EXPEDIENTE Nº	:	039-2009-TSC-OSITRAN
APELANTE	:	COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C.
EMPRESA PRESTADORA	:	EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.
ACTO APELADO	:	Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios Nº 201-2009 ENAPUSA/GTP
MATERIA	:	Facturación por servicio de uso de remolcador

SUMILLA: ***De acuerdo con el tarifario vigente al momento de la prestación del servicio, la tarifa por uso de remolcador se aplica desde la hora en que la embarcación sale de su fondeadero o amarradero, en el área de operaciones del Terminal, hasta la hora en la que regresa al mismo. Siendo el periodo mínimo facturable de una hora.***

RESOLUCIÓN Nº 003

Lima, 27 de noviembre de 2009

VISTO

El Expediente Nº 039-2009-TSC-OSITRAN, relativo al recurso de apelación interpuesto por COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. (en lo sucesivo, COSMOS) contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios Nº 201-2009 ENAPUSA/GTP emitida por la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. (en lo sucesivo, ENAPU); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES.-

1.- Con fecha 29 de abril de 2009, mediante solicitud Nº 003850, COSMOS requiere a ENAPU el servicio de un remolcador para el atraque del buque *María del Carmen III* en el muelle de reparaciones de la empresa Servicios Industriales de la Marina S.A. (en adelante, SIMA), conforme consta de la solicitud, el servicio debía ser prestado el 30 de abril de 2009.

2.- Con fecha 05 de mayo de 2009, ENAPU emitió la Factura Nº 021-0678612 mediante el cual requirió a COSMOS el pago de US$ 900,00 (novecientos y 00/100 dólares americanos) más el Impuesto General a las Ventas (en adelante, el IGV) por 3 horas de uso de remolcador.

Av. República de Panamá Nº 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

3.- Mediante carta s/n de fecha 08 de mayo de 2009, COSMOS interpuso recurso de reclamación ante la entidad prestadora, por no encontrarse conforme con el monto establecido en la citada factura. En este sentido aduce que según el Parte de Faena Nº 000153 del remolcador *Chavín*, el que fue utilizado como apoyo en la maniobra del ingreso de la nave *María del Carmen III* al muelle de reparaciones del SIMA, la operación se inició a las 14:50 horas y concluyó a las 15:30 horas del 30 de abril de 2009.

4.- El 02 de junio de 2009, ENAPU a través de la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios Nº 201-2009 ENAPUSA/GTP (en lo sucesivo, la resolución de ENAPU) declaró improcedente el reclamo interpuesto por COSMOS. Los principales considerandos son los siguientes:

i.- Conforme con el artículo 302 inciso f) la tarifa se calcula a partir de la salida de la embarcación del amarradero hasta la hora de su retorno, por lo tanto, el monto que debe pagar el usuario es US$ 300,00 (Trescientos y 00/100 dólares americanos) por hora, más el I.G.V., de acuerdo con el artículo 209 inciso c) del tarifario de ENAPU.

ii.- Mediante Memorando Nº 143-2009 GTTPP/MARÍTIMA, el supervisor del terminal marítimo comunicó que en el cuaderno de bitácora y partes de maniobra consta que, en fecha 30 de abril de 2009, el remolcador *La Punta*, salió de su base a las 12:50, a solicitud del práctico E. Navarro León, retornando a las 15:45 horas del mismo día. Además, señala que el citado práctico, a falta de una lancha para su embarque, utilizó el remolcador de la maniobra para transportarse.

5.- Con fecha 08 de junio de 2009, COSMOS interpuso recurso de apelación con la finalidad de que el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC) revoque la resolución de ENAPU. Sustenta su recurso en los siguientes argumentos:

i.- Con fecha 29 de abril de 2009, COSMOS solicitó a ENAPU el servicio del remolcador *La Punta* para prestar el servicio de atraque a la nave *María del Carmen III*, que debía ser remolcado hasta el muelle de reparaciones del SIMA.

ii.- Conforme al parte de faena Nº 000153 del remolcador *Chavín,* utilizado como apoyo en la maniobra de ingreso de la nave al muelle de reparaciones, el servicio se prestó de 14:50 a 15:30 horas del 30 de abril de 2009.

iii.- Además del servicio de remolque, ENAPU consideró el transporte del practico naval a efectos de realizar el cálculo del importe total que debía ser cancelado por COSMOS, pese a que dicho servicio no le fue solicitado.

iv.- El practico no labora para COSMOS, es una persona ajena a la empresa, por ende no les corresponde responsabilizarse por las acciones de éste.

6.- Con fecha 11 de junio de 2009, ENAPU mediante Oficio Nº 060-2009-ENAPU S.A./OAJ, elevó el expediente administrativo, con la finalidad que el TSC emita pronunciamiento sobre el recurso interpuesto por COSMOS.

7.- A través de la Resolución Nº 001, de fecha 22 de junio de 2009, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por COSMOS, otorgándole a ENAPU un plazo de 15 días hábiles para su absolución. Esta resolución fue notificada a las partes el 30 de junio de 2009 mediante Oficio Circular Nº 170-09-STSC-OSITRAN.

8.- El 20 de julio de 2009, ENAPU presentó su escrito de absolución de traslado de la apelación, reiterando los argumentos que sustentaron la resolución impugnada y agregando lo siguiente:

i.- Proxy bien la apelante afirma que ENAPU incluyó en el cálculo de la factura el transporte del practico naval, resulta incongruente ya que el cobro ha sido realizado de acuerdo con la normativa, es decir desde la salida de la embarcación hasta su retorno.

ii.- El parte de faena del remolcador Chavín en nada está relacionado con el cálculo de facturación, ya que esta embarcación es de apoyo y por lo tanto no tuvo influencia alguna en el cálculo realizado por ENAPU.

9.- Conforme consta en el acta suscrita por el secretario técnico, las partes no asistieron a la audiencia de conciliación, por lo que la vista de la causa se llevó a cabo el 16 de octubre de 2009, con asistencia únicamente de los representantes de ENAPU, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN.-

10.- Corresponde determinar lo siguiente:

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

ii.- De establecerse la procedencia del recurso, determinar si ENAPU se encuentra facultado para requerir a COSMOS el pago del remolcador por el tiempo facturado.

III.- ANÁLISIS.-

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

11.- El presente caso es un supuesto de facturación de un servicio relacionado con la explotación de infraestructura de transporte portuaria; en consecuencia, según lo regulado por los artículos 7 y 14 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias[1] (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos), el TSC, como órgano de segunda instancia administrativa, resulta competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por COSMOS.

12.- Por otro lado, como se evidencia del expediente, estamos frente a una diferente interpretación de las pruebas producidas dentro del procedimiento, puesto que se tiene que determinar cuál fue el tiempo del servicio brindado; cumpliéndose de esta manera con lo dispuesto por el artículo 209º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General[2].

13.- En conclusión, el recurso de apelación interpuesto cumple con los requisitos formales exigidos por ley y los respectivos reglamentos. Por lo que habiendo sido admitido a trámite y estando determinada su procedencia, se debe analizar los argumentos que lo sustentan.

---

[1] **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 Nº 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."

[2] **LPAG**

"Artículo 209º.- 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."

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

14.- Dentro del presente procedimiento, COSMOS manifiesta su desacuerdo con el importe pagado en la factura Nº 021-0678612 girada por el servicio de uso de remolque solicitado por COSMOS y prestado a la nave *María del Carmen III.*

15.- Siguiendo el criterio establecido en los numerales 24 y 25 de la Resolución Nº 003 emitida en el Expediente Nº 013-2008-TR-OSITRAN, la entidad prestadora es quien tiene la carga de la prueba para demostrar que el servicio por el cual pretende cobrar, ha sido efectivamente brindado. Esto en virtud de que las entidades prestadoras se encuentran en mejores condiciones para generar la documentación que acredite la conformidad o las observaciones de los usuarios en la prestación de los diferentes servicios.

16.- Asimismo, es menester precisar que establecidotas condiciones establecidas en el tarifario vigente[3] son las cláusulas contractuales que rigen, desde su aceptación, la relación entre ENAPU y COSMOS[4]. Esto se manifiesta con el uso de los servicios e infraestructura brindados y administrados por la entidad prestadora, con lo cual se configura el contrato entre ambas partes.

17.- Sobre el particular, el mismo tarifario prescribe lo siguiente:

> "***Artículo 101.- Aceptación de las tarifas***
>
> ***El uso por parte de los usuarios de la infraestructura de uso público y los servicios públicos que brindan los Terminales Portuarios de la Empresa constituye la aceptación expresa de las tarifas, normas y demás disposiciones establecidas en el presente Tarifario***.
>
> *Ninguna persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que utilice la mencionada infraestructura o los servicios públicos a que se refiere el párrafo precedente puede ser exonerada del pago de los importes tarifarios respectivos."*
>
> [Subrayado y resaltado agregado]

[3] Modificado con Acuerdo de Directorio de ENAPUNº 14/02/2009 y 23 y 24/03/2009/D, vigente a partir del 02 de abril de 2009.

