



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 049-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 004

EXPEDIENTE N° : 049-2009-TSC-OSITRAN

APELANTE : TRANSGLOBAL CUSTOMS LOGISTIC S.A.C.

EMPRESA PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.

ACTO APELADO : Resolución de Gerencia de Terminales
Portuarios 319-2009-ENAPUSA/GTP

RESOLUCIÓN N° 004

Lima, 4 de febrero de 2010

SUMILLA: *El Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas es aplicable al presente caso en virtud de las disposiciones contenidas en el tarifario, toda vez que la utilización de los servicios portuarios prestados por ENAPU implica la aceptación expresa de los términos y condiciones expresados en dicho documento.*

VISTOS:

El Expediente N° 049-2009-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto por TRANSGLOBAL CUSTOMS LOGISTIC S.A.C. (en lo sucesivo, TRANSGLOBAL) contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios 319-2009-ENAPUSA/GTP emitida por la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. (en adelante, ENAPU) y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES.-

- 1.- Con fecha 22 de enero de 2009, fue descargado un vehículo de la motonave CAP DESIGNER KNYSH, el cual fue ingresado al almacén donde permaneció durante 166 días, por lo cual con fecha 8 de julio de 2009, ENAPU emitió la factura N° 021-0689118, adicionando el recargo correspondiente a la calificación de mercancía peligrosa (aplicada al vehículo transportado en la motonave DESIGNER KNISH).
- 2.- Este recargo motivó que con fecha 14 de julio de 2009, TRANSGLOBAL interpusiera el reclamo correspondiente solicitando la reliquidación de la mencionada factura sin que se considera al vehículo como carga peligrosa.



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 049-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 004

- 3.- Con fecha 30 de julio de 2009, ENAPU emitió la Resolución N° 319-2009 ENAPUSA/GTP a través de la cual declaró improcedente dicho reclamo en base a los siguientes argumentos:
- i.- Conforme con el artículo 101 del tarifario de ENAPU (en lo sucesivo, el tarifario) el uso por parte de los usuarios de la infraestructura portuaria y los servicios que brinda esta entidad prestadora, constituye la aceptación expresa de las tarifas, normas y demás disposiciones establecidas.
 - ii.- De acuerdo con el artículo 302 del tarifario, se califica como carga peligrosa aquella así definida en el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (en lo sucesivo, Código IMDG) de la Organización Marítima (en adelante, OMI).
 - iii.- Mediante Memo N° 1350-2009 TPC/OSyMA, el Jefe de la Oficina de seguridad y medio ambiente informó que conforme el Código IMDG, los vehículos son considerados como carga peligrosa de la clase 9 e identificado con el número UN3166.
 - iv.- A través de la Circular N° 004-2009 ENAPU SA/GG, se comunicó a los usuarios que conforme a la enmienda N° 34 de la edición 2008 del Código IMDG, se considera a los vehículos como carga peligrosa.
 - v.- En aplicación del artículo 208 y 302 del tarifario, el plazo libre del servicio de almacenaje para la carga peligrosa es de 3 días, computables a partir del día siguiente del término de la descarga de la nave.
- 4.- Notificada con la mencionada resolución, el 21 de agosto de 2009, TRANSGLOBAL interpuso recurso de apelación solicitando su revocación bajo los siguientes argumentos:
- i.- El Código IMDG reglamenta el transporte de mercancías peligrosas en buques, en tanto pueden ocasionarse lesiones a las personas o daños a la nave; sin embargo, ENAPU no prestó el servicio de transporte, por lo que en su opinión, no corresponde la aplicación del recargo por carga peligrosa, máxime si la mercancía transportada fue un vehículo sin combustible y con la batería descargada.



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 049-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 004

Finalmente alega una vulneración a las normas de protección al consumidor¹.

5.- Habiéndose admitido a trámite el recurso de apelación, este colegiado concedió a ENAPU el plazo de 15 días hábiles a fin de que absuelva el traslado correspondiente. Este requerimiento fue cumplido mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2009. En esta comunicación ENAPU manifestó lo siguiente:

i.- La Circular N° 004-2009 ENAPU S.A./GG establece que los vehículos serán considerados carga peligrosa de acuerdo con lo previsto en la enmienda N° 34 de la Edición de 2008 del Código IMDG.

ii.- La carga calificada como peligrosa tiene un plazo libre de pago de 3 días contados a partir del día siguiente al término de la descarga y se encuentra afecta al recargo de 50% de las tarifas respectivas.

iii.- En caso de desacuerdo con la calificación de carga peligrosa, el agente debe expresarlo por escrito previo al embarque o retiro de la carga, siendo un requisito de procedencia del reclamo.

