gestión en las operaciones de importación y/o exportación según sea su giro de negocio al cual estén dedicados”*.

Artículo 10.- Publicación del contenido y precios de servicios de logística de comercio exterior

10.1 Encárgase al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo la creación y administración de un módulo de información sobre los servicios de logística de comercio exterior, de acceso gratuito al público, el cual contiene información sobre la descripción, precios y listado de los servicios de logística de comercio exterior. (...)

⁸² Ley No. 28977, Ley de facilitación del Comercio Exterior

Artículo 10.- Publicación del contenido y precios de servicios de logística de comercio exterior

10.2 Se encuentran obligados a remitir a la Dirección General de Facilitación de Comercio Exterior del Viceministerio de Comercio Exterior, así como a mantener actualizada la información señalada en el artículo 11 de la presente ley, los siguientes operadores:

(...) e) Las líneas navieras y aéreas o sus representantes, f) Los agentes marítimos, g) Los operadores de transporte multimodal. (...) j) Los agentes de aduana, k) Aquellos prestadores de servicios que sean incorporados en la Ley General de Aduanas como operadores de comercio exterior, a partir de la vigencia de la presente ley.

⁸³ Información disponible en: <https://www.vuce.gob.pe/Paginas/Que-es-la-VUCE.aspx>

⁸⁴ Resolución Ministerial 053-2020-MINCETUR de fecha 21 de febrero de 2020. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/533993/RM.N_053_anexos.pdf

⁸⁵ Banco Mundial. Análisis de los Costos Portuarios y Marítimos. Disponible en:

https://www.mincetur.gob.pe/wp-content/uploads/documentos/comercio_exterior/facilitacion_comercio_exterior/Costos_Portuarios_Maritimos_Peru.pdf

⁸⁶ “Guía de Orientación al Usuario del Transporte Acuático”, Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, 2015. Disponible en: https://www.mincetur.gob.pe/wp-content/uploads/documentos/comercio_exterior/facilitacion_comercio_exterior/Guia_Transporte_Acuatico_13072015.pdf

171. Además de contener descripciones detalladas sobre todas las etapas necesarias para el transporte marítimo internacional, la Guía contiene recomendaciones orientadas a que los usuarios cuenten con información y herramientas que les permita negociar y celebrar sus contratos de forma adecuada. Entre otros, se les recomienda lo siguiente:
- Los usuarios pueden informarse sobre los servicios y tarifas aplicables a través de las páginas web de los prestadores de servicios (porteadores, terminales de almacenamiento, agentes marítimos, etc.) o consultar directamente *“a fin de poder encontrar tarifas competitivas para sus despachos y de esta forma reducir sus costos logísticos”*.
 - Antes de contratar, los usuarios deben comparar la estructura de costos totales de la distribución de la carga y no solo los fletes y recargos cotizados *“a fin de poder estimar el costo logístico total y de esta forma determinar el factor de nacionalización correspondiente”*.
 - Los usuarios pueden pactar con las líneas navieras que el “booking note” incluya otros detalles del transporte como el nombre del buque, los puertos de embarque/destino, la fecha estimada de embarque y el lugar de origen/destino.
172. Lo interesante sobre estas recomendaciones es que a través de ellas el propio MINCETUR ha reconocido que los usuarios finales pueden negociar y mitigar cualquier asimetría de información que pudiera existir en sus relaciones con las líneas navieras. En ese sentido, incluso en el caso de los usuarios poco habituales o pequeños importadores o exportadores, sus decisiones de contratación podrían resultar adecuadas tomando en cuenta estas recomendaciones, las cuales, antes que promover una intervención reguladora en el contenido de los contratos, privilegia la libre negociación y contratación de los agentes privados.
173. Adicionalmente, desde el ámbito privado, hace algunos años se desarrolló el portal web “Callao Online” como una plataforma interactiva que permite que los usuarios interesados puedan realizar consultas sobre los cargos locales que podrían ser aplicables a sus operaciones de importación o exportación.
174. En efecto, Callao Online es una plataforma de iniciativa privada que pone a disposición de los usuarios los costos de los servicios locales asociados a los contratos de transporte. Este portal, creado por la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM), la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (ASSPOR) y la Asociación Marítima del Perú (ASMARPE), busca que los importadores y exportadores puedan saber el costo de los servicios locales asociados a los servicios de transporte brindados por las líneas navieras⁸⁷.
175. En Callao Online las líneas navieras, los agentes marítimos y los operadores portuarios publican todos los precios de los servicios locales relacionados a los servicios de transporte como, por ejemplo, Gate In (Vacíos), Servicio de Administración del Contenedor Importación (SACI), Gestión de Despacho de Contenedor Importación (GDCI) y el Trámite Documentario de Importación (TDI).

⁸⁷ Descripción del servicio del Portal web Callao Online. Disponible en: <http://www.callaonline.com/DescripcionDelServicio.aspx>

Esta información es puesta a disposición de los usuarios en precios unitarios en dólares, lo que facilita la comparación entre las distintas líneas navieras.