[4] Este colegiado ha establecido en el numeral 31 de la Resolución Nº 003 emitida en el Expediente Nº 015-2009-TSC-OSITRAN *"Las reglas del tarifario de ENAPU, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1392 del Código Civil, constituyen cláusulas generales de contratación, que de ser aceptadas por el usuario, serán las condiciones contractuales que regirán su relación con la entidad prestadora[4] respecto de los servicios que se brinden. Estas condiciones serán aquéllas que estuvieron vigentes al momento de perfeccionarse el contrato, vale decir al momento de la aceptación. La finalidad de este tipo de mecanismos contractuales es disminuir los costos de transacción para arribar a un contrato."*

18.- Ahora bien, sobre uso de remolcador el tarifario vigente al momento de la prestación del servicio establece lo siguiente:

*"**Artículo 209.- Uso de equipos, embarcaciones y material de trabajo***

	Tarifa (*)	***IGV***
(...)		
Remolcador	*US$ 300,00*	*US$ 57,00*

*"**Artículo 302: Servicios no regulados***

(...)

f.- Uso de Equipos, Embarcaciones y Material de Trabajo del Terminal

Los equipos, embarcaciones y material de trabajo que el Terminal facilite, de acuerdo a su disponibilidad, se proporcionan a quienes lo soliciten.

(...)

Embarcaciones

***La tarifa se aplica desde la hora que la embarcación sale de su fondeadero o amarradero, en el área de operaciones del Terminal, hasta la hora en que regresa al mismo**. El período mínimo facturable es de una (1) hora."*

19.- Como se expresa claramente de la parte pertinente del tarifario citado, el monto a pagar por el uso del remolcador es de US$ 300,00 por hora o fracción. Asimismo, el tiempo de uso del remolcador no se contabiliza sólo por la duración de la operación de remolque en sí misma, si no que incluye el tiempo que demore el remolcador en dirigirse desde el fondeadero o amarradero hasta donde se encuentre la embarcación a ser remolcada, así como el tiempo que el remolcador se tome para retornar desde el lugar donde culminó la operación de remolque hacia el fondeadero o amarradero.

20.- Al respecto, en el expediente obra la Solicitud de Servicios Nº 5633 (fojas 7) de fecha 24 de abril del 2009, mediante el cual ENAPU acredita el requerimiento hecho por COSMOS sobre uso del remolcador *La Punta* para el atraque del buque *María del Carmen III* al muelle del SIMA. Además, sobre la prestación del servicio no existe discusión, resultando ser un hecho no controvertido, por lo que sólo existe desacuerdo respecto del tiempo que duró el uso del remolcador.

21.- COSMOS ha señalado que el uso de remolcador duró 40 minutos. Para sustentar esta posición presenta como medio de prueba una copia del Parte

de Faena N° 000153 (fojas 22) correspondiente al remolcador *Chavín* que fue utilizado para apoyar al remolcador *La* Punta en la operación de remolcaje. En el parte de faena de la nave *Chavín* se indica que fueron 40 minutos los que duró la operación y no las 3 horas de servicio que le facturó ENAPU. Según la apelante, en el tiempo facturado se habría considerado el transporte del practico naval, quien no es su trabajador, por lo que no están obligados a asumir el pago de servicios generados por una persona ajena a su empresa.

22.- Sobre lo alegado por COSMOS, en primer término se puede concluir que esta empresa, al igual que ENAPU, tal como veremos más adelante, considera que los partes de faena tienen mérito probatorio para acreditar cuál es el tiempo que demoraron las naves. En segundo lugar, si bien el remolcador *Chavín* pudo haber ayudado a *La* Punta en la operación de remolcaje del buque *María del Carmen III*, el parte de faena sólo demuestra lo que demoró el primero, pero no indican cuál fue el tiempo que tardó el remolcador alquilado a ENAPU.

23.- Adicionalmente, la propia apelante manifiesta que los 40 minutos a los que hace mención el parte de faena bajo análisis, sólo incluyen el tiempo de la operación de remolcaje, pero como ya hemos establecido, de acuerdo al tarifario, el alquiler del remolcador se factura por el tiempo controlado desde que el remolcador sale del fondeadero o amarradero hasta que regresa a este, en tal sentido, es evidente que el tiempo facturable por el uso del remolcador *La Punta* debe ser mayor a 40 minutos, puesto que aquí no está incluido el tiempo de salida y de retorno de este remolcador al fondeadero y, como sostiene COSMOS, únicamente hace referencia a la duración de la operación de remolcaje.

