RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 040-2004-CD/OSITRAN

Lima, 7 de septiembre de 2004

ENTIDAD PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.

(ENAPU)

SECTOR : Infraestructura Portuaria de Uso Público

MATERIA : Nulidad de la Resolución de Consejo Directivo Nº

033-2004-CD/OSITRAN

VISTO: El Informe Nº 088-2004-GAL/OSITRAN de fecha 31 de agosto de 2004 de la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN mediante el cual se evalúa la nulidad deducida por ENAPU contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 033-2004-CD/OSITRAN, que declaró improcedente por extemporáneo, el recurso de apelación presentado contra la Resolución de Gerencia General Nº 026-2004-GG/OSITRAN.

CONSIDERANDO:

- 1. Que, con fecha 2 de octubre de 2003, el Consejo Directivo de OSITRAN dictó un Mandato de Acceso a ENAPU en favor de COSMOS Agencia Marítima SAC (en lo sucesivo COSMOS), para permitir la utilización de las Facilidades Esenciales de los Terminales Portuarios (TP) de Paita, Salaverry, Chimbote, Callao Gral. San Martín e llo, para efectos de la prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves. Dicho Mandato de Acceso fue expedido mediante Resolución Nº 016-2003-CD/OSITRAN, la misma que se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el 3 de octubre de 2003.
- Que, con fecha 19 de enero de 2004, COSMOS informó a OSITRAN que el día 15 de enero de 2004, su personal se había presentado en el TP Callao, con el fin de prestar el Servicio Esencial de Desamarre a la Moto Nave (M/N) COLUMBUS CHINA, siendo impedidos de ingresar por el personal de seguridad de ENAPU. Asimismo, COSMOS adjuntó a la precitada comunicación, una copia de la Constatación Notarial realizada el día 15 de enero de 2004 en el TP Callao, donde se señala que los vigilantes de dicho terminal portuario no autorizaron el ingreso a su personal designado, limitándose a decir que era la orden del Jefe de Operaciones del Terminal Portuario.
- Que, mediante el oficio Nº 053-04-GS-OSITRAN, se solicita a ENAPU que presente sus Descargos sobre la denuncia presentada por COSMOS. En tal virtud, con fecha 23 de enero último, ENAPU presentó el oficio Nº 116-2004-ENAPU S.A./GG, el mismo que contiene sus Descargos ante la denuncia de COSMOS; indicando que la M/N COLUMBUS CHINA acoderada en el Muelle 5B de TP Callao, fue atendida con normalidad por ENAPU.

Asimismo, en dicho oficio ENAPU solicita se declare inadmisible e infundada la denuncia de COSMOS debido a que no se ajusta a los hechos y por que la actividad materia de la controversia se encuentra bajo jurisdicción del Poder Judicial.

- 4. Que, el 27 de enero de 2004 se emite el Informe Nº 024-04-GS-C2-OSITRAN, el mismo en el que se concluye lo siguiente:
 - a) Las pruebas presentadas por COSMOS constituyen evidencia de que ENAPU impidió el acceso a COSMOS para la prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre de Naves en el TP Callao.
 - b) Dicha conducta constituye un incumplimiento del Mandato de Acceso dictado en favor COSMOS por el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Resolución Nº 016-2003-CD/OSITRAN.
- 5. Que, en el precitado informe, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN recomienda iniciar contra ENAPU un procedimiento sancionador, por incumplir el Mandato de Acceso dictado en favor COSMOS por el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Resolución Nº 016-2003-CD/OSITRAN.
- 6. Que, mediante el Oficio Nº 108-04-GS-A2-OSITRAN del 03 de febrero de 2004, se notificó a ENAPU el inicio del procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el artículo 66.3º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN. Es así que con base en el Informe Nº 024-04-GS-C2-OSITRAN, se notificó a ENAPU lo siguiente:
 - a) Incumplió lo establecido por el artículo 102º del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 014-2003-CD/OSITRAN, al impedir el acceso a la empresa COSMOS para brindar servicios de Amarre y Desamarre en el TP Callao, siendo que dicha empresa estaba amparada por el Mandato de Acceso que dictó OSITRAN en su favor, en virtud a la Resolución de Consejo Directivo Nº 016-2003-CD/OSITRAN.
 - b) Dicho incumplimiento está tipificado en el numeral 21.1.14 del artículo 21º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), el mismo que fue aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 023-2003-CD/OSITRAN.
 - c) El incumplimiento descrito califica en la categoría de Muy Grave de acuerdo al numeral 21.1.14 del artículo 21° - Infracciones relativas a la obligación de brindar Acceso - del RIS¹. De acuerdo a dicha norma, la sanción que correspondería sería una multa hasta de 840 UIT, tomando el valor de la UIT vigente al momento del pago.
- 7. Que, el 16 de febrero de 2004, ENAPU remitió el oficio Nº 170-2004-ENAPU S.A./GG, el mismo que contiene sus descargos con relación a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, por haber incumplido el Mandato de Acceso a favor de la empresa COSMOS, para la prestación del servicio de Amarre y Desamarre, expedido mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 016-2003-CD/OSITRAN.

(...)

¹ << 21.1. La Entidad Prestadora incurrirá en infracción muy grave cuando:

^{21.1.14.} No cumpla con los Mandatos de Acceso temporal y/o definitivo emitidos por OSITRAN>>.

- 8. Que, mediante Resolución de Gerencia General Nº 011-2004-GG-OSITRAN de fecha 18 de marzo de 2004, se sancionó a ENAPU con una multa equivalente a 72 UITs por haber incumplido con el Mandato de Acceso a favor de COSMOS para la prestación de servicios de amarre y desamarre.
- 9. Que, con fecha 15 de abril de 2004, ENAPU interpuso recurso de Reconsideración contra la Resolución Nº 011-2004-GG-OSITRAN.
- 10. Que, con fecha 17 de mayo de 2004, COSMOS remite a ENAPU una comunicación en la que señala que se encuentra amparada por la Ley del Sistema Portuario Nacional y normas reglamentarias, para prestar el servicio de Navieros en el TP Callao. Asimismo, COSMOS indica a ENAPU que también se encuentra amparada por la Resolución de Consejo Directivo Nº 0016-2003-CD-OSITRAN, la misma que aprueba el Mandato de acceso a ENAPU a favor de COSMOS. En la referida comunicación, COSMOS solicita que se le indique la fecha en que ENAPU le permitirá el acceso al TP Callao, con el fin de prestar los servicios de Amarre y Desamarre.
- 11. Que, con fecha 19 de mayo de 2004, se remite a ENAPU el Oficio Nº 240-04-GG-OSITRAN, por medio del cual se notifica la Resolución Nº 026-2004-GG-OSITRAN, la misma que confirma en todos sus extremos la Resolución Nº 011—2004-GG-OSITRAN, que sancionó a ENAPU con una multa equivalente a 72 UITs por haber incumplido con el Mandato de Acceso a favor de COSMOS para la prestación de servicios de Amarre y Desamarre.
- 12. Que, con fecha 11 de junio de 2004, ENAPU presenta Recurso de Apelación contra la Resolución Nº 026-2004-GG-OSITRAN, reiterando los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos en su escrito de Reconsideración, realizando una interpretación adicional con relación a los alcances de su conducta, materia de fiscalización en el presente procedimiento.
- 13. Que, con fecha 02 de julio de 2004, COSMOS remite a OSITRAN una comunicación en la que señala que a pesar de que con fecha 17 de mayo de 2004, reiteró a ENAPU su solicitud de acceso al TP Callao para prestar los servicios de Amarre y Desamarre de naves, ENAPU aún no había respondido dicha solicitud.
- 14. Que, con fecha 09 de julio de 2004, se remite a ENAPU el Oficio Nº 508-04-GS-OSITRAN, por medio del cual se indica a ENAPU que es responsabilidad de los representantes de dicha empresa, el efectivo cumplimiento del Mandato de Acceso emitido por OSITRAN, por parte de sus funcionarios, empleados, obreros, y en general, cualquier persona directa o indirectamente vinculada con ENAPU.
- 15. Que, por Oficio N° 381-04-GG-OSITRAN de fecha 9 de agosto de 2004, se notificó a ENAPU la Resolución de Concejo Directivo N° 033-2004-CD/OSITRAN por la que se declaró improcedente el Recurso de Apelación presentado contra la Resolución N° 026-2004-GG-OSITRAN al haber sido interpuesto extemporáneamente;
- 16. Que, con fecha 20 de agosto de 2004, ENAPU presentó su escrito de fecha 17 de agosto de 2004, por el que deduce la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 033-2004-CD/OSITRAN, en atención a los siguientes argumentos:
 - a) No se ha tenido en consideración el fondo del asunto con motivo de la evaluación del recurso de apelación interpuesto por ENAPU, respecto al cual sólo se ha evaluado el aspecto formal (plazo de presentación del mismo); y,

b) No se ha computado correctamente el término de la distancia.

Señala que en el supuesto negado que se considere que el escrito fue presentado extemporáneamente, podría aplicarse un plazo de gracia, fundamentando su solicitud en los principios de legalidad, informalismo y verdad material, entre otros;

Análisis de procedencia de la nulidad deducida:

17. Que, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo sucesivo LPAG, establece lo siguiente:

Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad

- 11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.
- 18. Que, el jurista nacional Jorge Danós Ordóñez, comenta el referido artículo señalando lo siguiente:

"El artículo 11.1 de la LPAG establece que los administrados sólo podrán solicitar la nulidad de los actos administrativos a través de los recursos administrativos previstos en la ley para impugnar los citados actos, lo que excluye la posibilidad de que puedan formular recursos específicos (<<recursos de nulidad>>, etc.) para exigir la declaración de nulidad de los actos administrativos, a diferencia de otros ordenamientos administrativos como el español y argentino en los que dicha posibilidad sí está permitida".²

19. Que, del escrito presentado por ENAPU se desprende que la nulidad se ha planteado de manera autónoma, es decir, no se ha deducido con motivo de la interposición de un recurso impugnatorio a los que se refiere el artículo 207° de la LPAG³ por lo que el mismo deberá ser declarado improcedente;

Nulidad de oficio:

- 20. Que, si bien es cierto que de conformidad con el análisis desarrollado en el acápite anterior, no es posible que ENAPU deduzca nulidad alguna en atención a que ya se le han vencido los plazos para interponer los recursos impugnatorios correspondientes, resulta posible que el Consejo Directivo revise de oficio la resolución materia de cuestionamiento, y en el caso que se presente una causal de nulidad así lo declare;
- 21. Que, sin embargo, es importante precisar que para efectos de que la autoridad pueda revisar de oficio sus actos debe concurrir, tal como lo exige el artículo 202º de la LPAG, una condición fundamental que es la del agravio al interés público⁴;

Artículo 202°.- Nulidad de oficio

² DANÓS, Jorge. Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444. DANÓS, Jorge y otros. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Segunda Parte.* Lima: ARA, 2003. P. 238.

³El artículo 207º señala que los recursos administrativos son los siguientes:

a) Recurso de reconsideración

b) Recurso de apelación

c) Recurso de revisión.

⁴La LPAG establece:

- 22. Que, en atención a ello, procederemos a analizar los fundamentos con que ENAPU pretende sustentar la referida nulidad:
 - 22.1. El primer argumento con el que ENAPU pretende sustentar la nulidad es que no se han evaluado los argumentos de fondo propuestos en su escrito de apelación sino solamente uno de forma el plazo de interposición -;

Al respecto, debe señalarse que por seguridad jurídica los actos administrativos no pueden estar sujetos a la eventualidad de una revisión en cualquier momento, por dicha razón se establece el plazo perentorio de quince (15) días para presentarlo;

Si ENAPU no cumplió con presentar el recurso de apelación dentro del plazo establecido, evidentemente que no existía obligación de la autoridad de analizar el fondo del asunto, y en consecuencia, no cabe la posibilidad de sostener que se ha incurrido en causal de nulidad alguna;

22.2. El segundo argumento de ENAPU es que OSITRAN no ha computado correctamente el término de la distancia, pues el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el cuadro de términos de la distancia del Poder Judicial (aplicable en el presente caso) otorga como máximo tres días;

De la revisión de los fundamentos de derecho y del escrito de ENAPU en su integridad, se desprende con total claridad que ENAPU no señala en ningún momento la base legal que sustenta la referida afirmación;

Debe precisarse que el Cuadro General de Términos de la Distancia a que se refiere ENAPU ha sido aprobado por Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ de fecha 6 de noviembre de 2000 y publicado en el Diario Oficial "El Peruano" de fecha 13 de noviembre de 2000;

El referido Cuadro General de Términos de la Distancia, tal como lo señaló la Resolución de Consejo Directivo N° 033-2004-CD/OSITRAN establece lo siguiente:

7.- CUADRO DE TÉRMINOS DE DISTANCIA DEL DISTRITO JUDICIAL DEL CALLAO Provincia Constitucional del Callao Departamento de Lima

De la Provincia Constitucional del Callao

VÍA DÍAS A Lima Terrestre 1

En atención a lo expuesto, la afirmación de ENAPU en el sentido que el término de la distancia aplicable es de tres (3) días y no de uno (1) como fue correctamente establecido por la Resolución cuya nulidad se deduce, no tiene asidero legal alguno y en consecuencia debe desestimarse;

^{202.1} En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10°, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público.

- 22.3. Por otro lado, el argumento de ENAPU en el sentido que el principio de informalismo permitiría sustentar la aplicación del plazo de tres (3) días pues en su opinión existe duda sobre el término aplicable, debe igualmente desestimarse porque conforme a lo anteriormente expuesto, el término de la distancia de un (1) día está expresamente consagrado en el Cuadro General de Términos de la Distancia, es decir, no cabe duda al respecto;
- 22.4. Finalmente, en cuanto a la solicitud del plazo de gracia a que se refiere el escrito de ENAPU, consideramos que no corresponde el otorgamiento del mismo en atención a que:
 - a) La referida figura no se encuentra contemplada expresamente como una facultad de la administración;
 - A que OSITRAN se encuentra obligado a respetar el principio de imparcialidad de conformidad con lo establecido en el numeral 1.5 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG por lo que no puede actuar favoreciendo a un administrado en particular;
 - c) A que por el principio de uniformidad a que se contrae el numeral 1.14 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG deberá conceder tratamiento similar a los trámites similares y que las excepciones deberán basarse en criterios objetivos debidamente sustentados, los que no concurren en el caso materia de análisis; y,
 - d) A que OSITRAN no se encuentra facultado expresamente para ello.

En atención al análisis realizado, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley N° 26917, el literal d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332:

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar improcedente la nulidad deducida por la Empresa Nacional de Puertos S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 033-2004-CD/OSITRAN.

SEGUNDO: Notificar la presente resolución a la Empresa Nacional de Puertos S.A.

TERCERO: Autorizar la difusión de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página Web de OSITRAN.

Registrese, comuniquese y archivese

ALEJANDRO CHANG CHIANG Presidente