



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 004-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

EXPEDIENTE N° : 004-2010-TSC-OSITRAN
APELANTE : COMERCIO & CÍA S.A.
EMPRESA PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.
ACTO APELADO : Resolución de Gerencia de Terminales
Portuarios 105-2010 ENAPUSA/GTP

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 12 de julio 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 como carga peligrosa por el Código IMDG, el cual es aplicable en virtud de lo dispuesto en el tarifario.*

VISTO:

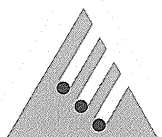
El Expediente N° 004-2010-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto COMERCIO & CÍA S.A. (en lo sucesivo, COMERCIO & CÍA) contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios 105-2010 ENAPUSA/GTP emitida por la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. (en adelante, ENAPU); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES.-

- 1.- Con fecha 08 de enero de 2010 arribaron al Callao vehículos menores – motocicletas transportadas en la nave MSC MANDRAKI, que fueron almacenadas en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el TPC) el 12 del mismo mes y año.
- 2.- El 15 de enero de 2010 ENAPU emitió la factura N° 021-0722997 mediante la cual pretende cobrar a COMERCIO & CÍA la suma de US\$ 714,00 (setecientos catorce dólares americanos), la cual incluye el recargo aplicable a la mercancía peligrosa, el cual asciende a US\$ 200,00 (doscientos dólares americanos) más Impuesto General a las Ventas (IGV).
- 3.- Este recargo motivó que el 22 de enero de 2010 COMERCIO & CÍA interpusiera reclamo, solicitando a ENAPU la anulación de la factura

Página 1 de 9



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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 004-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

mencionada alegando que la mercancía transportada no podía ser considerada como carga peligrosa.

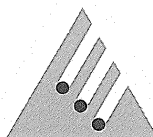
4.- Con fecha 08 de marzo de 2010 ENAPU emitió la Resolución N° 105-2010 ENAPUSA/GTP a través de la cual declaró improcedente dicho reclamo sobre la base de los siguientes argumentos:

- i.- Conforme con el artículo 101 del tarifario de ENAPU el uso por parte de los usuarios de la infraestructura portuaria y los servicios que brinda esta entidad prestadora constituye la aceptación expresa de las tarifas, normas y demás disposiciones establecidas.
- ii.- El artículo 302 del tarifario califica como carga peligrosa a la que está contenida en el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (en lo sucesivo, Código IMDG) de la Organización Marítima (en adelante, OMI).
- iii.- A través de la Circular N° 004-2009 ENAPU SA/GG se comunicó a los usuarios que conforme a la Enmienda N° 34 de la edición 2008 del Código IMDG, se considera a los vehículos y motores de combustión como carga peligrosa con el N° de ONU 3166 de la Clase 9.
- iv.- Mediante Memorándum N° 415-2010 TPC/OSyMA, el Jefe de la Oficina de Seguridad y Medio Ambiente de ENAPU informó que la agencia importadora no ha demostrado con documentos sustentatorios que las baterías de las motocicletas no contenían algún producto o carga peligrosa.

5.- Con fecha 30 de marzo de 2010 COMERCIO & CÍA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 376-2009 ENAPUSA/GTP señalando lo siguiente:

- i.- En el *Bill of Loading*¹ N° 4355-0464-911.011, suscrito por *Blue Anchor Line*, no se especificó si la mercancía que transportaba era peligrosa considerando que se encontraban completamente desarmadas, lo cual no requería que dichas mercancías contengan líquido inflamable alguno en la medida que no iban a movilizarse por sus propios medios.
- ii.- La mercancía de COMERCIO & CÍA nunca fue ubicada en algún lugar apartado de otras carga conforme está dispuesto en la Circular N° 004-2009 ENAPU S.A./GG ya que no representaba riesgo de daño por no ser peligrosas.

¹ Conocimiento de Embarque.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 004-2010-TSC-OSITRAN