6.- La vista de la causa se llevó a cabo únicamente con la asistencia del representante de ENAPU, con lo que quedó la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

7.- Son cuestiones en discusión:

i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación; y,

ii.- Determinar si la mercancía almacenada califica como carga peligrosa a fin de aplicar la tarifa correspondiente

III.- ANÁLISIS:

III.1.- EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

8.- De acuerdo con los antecedentes descritos, se cuestiona el recargo facturado por el concepto de mercancía peligrosa aplicado sobre la tarifa

¹ Sobre este punto la reclamante afirma que el numeral 2 del artículo 208 del tarifario no hace referencia alguna al tipo de carga rodante, con lo cual se estaría vulnerando las disposiciones del Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al consumidor.



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 049-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 004

del servicio de almacenamiento de carga rodante, es decir, se trata de un reclamo interpuesto contra la facturación y el cobro de servicios originados por la explotación de la infraestructura de transporte de uso público (ITUP).

- 9.- Respecto a la invocación de las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, es necesario precisar que dicha norma es aplicable, según lo dispuesto en el literal a) de su artículo 3², a los consumidores o usuarios finales; es decir a aquellos que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, hecho que no se cumple en el supuesto bajo análisis, por lo que la precitada normativa no es de aplicación al presente caso.
- 10.- En ese mismo sentido, cabe precisar que la competencia de OSITRAN tiene su principal asidero en el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias³ (en adelante, el reglamento de reclamos), norma procedimental basada en las Leyes N° 27332⁴ y N° 26917⁵; en

² Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, aprobado con Decreto Supremo N° 006-2009-PCM.-

"Artículo 3.- Para los efectos de esta ley, se entiende por:

a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio. La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias.

(...)"

³ Reglamento de reclamos.-

"Artículo 7.- Materias de los reclamos y controversias

a) Los reclamos de usuarios relacionados con la facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura, lo que incluye expresamente las controversias vinculadas con la aplicación del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 716

(...)

Artículo 14°.- Tribunal

El Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia administrativa, las controversias que se susciten entre las Entidades Prestadoras y entre éstas y los usuarios de conformidad a los procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del Título III del presente Reglamento."

⁴ Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.-

"Artículo 3.- Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

(...)



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 049-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 004

virtud del cual se afirma que este colegiado se encuentra facultado para conocer el presente procedimiento, por tratarse de un reclamo interpuesto por un usuario intermedio. Por tanto, de acuerdo con los artículos 7 y 14 del Reglamento de OSITRAN, este Tribunal resulta ser el órgano administrativo competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por TRANSGLOBAL.

- 11.- Por otro lado, el recurso de apelación de TRANSGLOBAL, se fundamenta en una cuestión de puro derecho, puesto que para resolver el reclamo interpuesto es necesario determinar si el vehículo transportado califica como carga peligrosa de acuerdo con el IMDG. En tal sentido, se cumple con lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁶ (en adelante, la LPAG).
- 12.- En conclusión, el recurso de apelación interpuesto, cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por ley y los respectivos reglamentos; en consecuencia, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

III.2.- EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

- 13.- Es posible advertir que la reclamante fundamenta su solicitud en dos aspectos claramente diferenciados: la no aplicabilidad del Código IMDG al

⁵ Ley N° 26917.- Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.-

"Artículo 6.- Atribuciones

(...)

6.4.- La atribución de resolver controversias comprende la posibilidad de conciliar intereses contrapuestos, reconociendo o desestimando los derechos invocados. Para tal efecto, las normas reglamentarias y complementarias que regulan el funcionamiento de OSITRAN contemplarán los procedimientos e instancias administrativas correspondientes, así como los mecanismos previos de acceso a las vías judiciales y arbitrales, en los casos que sea necesario.

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan."

⁶ **LPAG**

"Artículo 209.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico."



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 049-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 004

presente caso y la inocuidad del bien transportado; cuyo análisis determinará la validez del cobro efectuado por ENAPU.

