

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS
Resolución N° 017-2003-TSC / OSITRAN

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Lima, 5 de marzo de 2003

“El Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, en los seguidos por Cosmos Agencia Marítima S.A.C. con Empresa Nacional de Puertos S.A., ha resuelto en los siguientes términos:”

VISTO: El expediente N° 015-02-TR/OSITRAN, conteniendo la apelación presentada por Cosmos Agencia Marítima S.A.C. en lo sucesivo COSMOS contra la Resolución de la Gerencia Central Operativa N° 206-2002 ENAPUSA/GCO de 4 de julio de 2002, en la que solicita a Empresa Nacional de Puertos S.A., en lo sucesivo ENAPU, la anulación de la solicitud de pago N° 13039, manifiesto: 559; por el concepto de almacenaje de transbordo de carga peligrosa IMO 9 (harina de pescado), por un monto de US \$796,50, en atención a que consideran que la misma no debía considerarse como carga peligrosa al haber sido tratada con antioxidantes;

CONSIDERANDO :

Que, con fecha 22 de marzo de 2002 fueron descargados de la nave S. CABOTO, 5 contenedores de 20', los que fueron embarcados en operación de transbordo en el vapor CSAV BUSAN con fecha 3 de abril de 2002, sin presentar los Certificados de Pre-Embarque y No Peligrosidad de la carga;

Que, por Aviso de Cancelación de Servicios Varios de fecha 23 de abril de 2002, ENAPU le requirió a COSMOS el pago de la suma de US \$796,50 por concepto de almacenaje de 5 contenedores de 20' de harina de pescado, ajustados por el recargo correspondiente al almacenaje de carga peligrosa;

Que, con fecha 26 de abril de 2002, COSMOS interpuso reclamación contra el referido aviso en atención a que consideró que la harina de pescado al haber sido tratada con antioxidantes, no tenía la calidad de carga peligrosa adjuntando documentación sustentatoria;

Que, por Resolución Gerencia Central Operativa N° 162-2002 ENAPUSA/GCO de 29 de mayo de 2002 se declaró infundada la reclamación en atención a que el recurrente no presentó los certificados de pre-embarque con anterioridad al embarque de los contenedores;

Que, por recurso presentado con fecha 3 de junio de 2002, COSMOS reconsideró la referida resolución sin recaudar nueva prueba instrumental conforme lo dispuesto por el artículo 11° del Reglamento de Reclamos de ENAPU aprobado mediante Oficio N° 210-00-GG-OSITRAN;

Que, en atención a lo expuesto, por Resolución Gerencia Central Operativa N° 206-2002 ENAPUSA/GCO de 4 de julio de 2002 se declaró improcedente la reconsideración presentada;

Que, con fecha 11 de julio de 2002 COSMOS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de la Gerencia Central Operativa N° 206-2002-ENAPUSA/GCO de fecha 4 de julio de 2002, escrito que fue recepcionado por la Unidad de Control Documentario ENAPU;

Que, por Oficio N° 945-2002 ENAPU S.A./GG de fecha 15 de julio de 2002, recibido por OSITRAN en la fecha, la Gerencia General de ENAPU cumplió con remitir el expediente de apelación originado por el escrito referido en el párrafo anterior;

Que, por proveído N° 1 de fecha 6 de diciembre de 2002, el mismo que fue debidamente notificado a ENAPU con fecha 10 de diciembre de 2002 conforme obra a fojas veintiocho (28) de los autos, se le comunicó que la apelación había sido admitida corriéndose traslado de la misma, que fue recaudada con el referido proveído, para que cumpla con absolverla dentro del plazo de 15 días;

Que, por escrito de fecha 10 de diciembre de 2002, presentado con fecha 11 de diciembre, COSMOS presentó copia de los poderes de su representante legal, así como una copia fotostática del proveído N° 1 de fecha 6 de diciembre de 2002;

Que, por proveído N° 2 de fecha 12 de diciembre de 2002, notificado a ENAPU con fecha 13 de diciembre de 2002, se puso en conocimiento de la misma el escrito presentado por COSMOS;

Que, con fecha 9 de enero de 2003, ENAPU absolvió el traslado del recurso de apelación;

Que, la Conciliación no pudo llevarse a cabo en atención a que el representante de COSMOS no se presentó a la misma, procediéndose a escuchar el informe oral del representante de ENAPU;

