



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° 038-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

EXPEDIENTE N° : 038-2009-TSC-OSITRAN

APELANTE : MILNE SERVICIOS MARITIMOS S.A.

**EMPRESA
PRESTADORA** : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.

ACTO APELADO : Resolución de la Gerencia de Terminales Portuarios
N° 178-2009-ENAPUSA/GTP

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 27 de noviembre de 2009

SUMILLA: *La exoneración del pago de las tarifas vigentes debe ser acreditada por quien la alega, en caso contrario se efectuará el cobro por el servicio efectivamente prestado.*

VISTO:

El Expediente N° 038-2009-TSC/OSITRAN, en el que MILNE SERVICIOS MARÍTIMOS S.A. (en lo sucesivo, MILNE) interpone recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 178-2009-ENAPUSA/GTP, emitida por la Empresa Nacional de Puertos (en adelante, ENAPU); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.- El 02 de enero de 2009, arribó al Terminal Portuario del Callao la motonave ZHEN HUA 7, contratada por el consorcio SHANGAI ZHENHUA PORT MACHINERY CO. LTD para el traslado de dos grúas pórtico adquiridas por ENAPU como parte del proceso de modernización del Muelle Norte de dicho terminal portuario.
- 2.- Tras haberse completado la descarga y una vez producido el desatracado, ENAPU emitió la factura N° 021-0662418 por el servicio de uso de muelle brindado entre el 02 y el 18 de enero de 2009¹. Esto motivó que con fecha 27 de febrero de 2009, MILNE, quien actuaba como agente marítimo, interpusiera un reclamo en el que solicitaba que se deje sin efecto el cobro y que se emita

¹ Desde el 02 hasta el 18 de enero de 2009, tal y como se observa de las instrumentales obrantes a folios 8 y 9.





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° 038-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION N° 003

una nueva factura por los periodos comprendidos del 02 al 04 de enero y del 15 al 18 de enero de 2009. Para ello, indicaba que la permanencia de la nave en el puerto del Callao se prolongó debido a que para efectuar la descarga, era necesario realizar previamente operaciones de dragado.

- 3.- Tomando como base los informes de las áreas especializadas² ENAPU emitió la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 098-2009 ENAPUSA/GTP, en la que haciendo especial mención a la respuesta afirmativa obtenida de la Gerencia General (respecto a la realización de coordinaciones previas para la permanencia de la nave en las instalaciones portuarias); la Gerencia de Terminales Portuarios concluyó que la nave permaneció en el muelle por un lapso total de trescientos cincuenta y ocho (358) horas. Por estas consideraciones, ENAPU declaró procedente el reclamo interpuesto, ordenando que se emita una nueva factura de acuerdo a lo dispuesto.
- 4.- No conforme con esta respuesta y reiterando los argumentos esgrimidos inicialmente, la reclamante interpuso recurso de reconsideración contra la precitada resolución presentando como nueva prueba la copia del recibo de cobranza N° 138855 emitido con fecha 03 de marzo del presente año por un monto total de US\$ 22 641,60 (veintidós mil seiscientos cuarenta y uno con 60/100 dólares americanos). En dicho recurso la reclamante manifestó que el mencionado recibo fue cancelado en estricta atención de las coordinaciones realizadas con la administración³.
- 5.- ENAPU emitió la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 178-2009-ENAPUSA/GTP mediante la que declaró improcedente el recurso de reconsideración presentado por la reclamante⁴, ratificándose en los fundamentos expuestos en la resolución impugnada, indicando además que la nueva prueba (recibo de cobranza) presentada por la reclamante es irrelevante, ya que el pago está sujeto a las resultas del procedimiento.

² Como parte del procedimiento seguido en primera instancia, el Especialista de Tráfico remitió con fecha 5 de marzo de 2009 el Memorando N° 032-2009 ENAPUSA/GTPC/TRAFICO en el que consignaba las fechas de atraque y desatraque antes mencionadas, agregando que durante el 14 y 15 de enero de 2009 se produjeron cambios de sitio entre los muelles 5A, 5B y 5C. En ese sentido el Especialista del Área de Reclamos², aceptando que la nave no estuvo atracada en ENAPU durante 29 horas, solicitó que se consulte a la Gerencia General si dispuso o no el cambio de muelle ante la necesidad de dragado, obteniendo como respuesta la palabra "afirmativo"

³ Este recibo, obrante en el folio 33 fue emitido como resultado del reclamo interpuesto por MILNE, toda vez que la administración requirió que se cumpla con el pago del importe no reclamado

⁴ Con el Memorando N° 098-2009 ENAPUSA/TPC/STP/TRAFICO el Especialista de Tráfico esta vez informó que la nave ZEN HUA 7 realizó cambios de sitio durante los días 08 de enero de 2009 (15:30 horas al Muelle 5B), 12 de enero de 2009 (22:20 horas al Muelle 5C), 14 de enero de 2009 (08:00 horas al Muelle 5A) y 15 de enero (12:10 horas al muelle 5B). Asimismo informó que el 16 de enero a las 11:50 horas se realizó el cambio entre el Muelle 5A y 5B para iniciar la descarga de la primera grúa, agregando desconocer de cualquier coordinación realizada con la Presidencia del Directorio o con la Gerencia General.