176. Así, al utilizar el calculador de Callao Online⁸⁸, los usuarios pueden tener acceso a los precios de los servicios locales asociados al traslado y manejo de su carga, el detalle de cada concepto a ser cobrado (unidad de cobro, precio y monto), así como la empresa encargada de facturarlos. A modo de ejemplo, al cotizar los servicios locales aplicables a una operación de importación de diez (10) contenedores de 20', el calculador arroja una lista de líneas navieras y los precios de los servicios locales aplicables, en orden descendente:

PRECIOS DE SERVICIOS LOCALES ESTÁNDAR		
Naviera	Monto calculado en USD por contenedor	Detalle
SEABOARD	287	Ver Detalle..
COSCO	381	Ver Detalle..
MAERSK / SEALAND	409	Ver Detalle..
APL	412	Ver Detalle..
CMA-CGM	412	Ver Detalle..
EVERGREEN	433	Ver Detalle..
WAN HAI	442	Ver Detalle..
HAPAG LLOYD	443	Ver Detalle..
HAMBURG SUD	468	Ver Detalle..

177. Luego, al ingresar al detalle de los servicios de las líneas navieras, se puede acceder a los precios por cada concepto aplicable, su unidad de cobro y la empresa que lo facturará de la siguiente manera:

⁸⁸ Ver: <http://www.callaonline.com/cotizador.aspx>

IMPORTACION					
Concepto	Unidad Cobro	P. Unitario	Total	Moneda	Factura
GATE IN (Vacíos)	Contenedor	183.00	183.00	DOLARES	TRAMARSA
Servicio de Administración del Contenedor Importación (SACI)	Contenedor	37.00	37.00	DOLARES	TRAMARSA
Gestión de Despacho de Contenedor Importación (GDCI)	Contenedor	125.00	125.00	DOLARES	TRAMARSA
Trámite Documentario de Importación (TDI)	BL	98.00	98.00	DOLARES	TRAMARSA

Los montos no incluyen IGV

178. Como se puede observar, el portal Callao Online permite acceder a los precios de los servicios locales aplicables de acuerdo con cada línea naviera, según la operación de que se trate. De esa manera, se permite que los usuarios puedan conocer, de forma gratuita y transparente, los cargos locales aplicables a sus operaciones de importación y exportación.
179. Todas estas medidas aprobadas por el Estado o por los agentes privados buscan que el usuario cuente con los recursos necesarios para tomar una decisión informada al momento de negociar y contratar servicios de transporte de carga. Así, se han desarrollado diversas iniciativas que buscan brindar al usuario importador o exportador no experimentado toda la información necesaria para que puedan contratar eficientemente, conociendo el alcance de los servicios y condiciones aplicables a toda operación.
180. Además, como resulta evidente, estas medidas que buscan proveer de información a los agentes del comercio exterior no solo se encuentran disponibles para los consumidores finales, sino también para los usuarios habituales y experimentados.
181. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, si la medida no supera el test de necesidad ya que existan medidas igualmente satisfactorias para proteger el objetivo, no corresponde realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto⁸⁹. Esto pues, no cumplir con el principio de necesidad, bastaría para determinar la inconstitucionalidad de una norma.
182. Tomando en cuenta lo anterior, el DL 1492 resultaría inconstitucional al existir medidas destinadas a reducir la asimetría informativa que podría estar presente en algunas relaciones de transporte marítimo internacional. Dichas medidas

⁸⁹ "41. Forma de aplicación. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad -el trato el diferenciado- no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, como se afirmó, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación." Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.pdf>

cumplen con el objetivo buscado (reducir la asimetría de información) sin afectar la libertad de contratar de los agentes.

183. Además, siendo que desde el punto de vista de AIR una posibilidad que se debe tomar en cuenta es la opción de no adoptar una medida regulatoria o una distinta o adicional a las existentes, la opción de no regular habría resultado la más adecuada.
184. Por todo lo anterior: (i) las disposiciones del DL 1492 que afectan los contratos de transporte marítimo internacional no se encuentran debidamente justificadas pues buscan atender un supuesto problema de asimetría de información que no se encuentra presente en la mayoría de las operaciones de transporte internacional; y, (ii) si asumiéramos que lo que se busca es proteger a los consumidores finales, existirían otras medidas alternativas menos lesivas.
185. Por tanto, dichas disposiciones del DL 1492 no cumplen con el test de proporcionalidad y resultan inconstitucionales.

VI. CONCLUSIONES

186. Las conclusiones de este informe son las que se presentan en el Resumen Ejecutivo al inicio del documento.
187. Nuestro análisis y conclusiones se sustentan en la información que hemos recibido y en la normativa vigente a la fecha, y que está mencionada en el presente Informe, así como en nuestro entendimiento de la legislación y situación actual. Cualquier cambio que afecte nuestra comprensión de la situación, ameritaría un nuevo análisis, así como una revisión de nuestras conclusiones.