



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTES N° 003-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

EXPEDIENTE N° : 003-2010-TSC-OSITRAN
APELANTE : COMERCIO & CIA S.A.C.
EMPRESA PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.
ACTO APELADO : Resolución de la Gerencia de Terminales
Portuarios N° 028-2010 ENAPUSA/GTP

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 31 de mayo de 2010

SUMILLA: Sin importar la forma en la que son transportados, los motores de combustión interna y los vehículos propulsados por gas inflamable o líquido inflamable son catalogados por el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas como carga peligrosa.

VISTO:

El Expediente N° 003-2010-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto por COMERCIO & CIA S.A. (en lo sucesivo COMERCIO) contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 028-2010-ENAPUSA/GTP emitida por EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. (en adelante, ENAPU); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES.-

- 1.- De acuerdo con lo expuesto por las partes, con fecha 10 de diciembre de 2009 arribó al terminal portuario del Callao un cargamento de motocicletas a bordo de la motonave MOL UNIVERSE. Concluida la descarga estas motocicletas fueron trasladadas a la Zona N° 16 para su almacenamiento. Como consecuencia, con fecha 17 de diciembre ENAPU emitió las facturas N°s 021-0717761 y 021-0717722 en las que se incluyó el recargo aplicable a mercancía peligrosa.
- 2.- Manifestando su desacuerdo, el 6 de enero de 2010 COMERCIO interpuso reclamo contra las facturas antes mencionadas a fin que se deje sin efecto el cobro del recargo aplicado por carga peligrosa. En ese sentido alegó que las motos que conformaban el cargamento eran transportadas sin ningún tipo de combustible y estaban completamente desarmadas, no representando ningún peligro para las instalaciones del puerto.



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

EXPEDIENTES N° 003-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- 3.- Iniciado el procedimiento en primera instancia, con fecha 19 de enero de 2010 el Jefe de la Oficina de Reclamos de ENAPU informó¹ que anteriormente había emitido un pronunciamiento respecto al tema reclamado. En dicha oportunidad² afirmó que de acuerdo con el Código IMDG (*del inglés: International Maritime Dangerous Goods*), los motores de combustión interna y los vehículos propulsados por gas o líquidos inflamables, son considerados mercancías peligrosas de la Clase 9 – N° 3166.
- 4.- Tomando como referencia los informes emitidos por el Jefe de la Oficina de Reclamos, ENAPU emitió la Resolución N° 028-2010 ENAPUSA/GTP en la que se declaró improcedente el reclamo presentado por COMERCIO. En dicha resolución ENAPU sostiene que si bien las baterías de las unidades se encontraban selladas, de acuerdo con la normativa vigente cuando se agrupe carga peligrosa y no peligrosa, se le considerará como carga peligrosa.
- 5.- Ante esta decisión, con fecha 10 de febrero de 2010 COMERCIO interpuso recurso de apelación. Para sustentar su recurso planteó los siguientes argumentos:
- i.- En el Conocimiento de Embarque de la mercancía transportada no se especificó que ésta era peligrosa precisamente porque las unidades se encontraban perfectamente desarmadas y no era necesario que dichas mercancías contuvieran líquidos inflamables.
 - ii.- Cuando el Código IMDG califica como mercancía peligrosa a los vehículos propulsados por gas inflamable, se refiere sólo a aquellas mercancías que se descarguen por sus propios medios.
 - iii.- ENAPU no cumplió con lo indicado en su Nota Circular N° 004-2009 ENAPU S.A./GG3, toda vez que la mercancía no fue ubicada en un lugar especial, es decir apartada de otras cargas.
- 6.- Con fecha 2 de marzo de 2010 este colegiado admitió a trámite el recurso de apelación concediendo 15 días hábiles a fin que ENAPU absuelva el traslado correspondiente. Este requerimiento fue cumplido mediante escrito de fecha

¹ Memorando N° 114-2009 TPC/OSyMA

² Memorando N° 1687-2009 TPC/OSyMA de fecha 18 de setiembre de 2009.

³ Dicha Nota contenía el siguiente texto: *"Con la finalidad de evitar posibles siniestros con los vehículos y maquinarias que sean almacenadas en nuestros terminales, estas mercancías deberán ser ubicadas en un lugar especial apartados de otras cargas"*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTES N° 003-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

24 de marzo de 2010 en el que reiteró los fundamentos de la resolución apelada.

- 7.- De acuerdo con en el acta suscrita por el Secretario Técnico, las partes no asistieron a las audiencias de conciliación, por lo que la vista de causa se llevó a cabo el 19 de abril de 2010, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 8.- En el presente caso como cuestiones en discusión tenemos las siguientes:
- Determinar la procedencia del recurso de apelación y;
 - Determinar si la mercancía transportada puede ser calificada como carga peligrosa.

III.-ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 9.- Los reclamos sobre facturación y cobro de servicios originados por la explotación de la infraestructura de Transporte de Uso Público (ITUP), es uno de los supuestos materia del procedimiento de reclamos, según lo regulado en los artículos 7 y 14 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias⁴ (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos), por lo que el TSC, como órgano de segunda instancia administrativa, resulta competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por COMERCIO, al tratar sobre la anulación de la factura que contiene el recargo aplicable a mercancías peligrosas.

- 10.- Por otro lado, el recurso de apelación de COMERCIO se fundamenta en una cuestión de puro derecho, puesto que para resolver el reclamo interpuesto es

⁴ Reglamento de Reclamos, Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN

"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 la Infraestructura, lo que incluye expresamente 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."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

necesario determinar si los vehículos transportados califican como carga peligrosa de acuerdo con el Código IMDG. En tal sentido, se cumple con lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁵ (en adelante, la LPAG).