Que, por escrito presentado con fecha 30 de enero de 2003, COSMOS señaló que: (i) de conformidad con lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, las circulares no pueden crear nuevas obligaciones a los administrados, a menos que se encuentren respaldados en una norma legal oponible al administrado, (ii) el Tarifario de ENAPU no constituye una norma legal cuyo cumplimiento deba ser exigido al administrado pues no ha sido aprobado por el OSITRAN, (iii) en consecuencia, no corresponde que ENAPU exija a COSMOS, el cumplimiento de lo señalado en la Circular N° 04-2001-ENAPUSA/GC;

Que, con fecha 3 de febrero de 2003, ENAPU dedujo la nulidad de los actuados al no haber sido notificado con la resolución apelada ni con el recurso de apelación;

Que, habiéndose realizado las actuaciones necesarias, el procedimiento se encuentra expedito para su resolución;

Que, en cuanto a la nulidad deducida, cabe señalar que a efectos de absolver el traslado de la apelación, ENAPU tuvo a la vista el escrito de apelación interpuesto por COSMOS pues de lo contrario, no habría sido posible absolución alguna;

Que, no obstante lo señalado, por escrito de fecha 31 de enero de 2003, presentado con fecha 3 de febrero de 2003, ENAPU dedujo la nulidad de los actuados en atención a que, conforme lo señala el abogado patrocinante de ENAPU, el proveído N° 2 de fecha 12 de

diciembre de 2002, no fue recaudado ni con el escrito de la demanda de COSMOS ni con la Resolución Gerencia Central Operativa materia de apelación;

Que, al respecto debe señalarse que el escrito de apelación, y no de demanda como erróneamente refiere el abogado patrocinante de ENAPU, fue debidamente notificado a su patrocinada con el proveído N° 1, lo que queda plenamente corroborado por la absolución del traslado de la apelación formulada por ENAPU;

Que, en relación a la Resolución Gerencia Central Operativa materia de apelación, debe señalarse que la misma no tenía que recaudarse con el proveído N° 1 pues se trata de un documento que fue expedido por la propia ENAPU, aplicándose analógicamente lo dispuesto por el numeral 1.2 del artículo 40° de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por la Ley N° 27444, en lo sucesivo la LPAG, en atención a lo dispuesto por el numeral 1.8 del Artículo IV del Título Preliminar de la referida Ley;

Que, en consecuencia, las garantías del debido procedimiento administrativo a que se contrae el numeral 1.2 del Artículo IV de la referida Ley, no se han visto vulneradas por actuación alguna de este Tribunal y en consecuencia resulta infundada la nulidad deducida;

Que, en cuanto al asunto de forma, ENAPU resolvió el recurso de reconsideración ajustándose a lo establecido en su Reglamento de Reclamos en atención a que COSMOS no presentó prueba nueva;

Que, sin perjuicio de lo anterior, en cuanto al asunto de fondo, y en atención a la naturaleza facultativa del recurso de reconsideración, cabe realizar el análisis del mismo, en atención a los cuestionamientos formulados por COSMOS;

Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley de la Empresa Nacional de Puertos del Perú S.A., aprobada por Decreto Legislativo N° 98 el “objeto social de ENAPU-PERU S.A., es la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles” contando en el ejercicio de su función con “autonomía económica, financiera, técnica y administrativa”;

Que, la Resolución Ministerial N° 162-2001-MTC-15.15 estableció la obligación de las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura portuaria de uso público de elaborar, entre otros, un Reglamento de Operaciones, el mismo que está sujeto a la aprobación de la Dirección General de Transporte Acuático, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14° de la referida norma;

Que, al amparo de la referida norma ENAPU expidió su Reglamento de Operaciones, que fue aprobado conforme al procedimiento a que se contrae el artículo 14° anteriormente citado;

Que, el Reglamento de Operaciones de ENAPU señala en su artículo 103° que los solicitantes de los servicios, independientemente del cumplimiento del referido reglamento, quedan obligados a acatar cualquier otra norma o condición establecida por ENAPU;

Que, en consecuencia, resulta legalmente válido que ENAPU establezca condiciones a través de circulares, para todos aquellos que soliciten sus servicios, siempre y cuando, no se atente contra la explotación eficiente de la infraestructura;