- 14.- El Código IMDG es una publicación de la OMI que en atención al convenio SOLAS⁷, recopila todas las disposiciones vigentes que regulan el transporte marítimo de mercancías peligrosas y establece las disposiciones aplicables a cada sustancia, materia o artículo pasible de ser transportado. De ahí que la apelante pretenda su inaplicación alegando que este código regula únicamente el transporte marítimo de mercancías y no su almacenamiento en terminales portuarios.
- 15.- En primer término, como ya se ha establecido en anteriores resoluciones⁸, el tarifario de ENAPU (y de las demás entidades prestadoras bajo la competencia del OSITRAN), constituyen cláusulas generales de contratación^{9,10} cuya aplicación se perfecciona con la aceptación por los usuarios a sus términos que, de darse, es asimilable al contrato por adhesión¹¹, que rige la relación entre ambas partes.
- 16.- En ese sentido, de acuerdo con el artículo 101 del Tarifario de ENAPU el uso de la infraestructura y de los servicios brindados por los terminales portuarios bajo la administración de ENAPU, constituye la aceptación expresa de las tarifas, normas y demás disposiciones establecidas en el mencionado documento.
- 17.- En el presente caso, las partes han reconocido de modo expreso la prestación efectiva de un servicio: el almacenaje de carga rodante, permitiendo la aplicación del precitado artículo, lo cual significa en ese sentido, que TRANSGLOBAL aceptó las condiciones del tarifario y la aplicación de las disposiciones que lo conforman.

⁷ Del ingles Safety Of Life At Sea.

⁸ Resoluciones finales emitidas en los Expedientes N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 038-2009-TSC-OSITRAN y 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN (acumulados).

⁹ Código Civil

"Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación

Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos."

¹⁰

Artículo 1397.- Cláusulas generales no aprobadas por autoridad administrativa

Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

¹¹ Código Civil

"Artículo 1390.- Contrato por adhesión

El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar."



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 049-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 004

- 18.- Sobre el almacenamiento de carga, el artículo 302 del Tarifario establece lo siguiente:

"Artículo 302.- Servicios no regulados

(...)

e) Almacenamiento de carga

5.- *Carga Peligrosa*

a.- *Régimen normativo.*

Se califica como "carga peligrosa" aquella comprendida en el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (IMDG) de la Organización Marítima Internacional (OMI).

(...)"

- 19.- Como se aprecia, el propio tarifario de ENAPU es el que remite a la aplicación del Código IMDG para la determinación de que carga se considera en sí misma como peligrosa, por lo que se puede concluir que la calificación de la carga es consecuencia de la vigencia del dicho tarifario, que rige la relación de las partes.
- 20.- Dicho en otras palabras, no es necesario discutir la aplicabilidad del Código IMDG a las operaciones portuarias, toda vez que las partes han acordado someterse a sus disposiciones mediante la aceptación expresa de las cláusulas generales que conforma el tarifario de ENAPU, las cuales regulan la relación jurídica contractual desde que se produce el uso de infraestructura o prestación de servicios portuarios.
- 21.- En ese orden de ideas, para calificar a la mercancía como peligrosa bastará con verificar si la carga transportada ha sido considerada o no como tal por Código IMDG, sin que esto implique considerar el grado de peligrosidad propio de la mercancía. Esto significa que el segundo argumento esgrimido por la apelante (la inocuidad del bien almacenado) tampoco puede ser amparado.
- 22.- Así puede advertirse que este código en su Parte 3, contiene la lista de mercancías peligrosas, disposiciones especiales y excepciones, entre las que encontramos lo siguiente:

N° ONU	Nombre de Expedición	(...)
3166	Motor de combustión interna o vehículo propulsado por gas inflamable o vehículo	



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 049-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 004

	propulsado por líquido inflamable.	
--	------------------------------------	--

23.- En consecuencia, la mercancía transportada por TRANSGLOBAL ha sido considerada por el Código IMDG como carga peligrosa, por lo que resulta de aplicación las tarifas y recargos contenidos en el tarifario.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 319-2009-ENAPUSA/GTP que declara improcedente el reclamo presentado por TRANSGLOBAL CUSTOMS LOGISTIC S.A.C.

SEGUNDO.- Poner en conocimiento de TRANSGLOBAL CUSTOMS LOGISTIC S.A.C. y de la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. con la presente resolución se agota la vía administrativa.

TERCERO.- Disponer la publicación de la presente resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe)

Con la intervención de los señores vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

RODOLFO ERNESTO CASTELLANOS SALAZAR
Vicepresidente
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN



OSITRAN

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