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° 038-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION N° 003

- 6.- Con fecha 01 de junio de 2009, MILNE interpuso recurso de apelación contra la resolución mencionada en el párrafo precedente. En dicho documento acepta haber hecho uso de las instalaciones portuarias amparado en las coordinaciones realizadas con la administración del terminal. Así, al considerar que su permanencia en el muelle es responsabilidad íntegra de ENAPU, solicitó que sea la entidad prestadora quien asuma el pago de estos servicios.
- 7.- Mediante Resolución N° 001 de fecha 22 de junio de 2009 se admitió a trámite el recurso de apelación concediendo a ENAPU el plazo de 15 días a fin de que absuelva el traslado correspondiente conforme a ley. Este requerimiento fue cumplido con el escrito presentado el 20 de julio de 2009.⁵
- 8.- Habiéndose realizado las audiencias de conciliación y de vista de la causa, quedó el expediente al voto.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 9.- Como cuestiones en discusión se han planteado los siguientes puntos:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación; y,
 - ii.- Determinar si MILNE debe asumir el pago del servicio de uso de amarradero por el periodo comprendido entre el 05 y el 14 de enero de 2009.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1 EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 10.- De los antecedentes se observa que en el presente procedimiento se reclama el cobro de un servicio (uso de amarradero) por uso de la infraestructura portuaria, contenido en la factura N° 021-0662418. En consecuencia, según lo regulado por los artículos 7 y 14 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias⁶ (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos), el

⁵ El 17 de agosto de 2009 la apelante presentó su absolución de posiciones en la que señala que ENAPU presenta una verdad a medias al aceptar haber efectuado coordinaciones para la permanencia de la nave y finalmente reconocer únicamente un exceso de 29 horas. Asimismo señala que su permanencia en el muelle obedeció únicamente a las coordinaciones realizadas con ENAPU, pues en ningún otro supuesto la nave optaría por permanecer en el muelle, máxime si considera la posibilidad de pagar US\$ 45,243.80 (cuarenta y cinco mil doscientos cuarenta y tres dólares americanos)

⁶ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN, y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN

Reglamento de Reclamos

"Artículo 7.- Materias de los reclamos y controversias



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° 038-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION N° 003

TSC, como órgano de segunda instancia administrativa, resulta competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por MILNE.

- 11.- Por otro lado, como se evidencia del expediente, estamos frente a una diferente interpretación de las pruebas producidas dentro del procedimiento, pues debe determinarse si no corresponde a MILNE el pago del servicio de uso de amarradero en virtud a las coordinaciones que manifiesta haber realizado con la Gerencia General de ENAPU. Con esto se verifica el cumplimiento de lo establecido en el artículo 209° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁷.
- 12.- 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, corresponde analizar los argumentos que lo sustentan.

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

- 13.- De los argumentos esgrimidos se observa que si bien las partes concuerdan al afirmar que la nave permaneció en las instalaciones del Terminal Portuario del Callao (en lo sucesivo, TPC) entre el 04 y el 15 de enero de 2009, se discute la validez del cobro efectuado por ENAPU. Por ello, este colegiado considera pertinente analizar en primer término si le corresponde a MILNE cumplir con el pago del servicio de uso de amarradero, sin que esto implique dejar de lado el conteo de los días durante los cuales dicho servicio fue efectivamente prestado.
- 14.- En el presente caso, es MILNE quien manifiesta estar exonerada del pago de la tarifa de uso de amarradero, por ende tiene la carga de la prueba respecto a tales afirmaciones. En ese sentido ha indicado en diversas comunicaciones

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."

⁷ **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° 038-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION N° 003

que la permanencia de la nave ZHEN HUA 7 fue consecuencia directa de las coordinaciones realizadas con la Gerencia General del Puerto debido a la necesidad de dragar algunas zonas y así cumplir adecuadamente con las operaciones de descarga.