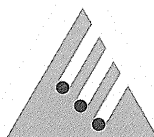
RESOLUCIÓN N° 003

- iii.- La mercancía importada no presentaba en su interior, ni en las partes del mismo líquido, inflamable alguno, debido a que aquellas se encuentran completamente desarmadas, lo cual hace imposible su clasificación como carga peligrosa.
- iv.- La Circular N° 004-2009 ENAPU S.A./GG contiene una relación de obligaciones que los agentes marítimos y/o de aduanas deben cumplir obligatoriamente pero éstas nunca se realizaron, precisamente porque no se transportaba mercancía peligrosa.
- 6.- Habiéndose admitido a trámite el recurso de apelación, este colegiado concedió a ENAPU el plazo de 15 días hábiles a fin de que absuelva el traslado correspondiente. Este requerimiento fue cumplido mediante escrito de fecha 11 de mayo de 2010. En esta comunicación ENAPU manifestó lo siguiente:
- i.- Las motocicletas fueron almacenadas en la Zona N° 4 del TPC por lo que no se puede alegar que la mercancía fue clasificada como no peligrosa y que recibió tratamiento distinto, toda vez que esta zona es de tratamiento especial de mercancías peligrosas.
- ii.- No debe olvidarse que el electrolito para baterías es un ácido corrosivo correspondiente a la Clase 8 con número de ONU 2796 del Código, la cual es independiente de la clasificación de las motocicletas como carga peligrosa.
- iii.- En caso de desacuerdo con la calificación de carga peligrosa, el agente debe expresarlo por escrito previo al embarque o retiro de la carga, siendo un requisito de procedencia del reclamo.
- iv.- El tarifario establece la posibilidad de que la clasificación de la carga sea cuestionada por parte de los usuarios de los servicios, hecho que la apelante no realizó en su debida oportunidad.
- 7.- Las partes no asistieron a la audiencia de conciliación, llevándose a cabo la vista de la causa el 21 de junio de 2010 con la asistencia del representante de ENAPU quien informó oralmente, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 8.- Como cuestiones en discusión a dilucidar en la presente resolución tenemos:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación de COMERCIO & CÍA;

Página 3 de 9



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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 004-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

ii.- Determinar si corresponde el pago adicional por carga peligrosa.

III.- ANÁLISIS:

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), constituye 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 Controversias² (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 & CÍA, al tratar éste sobre la anulación de la factura que contiene el recargo aplicable a mercancías peligrosas.
- 10.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, se trata de cuestiones de puro derecho puesto que se busca establecer si le resulta aplicable la calificación de peligrosa a la carga materia del presente procedimiento; con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³.
- 11.- 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.

² 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.*

(...)

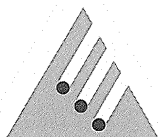
Artículo 14°.- Tribunal

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."

³ 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."





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 004-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

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

- 12.- Es posible advertir que la reclamante fundamenta su solicitud en dos aspectos claramente diferenciados: la no aplicabilidad del Código IMDG al presente caso y la inocuidad del bien transportado; cuyo análisis determinará la validez del cobro efectuado por ENAPU.
- 13.- El Código IMDG es una publicación de la OMI que en atención al convenio SOLAS⁴ recopila todas las disposiciones vigentes que regulan el transporte marítimo de mercancías peligrosas y establece las disposiciones aplicables a cada sustancia, materia o artículo pasible de ser transportado.
- 14.- En primer término como ya se ha establecido en anteriores resoluciones⁵, el tarifario de ENAPU (y el de las demás entidades prestadoras bajo la competencia del OSITRAN) constituyen cláusulas generales de contratación^{6,7} que pueden ser aceptadas o no por los usuarios. En el supuesto que estos manifiesten su aceptación expresa o tácitamente las cláusulas se constituyen en las normas que rigen el contrato por adhesión⁸.
- 15.- Al respecto, el artículo 101 del Tarifario de ENAPU establece que el uso de la infraestructura y de los servicios brindados por los terminales portuarios bajo la administración de ENAPU, constituye la aceptación expresa de las tarifas, normas y demás disposiciones allí establecidas.

⁴ Del inglés *Safety Of Life At Sea*.

⁵ Resoluciones finales emitidas en los Expedientes N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 038-2009-TSC-OSITRAN y 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN (acumulados).

⁶ **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."

⁷ **Código Civil**

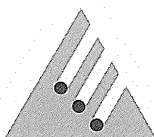
"Artículo 1397.- Cláusulas generales no aprobadas por autoridad administrativa"

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.

⁸ **Código Civil**

"Artículo 1390.- Contrato por adhesión"

El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar."





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 004-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

16.- En el presente caso, es un hecho no cuestionado que COMERCIO & CÍA usó los servicios que brinda ENAPU como producto de la explotación de la infraestructura portuaria que administra, específicamente el almacenaje de carga fraccionada, lo cual significa que aceptó de manera tácita (y no expresa)⁹ las condiciones del tarifario como contrato de adhesión y que por lo tanto son plenamente exigibles a las partes.

17.- Sobre el almacenamiento de carga, el artículo 302 del Tarifario establece lo siguiente:

"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).