24.- Por otro lado, ENAPU sustenta su decisión de desestimar el reclamo de COSMOS en dos partes de maniobra (fojas 24 y 25) que acreditan que la operación duró más de dos horas. En estos partes se detalla lo siguiente:

Primer Parte del servicio de uso de remolcador

- ✓ **Fecha de servicio**: 30 de abril de 2009
- ✓ **Remolcador usado**: La Punta
- ✓ **Nave remolcada:** María del Carmen III
- ✓ **Nº de solicitud de Servicio:** 5633
- ✓ **Hora de salida base:** 12:50
- ✓ **Hora de llegada:** 13:20
- ✓ **Tiempo empleado:** 30 minutos

- ✓ **Observaciones:** *"Se llevó al Práctico cap. Navarro al B/P María del Carmen por no disponer de lancha y neblina"* (sic)

Segundo Parte del servicio de uso de remolcador

- ✓ **Fecha de servicio**: 30 de abril de 2009
- ✓ **Remolcador usado**: La Punta
- ✓ **Nave remolcada:** María del Carmen III
- ✓ **Muelle:** Base Naval Dique 104
- ✓ **Nº de solicitud de Servicio:** 5633
- ✓ **Hora de salida base:** 13:20
- ✓ **Hora de llegada:** 15:45
- ✓ **Tiempo empleado:** 2 horas 25 minutos
- ✓ **Observaciones:** *"demora por buques de ingreso y unidades navales"* (sic)

25.- Como ya se precisó, al igual que COSMOS, la entidad prestadora reconoce que los partes de faena o maniobra tienen mérito probatorio para acreditar cuál es el tiempo de uso del remolcador. En ese sentido, de acuerdo con estos documentos que hacen referencia a la solicitud del servicio Nº 5633 presentada por COSMOS, el remolcador salió de la base a las 12:50 horas y regresó a las 15:45 horas, con lo cual el tiempo total fue de 2 horas con 55 minutos.

26.- Según COSMOS, se está considerando dentro de la facturación el tiempo que demoró el transporte del práctico naval. Cabe destacar que este traslado fue simplemente una eventualidad dentro de la prestación del servicio de uso de remolcador y que se consignó como una observación en el parte de maniobra, pero el servicio no fue el transporte del práctico, el servicio es el uso de remolcador que para efectos de facturación de la tarifa se controla el tiempo desde que el remolcador sale de su base, fondeadero o amarradero.

27.- Asimismo, COSMOS señala que el práctico no es su trabajador, por lo que no puede responsabilizarse por los actos de terceros. En esa línea de argumentación, ENAPU tampoco tiene que asumir responsabilidad alguna por el práctico, quien tampoco es su trabajador, ya que la entidad prestadora no brinda el servicio de practicaje.

28.- Adicionalmente, en el supuesto negado que el primer parte de maniobra, que es el que se refiere al transporte del práctico naval, no tenga que ser asumido por COSMOS, el tiempo consignado en éste únicamente es de 30 minutos, quedando aún 2 horas 25 minutos registrados en el siguiente parte de maniobra, el cual prueba que por lo menos este es el tiempo que duró el

uso del remolcador *La Punta* en el servicio prestado a la nave *María del Carmen III* desde su salida del fondeadero o amarradero hasta su retorno.

29.- Ahora bien, de acuerdo con el tarifario el servicio de uso de remolcador se factura por horas; por tanto, por las 2 horas 55 minutos (considerando los dos partes de maniobra) o, en su defecto, por las 2 horas 25 minutos (excluyendo el parte de maniobra en el que aparece el transporte del práctico), que COSMOS utilizó el remolcador *La Punta*, corresponde cancelar el equivalente a 3 horas.

30.- En consecuencia, en virtud de lo actuado y probado en el expediente, así como de lo dicho precedentemente, este Tribunal considera que COSMOS debe cancelar por el uso del remolcador, el monto de US$ 900,00 (novecientos y 00/100 dólares americanos) más el IGV.

En virtud de los considerandos precedentes, y según lo establecido por el artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias; y,

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios Nº 601-2009 ENAPUSA/GTP.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a la Empresa Nacional de Puertos S.A. y a COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C., comunicándoles que queda agotada la vía administrativa.

CUARTO.- 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.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
Tribunal de Solución de Controversias
OSITRAN