- 15.- En efecto, en el folio 19 del expediente administrativo obra el Memorando N° 139-2009 ENAPU S.A./GTP, en el que el se observa escrita a mano por el Gerente General la palabra "afirmativo", con la que acepta la realización de coordinaciones previas entre la administración del TPC y la reclamante. Es decir, este documento acredita la existencia de un acuerdo previo entre las partes, frente a la necesidad de dragado con la finalidad de poder descargar las grúas pórtico.
- 16.- No obstante, es necesario aclarar que si bien el mencionado documento demuestra la realización de coordinaciones para permitir que la estadía de la nave se prolongara hasta la culminación del proceso de dragado, no evidencia la exoneración del pago de la tarifa de uso de amarraderos, toda vez que en la documentación presentada no se hace mención alguna a dicha circunstancia.
- 17.- Sobre el particular cabe indicar que la Directiva N° 009-2006 ENAPU S.A./GG, contiene la norma que regula los lineamientos y procedimientos para negociar descuentos de tarifas. En este documento se atribuye a los Gerentes y Administradores la facultad de otorgar descuentos a los importes de las tarifas vigentes.
- 18.- Asimismo, es posible observar que la mencionada norma incluye en su anexo 1 el convenio que las partes deben firmar en caso de arribar a algún acuerdo respecto a la inaplicación de las tarifas vigentes, las cuales constituyen cláusulas generales de contratación para el cobro de cualquier servicio portuario, tal y como lo ha establecido este colegiado en anteriores oportunidades.⁸
- 19.- Lógicamente, esta norma implica la aplicación de una política comercial, en la que la obtención de un beneficio mayor al importe descontado, constituye el punto de partida para su aplicación. Esta circunstancia es evidente en el

⁸ Expediente N° 018-2009-TSC-OSITRAN

"Resolución N° 003

(...)

23.- *Dentro de este contexto, las reglas del tarifario de ENAPU, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1392 del Código Civil⁸, constituyen cláusulas generales de contratación, que de ser aceptadas por el usuario, serán las condiciones contractuales que regirán su relación con la entidad prestadora⁹ 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 transacción⁸ para arribar a un contrato (...).*"





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° 038-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION N° 003

presente caso, toda vez que de no haberse autorizado la permanencia de la nave, los perjuicios habrían sido asumidos completamente por ENAPU, pues la llegada de las grúas pórtico se hubiese aplazado.

- 20.- Lo antes descrito implica que los términos y condiciones contenidos en el Tarifario son empleados de manera general en las operaciones que impliquen la prestación de servicios portuarios y que su aplicación sólo se suspenderá cuando se observe un acuerdo expreso entre las partes, el cual necesariamente debe ser acreditado por quien alegue su existencia, utilizando para ello mecanismos idóneos como el mencionado en el numeral precedente.
- 21.- En consecuencia, al no haberse demostrado que las coordinaciones realizadas hayan tenido como finalidad la exoneración del pago de la tarifa de uso de amarradero, sino que únicamente estuvieron dirigidas a permitir la permanencia de la nave en el muelle del TPC, debe concluirse que ENAPU se encuentra facultado para exigir el pago de los importes adeudados por el concepto de uso de amarradero.
- 22.- Por otro lado, tras haber establecido la validez y exigibilidad de la obligación, será necesario evaluar si el monto contenido en la factura N° 021-0662418 corresponde al servicio efectivamente prestado. Esto en atención a lo establecido en el artículo 23° del Reglamento General de Tarifas⁹, donde además de atribuir a las entidades prestadoras la facultad de fijación de tarifas menores a las establecidas por OSITRAN (en los servicios regulados), se infiere el principio de causalidad del cobro, que implica que el cobro realizado sea resultado de la prestación efectiva de un servicio derivado de la explotación de infraestructura de transporte de uso público.
- 23.- Ahora bien, en las resoluciones emitidas por ENAPU, la entidad prestadora reconoce la realización de 2 cambios de sitio efectuados por la reclamante, lo que motivó la emisión de una nueva factura por el término de 358 horas tras haberle descontado el número de horas que duró el cambio.
- 24.- Por ello, no debe dejarse de lado que en el folio 37, el encargado de tráfico reconoció con fecha 19 de mayo de 2009, la realización de 5 movimientos

⁹ Aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, del 23 de septiembre de 2004, y modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN, del 20 de diciembre de 2006.

Reglamento de Tarifas

"Artículo 23°: Establecimiento de tarifas:

Corresponde a las entidades prestadoras el establecimiento de tarifas aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público. Las Entidades Prestadoras tendrán la libertad de establecer las tarifas aplicables a los servicios que presten, siempre que no excedan de la tarifa máxima fijada por OSITRAN o por el contrato de concesión, lo que deberá ser especificado expresamente en el respectivo tarifario."





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° 038-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION N° 003

entre los muelles 5A y 5B y no 2, como se indicó en las resoluciones de ENAPU. Así siguiendo la misma lógica del considerando precedente, debe descontarse el periodo durante el cual se realizaron los demás movimientos.

25.- En conclusión, si bien MILNE debe cumplir con el pago por el servicio de uso de amarradero al no haber acreditado que contaba con la autorización de exoneración, el cobro debe ser efectuado únicamente por el periodo efectivamente utilizado.

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR EN PARTE la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 178-2009-ENAPUSA/GTP emitida por la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.; y en consecuencia, **DÉJESE** sin efecto la factura N° 021-0675916 y **EMÍTASE** una nueva en la forma establecida en los considerandos de la presente resolución.

SEGUNDO.- Poner en conocimiento de MILNE SERVICIOS MARITIMOS S.A. y de la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A., informándoles que con la presente resolución se pone fin a 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.


JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
Tribunal de Solución de Controversias
OSITRAN



OSITRAN

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