Que, en consecuencia, ENAPU se encuentra amparada por una norma legal para efectos de condicionar la utilización de la infraestructura a través de la expedición de circulares, por lo que no se vulnera en lo absoluto lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar de la LPAG;

Que, de conformidad con lo dispuesto por el literal b) del numeral 5) del literal e) del artículo 302° del Tarifario de ENAPU, el servicio de almacenamiento de carga peligrosa que presta ENAPU se encuentra sujeto a un recargo del 50% de la tarifa;

Que, conforme aparece de la sumilla del artículo 302° del referido tarifario, éste se contrae a los servicios no regulados;

Que, la función reguladora del OSITRAN, en cuanto al tema tarifario se refiere, se circunscribe a la fijación de tarifas en relación a los servicios regulados, y en consecuencia, al ser el almacenaje un servicio que se presta en régimen de libre competencia, no corresponde que OSITRAN le fije tarifa alguna, razonamiento que resulta aplicable al recargo por carga peligrosa referido al almacenaje, por lo que el cuestionamiento de COSMOS en el sentido que ENAPU no puede cobrarle la tarifa por carga peligrosa, resulta infundado;

Que, la Circular N° 04-2001-ENAPUSA/GC de fecha 18 de mayo de 2001 establece que la harina de pescado será considerada como “No Peligrosa” para efectos tarifarios, siempre que los embarcadores, agentes o representantes cumplan con presentar antes del embarque (sea harina de producción nacional o de transbordo), un Certificado expedido por una Autoridad reconocida del país de origen, en el que se especifique que ésta ha sido tratada con antioxidante para evitar la combustión espontánea o auto ignición, en los parámetros indicados por la OMI”;

Que, la referida circular, precisa que en “el caso específico de la Harina de Pescado de Transbordo, además de que el Certificado de Pre Embarque sea el emitido por Autoridad Competente del país de origen de la carga y sea presentado antes de las operaciones de embarque por el agente marítimo o de aduanas, en el mismo se deberá indicar que las fechas de producción y la de tratamiento con antioxidante no exceden de Doce (12) meses de antigüedad a la fecha del transbordo”;

Que, de acuerdo al Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas, de la Organización Marítima Internacional, la harina de pescado está catalogada en la Clase 9 Sustancias y artículos peligrosos varios;

Que, COSMOS presentó la documentación a efectos de acreditar la no peligrosidad de la mercancía conjuntamente con su solicitud de Anulación de la Solicitud TX de fecha 26 de abril de 2002 por lo que considera acreditada la no peligrosidad;

Que, este Tribunal considera que la presentación de la referida documentación resulta extemporánea en atención a la claridad de la Circular No.04-2001-ENAPUSA/GC de fecha 18 de mayo de 2001 que precisa que la misma debe realizarse antes del embarque;

POR TANTO: EL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE OSITRAN HA RESUELTO:

PRIMERO : Declarar infundada la nulidad deducida con fecha 3 de febrero de 2003, por la Empresa Nacional de Puertos S.A. en atención a que no se ha incurrido en vicio alguno durante la tramitación del presente procedimiento y llamar severamente la atención a la misma para que en el futuro se abstenga de presentar escritos que carecen de todo sustento como el referido;

SEGUNDO: Confirmar la Resolución de la Gerencia Central Operativa N° 206-2002 ENAPUSA/GCO de 4 de julio de 2002 que declaró improcedente la reconsideración interpuesta.

TERCERO: Que sin perjuicio de la confirmación de la Resolución de la Gerencia Central N° 206-2002 ENAPUSA/GCO de 4 de julio de 2002, y pronunciándonos sobre el fondo de la materia por lo expuesto en los considerandos de la presente resolución, confirmar los fundamentos de la Resolución Gerencia Central Operativa N° 162-2002 ENAPUSA/GCO de 29 de mayo de 2002.

CUARTO: Encargar a la Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, notificar la presente Resolución a COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. y a la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A., dando por agotada la vía administrativa.

CACERES ZAPATA, Rubén. PFLUCKER LARREA, María del Rosario. TAMAYO PACHECO, Jesús. UGAZ SÁNCHEZ MORENO, Germán. FLORES LEVERONI, Carlos.