Cuando un contenedor contenga tanto carga peligrosa como no peligrosa, se le aplicará la tarifa de carga peligrosa

(...)"

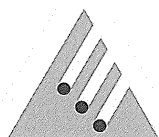
18.- Como se aprecia el tarifario establece expresamente en una de sus cláusulas que se aplicará el Código IMDG, por ello para determinar si una carga es peligrosa es necesario remitirse a éste. Dicho en otras palabras, no es necesario discutir su aplicabilidad en las operaciones portuarias, toda vez que las partes han acordado someterse a sus disposiciones mediante la aceptación (adhesión) del tarifario.

19.- Siendo esto así, este código en su Parte 3, contiene la lista de mercancías peligrosas, disposiciones especiales y excepciones, entre las que encontramos lo siguiente:

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

⁹ **Resolución N° 004 emitida en los Expedientes N° 047-2009-TSC-OSITRAN 048-2009-TSC-OSITRAN**

"24.- Al respecto, cabe mencionar que a pesar de estar prescrito en el tarifario que el uso de la infraestructura o servicios ofrecidos por ENAPU constituye una manifestación de voluntad expresa de aceptación de las tarifas y condiciones contenidos en dicho tarifario, en sentido estricto, conforme con los artículos del CC anteriormente citados, al no ser una declaración oral o escrita, este comportamiento resulta ser una manifestación de voluntad tácita de la cual se infiere que el usuario desea utilizar el servicio y, en consecuencia, también acepta las condiciones del tarifario."





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

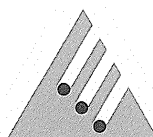
EXPEDIENTE N° 004-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

N° ONU	Nombre de Expedición	(...)
3166	Motor de combustión interna o vehículo propulsado por gas inflamable o vehículo propulsado por líquido inflamable.	

- 20.- De lo citado se evidencia que expresamente se califica como mercancía peligrosa a los motores de combustión interna o vehículos propulsados por gas o líquido inflamable.
- 21.- Sobre el particular, cabe resaltar que el criterio adoptado por ENAPU en el tarifario, y 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 la recarga respectiva.
- 22.- 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.
- 23.- Adicionalmente, la condición de completamente desarmadas de las motocicletas no es un supuesto que configure una excepción a su calificación de peligrosas. En el mismo sentido, la anotación que el transportista realice respecto de la mercadería no es una circunstancia a tenerse en cuenta para determinar la peligrosidad 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 el argumento esgrimido por la apelante (el fraccionamiento del bien almacenado y su inocuidad) no puede ser amparados.
- 24.- Asimismo este tribunal estableció como criterio en un anterior procedimiento¹⁰ que 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 como carga peligrosa por el Código IMDG, el cual resulta aplicable en virtud del tarifario que, como ya se indicó, en su calidad de contrato de adhesión, constituye el conjunto de cláusulas que regula la relación contractual entre el usuario y la entidad prestadora.
- 25.- 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

¹⁰ Al respecto ver la resolución final emitida en el Expediente N° 003-2010-TSC-OSITRAN.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 004-2010-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

desarrollar la entidad prestadora sino que corresponden a los agentes marítimos o de aduanas, por lo que el hecho que no se hayan tomado las previsiones con la carga dispuestas en dicha circular no enerva la calificación de la carga como peligrosa.

- 26.- 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 procedimiento¹¹, 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.
- 27.- Cabe agregar que la Ley de Creación del OSITRAN, Ley N° 26917, establece que este organismo regulador cautela en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. Por lo tanto, si se ha demostrado que la entidad prestadora ha brindado un servicio, resulta equitativo que el usuario, en este caso COMERCIO & CÍA, pague la contraprestación a la que se comprometió de conformidad con el contenido del contrato de adhesión.
- 28.- En consecuencia, la mercancía transportada por COMERCIO & CÍA se considera como carga peligrosa, con arreglos a las disposiciones establecidas en el Código IMDG, por lo que resulta de aplicación las tarifas y recargos contenidos en el tarifario de ENAPU.

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;

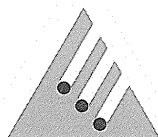
SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 105-2010 ENAPUSA/GTP que declara improcedente el reclamo presentado por COMERCIO & CÍA S.A.

SEGUNDO.- Poner en conocimiento de COMERCIO & CÍA S.A y de la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. que con la presente resolución se agota la vía administrativa.

¹¹ 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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 004-2010-TSC-OSITRAN

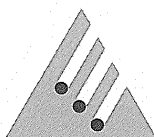
RESOLUCIÓN N° 003

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

Página 9 de 9



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