- 11.- 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:

- 12.- Este colegiado ha establecido en anteriores resoluciones⁶ que las disposiciones del tarifario de ENAPU constituyen cláusulas generales de contratación^{7,8} cuya aplicación se perfecciona con la utilización de la infraestructura de transporte de uso público. Esto de acuerdo con el artículo 101 del Tarifario de ENAPU, en el que se establece que el uso de infraestructura constituye la aceptación expresa de las tarifas, normas y demás disposiciones establecidas en el mencionado documento.

- 13.- En el presente caso, las partes han reconocido de modo expreso la prestación efectiva del servicio de almacenamiento de carga consolidada, lo que habilita la aplicación del mencionado Tarifario.

- 14.- Sobre el particular el artículo 302 del Tarifario establece lo siguiente:

⁵ **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."

- ⁶ Resoluciones finales emitidas en los Expedientes N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 038-2009-TSC-OSITRAN y 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN (acumulados).

⁷ **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."

⁸ **Código Civil**

"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."





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

"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)".

15.- Por otro lado puede advertirse que la Parte 3 del Código IMDG contiene la lista de mercancías peligrosas, entre las que se encuentra la siguiente:

"Parte 3 – Lista de mercancías peligrosas, disposiciones especiales y excepcionales

Nº ONU	Nombre de Expedición	(...)
3166	<i>Motor de combustión interna o vehículo propulsado por gas inflamable o vehículo propulsado por líquido inflamable.</i>	

16.- De lo citado se evidencia que expresamente se califica como mercancía peligrosa a los motores de combustión interna o vehículo propulsados por gas o líquido inflamable.

17.- Sobre el particular, cabe resaltar que el criterio adoptado por ENAPU en el tarifario, que fue aceptado por la apelante, es un criterio objetivo según el cual si la mercancía se encuentra dentro de la calificación que hace el Código IMDG de cargas peligrosas, entonces se le considerará como tal y por lo tanto se le aplicará el recargo respectivo.

18.- Siendo esto así, no resulta amparable lo alegado por la apelante en el sentido que debería evaluarse si los motores transportados contenían en su interior algún líquido inflamable, ya que el supuesto bajo el cual se calificó como peligrosa a la mercancía transportada fue porque se trataba de motores de combustión interna, situación que no ha sido desvirtuada en el presente procedimiento.

19.- Adicionalmente, la condición de semidesarmadas de las motocicletas no es un supuesto que configure una excepción a su calificación como mercancías peligrosas. En el mismo sentido, la calificación que el transportista otorgue a la mercadería no es una circunstancia que debe tenerse en cuenta para



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTES N° 003-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

determinar la calidad de peligrosa de una mercancía, puesto que, como se ha indicado, el criterio al que las partes se han sometido es el adoptado por el Código IMDG. Esto significa que lo requerido por la apelante (el fraccionamiento del bien almacenado y su inocuidad) no puede ser amparado.

20.- Por otro lado, la apelante señala que ENAPU no ha cumplido con lo establecido en la Circular N° 004-2009 ENAPU SA/GG, la cual contiene una serie de obligaciones para el almacenamiento de la carga peligrosa. Ante ello es necesario destacar que estas medidas no son acciones que debe desarrollar la entidad prestadora, sino que son de cargo de los agentes marítimos y/o de aduanas, por lo tanto, el no haber tomado las previsiones con la carga dispuestas en dicha circular no enerva la calificación de la carga como peligrosa.

21.- Además de lo ya apuntado, como establece ENAPU y se corrobora con las pruebas ofrecidas por la propia apelante en el informe técnico que adjunta a su reclamo (que obra de fojas 9 a 15), parte de la carga de COMERCIO consistía en el electrolito de las baterías, el cual es considerado dentro de las mercancías peligrosas en la clase 8 con número de ONU 2796 del Código IMDG.

22.- En ese sentido, de acuerdo con el tarifario y el artículo 628 del Reglamento de Operaciones vigente al momento en que se suscitaron los hechos materia del presente procedimiento⁹, cuando un contenedor contenga mercancía peligrosa y no peligrosa, se le aplicará la condición de mercancía peligrosa a toda la carga. En todo caso, en el supuesto negado que no debiera considerarse este aspecto (electrolitos) para calificar la carga, ha quedado demostrado que, conforme con Código IMDG, era peligrosa por tratarse de motores de combustión interna.

23.- En consecuencia, la mercancía transportada por COMERCIO tiene la condición de carga peligrosa de acuerdo con lo establecido en el tarifario de ENAPU concordante con el Código IMDG, por lo que resulta de aplicación las tarifas y recargos respectivos.

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;

⁹ Reglamento de Operaciones de ENAPU vigente al 27 de agosto de 2009, (Versión N° 3) Aprobado por Acuerdo de Directorio N° 051/05/2000/D de 25.05.2000 Modificado con Acuerdos N° 093/08/2008/D de 26.08.2008 y 25/03/2009/D de 18.03.2009.

"Art. 628 Al contenedor que contenga tanto mercancía peligrosa como no peligrosa, se le aplicará la condición de mercancía peligrosa a todo el contenedor."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTES N° 003-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 028-2010-ENAPUSA/GTP que declara improcedente el reclamo presentado por COMERCIO & CIA S.A.

SEGUNDO.- Poner en conocimiento de COMERCIO & CIA S.A. y de la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. que 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.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN