



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° 040-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION FINAL N° 003

EXPEDIENTE : N° 040-2009-TSC-OSITRAN

APELANTE : COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C.

EMPRESA PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.

ACTO APELADO : Resolución de Gerencia de Terminales
Portuarios N° 208-2009 ENAPUSA/GTP

MATERIA : Reembolso por daño a contenedor.

SUMILLA: *En el supuesto de daños en perjuicio de usuarios provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de las Entidades Prestadoras, deben existir elementos suficientes que acrediten la responsabilidad de esta última.*

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 27 de noviembre de 2009

VISTO:

El Expediente N° 040-2009-TSC-OSITRAN, relativo al recurso de apelación interpuesto por COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. (en adelante, COSMOS) contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios 208-2009 ENAPUSA/GTP emitida por la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. (en lo sucesivo, ENAPU); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- El 29 de abril de 2009, el contenedor SUDU 193641-5 fue descargado de la nave M/N Victoria Strait. Dicho contenedor fue manipulado para su desembarque por personal del Terminal Portuario del Callao (en lo sucesivo, TPC) como carga de transbordo.
- 2.- Con fecha 14 de mayo de 2009, COSMOS interpuso reclamo ante ENAPU, solicitándole asumir los costos de reparación por el daño causado al contenedor, afirmando que el daño se produjo en las instalaciones del TPC, a causa del manipuleo por parte del personal de la entidad prestadora, quienes estaban a cargo de la descarga y su posterior embarque a la M/N MSC Toba.



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° 040-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION FINAL N° 003

- 3.- Con fecha 03 de junio de 2009, ENAPU emitió la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 208-2009 ENAPUSA/GTP (en adelante, la resolución de ENAPU), mediante la cual declaró improcedente el reclamo presentado por COSMOS. Los principales considerandos son los siguientes:
- i.- El contenedor al momento de su descarga de la M/N Victoria Strait, ya presentaba abolladura, conforme consta de la Nota de Tarja Electrónica N° WT00077386.
 - ii.- El 2 de mayo de 2009, se realiza el embarque del contenedor a la M/N MSC Toba, conforme el trámite de la Autorización N° 9022493 y la Guía de Embarque N° 0575026, suscrito por el representante de COSMOS, no registrándose observación alguna sobre el corte del contenedor.
 - iii.- La barra de seguridad del contenedor se encuentra incólume, demostrándose con ello que el corte no pudo ser provocado por el sprader de una máquina stacker, ya que a razón del manipuleo la barra de seguridad también hubiera resultado dañado.
- 4.- El 15 de junio de 2009 COSMOS interpuso recurso de apelación contra la resolución de ENAPU, bajo los principales argumentos:
- i.- El 24 de abril de 2009, el contenedor fue embarcado en el Terminal Portuario de Ilo a la M/N Victoria Strait y descargado el 29 de abril del mismo año en el TPC, no presentando anomalías en ninguna de estas operaciones conforme con las Notas de Tarjas N° 000079 N° y 023243 emitidas por Océano Agencia Marítima S.A., respectivamente.
 - ii.- Sin embargo, al solicitar su embarque a la M/N MSC Toba, el contenedor ya presentaba un corte en uno de los lados laterales, tal como está registrado en la Nota de Tarja de Full Boxes S.A.C.
 - iii.- Aquellos contenedores que se encuentran en tránsito por el TPC son consideradas unidades de transbordo y como tales permanecen físicamente en el puerto bajo la supervisión de ENAPU hasta que sean embarcados hacia su destino final.
 - iv.- Desde su descarga en el TPC hasta su embarque en la M/N MSC Toba, el contenedor estuvo bajo el manipuleo del personal de ENAPU, mediante la utilización del sistema SPARCS. Según se alega, dicho



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° 039-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION FINAL N° 003

iii.- Además del servicio de remolque, ENAPU consideró el transporte del practico naval a efectos de realizar el cálculo del importe total que debía ser cancelado por COSMOS, pese a que dicho servicio no le fue solicitado.

iv.- El practico no labora para COSMOS, es una persona ajena a la empresa, por ende no les corresponde responsabilizarse por las acciones de éste.

6.- Con fecha 11 de junio de 2009, ENAPU mediante Oficio N° 060-2009-ENAPU S.A./OAJ, elevó el expediente administrativo, con la finalidad que el TSC emita pronunciamiento sobre el recurso interpuesto por COSMOS.

7.- A través de la Resolución N° 001, de fecha 22 de junio de 2009, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por COSMOS, otorgándole a ENAPU un plazo de 15 días hábiles para su absolución. Esta resolución fue notificada a las partes el 30 de junio de 2009 mediante Oficio Circular N° 170-09-STSC-OSITRAN.

8.- El 20 de julio de 2009, ENAPU presentó su escrito de absolución de traslado de la apelación, reiterando los argumentos que sustentaron la resolución impugnada y agregando lo siguiente:

i.- Proxy bien la apelante afirma que ENAPU incluyó en el cálculo de la factura el transporte del practico naval, resulta incongruente ya que el cobro ha sido realizado de acuerdo con la normativa, es decir desde la salida de la embarcación hasta su retorno.

ii.- El parte de faena del remolcador Chavín en nada está relacionado con el cálculo de facturación, ya que esta embarcación es de apoyo y por lo tanto no tuvo influencia alguna en el cálculo realizado por ENAPU.

9.- Conforme consta en el acta suscrita por el secretario técnico, las partes no asistieron a la audiencia de conciliación, por lo que la vista de la causa se llevó a cabo el 16 de octubre de 2009, con asistencia únicamente de los representantes de ENAPU, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN.-

10.- Corresponde determinar lo siguiente:

i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación; y,





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° 039-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION FINAL N° 003

- ii.- De establecerse la procedencia del recurso, determinar si ENAPU se encuentra facultado para requerir a COSMOS el pago del remolcador por el tiempo facturado.

III.- ANÁLISIS.-

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

- 11.- El presente caso es un supuesto de facturación de un servicio relacionado con la explotación de infraestructura de transporte portuaria; en consecuencia, según lo regulado por los artículos 7 y 14 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias¹ (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos), el TSC, como órgano de segunda instancia administrativa, resulta competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por COSMOS.
- 12.- Por otro lado, como se evidencia del expediente, estamos frente a una diferente interpretación de las pruebas producidas dentro del procedimiento, puesto que se tiene que determinar cuál fue el tiempo del servicio brindado; cumpliéndose de esta manera con lo dispuesto por el artículo 209° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General².
- 13.- 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, se debe analizar los argumentos que lo sustentan.

¹ Reglamento de Reclamos.-

"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 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."

² 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 - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 039-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION FINAL N° 003

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

- 14.- Dentro del presente procedimiento, COSMOS manifiesta su desacuerdo con el importe pagado en la factura N° 021-0678612 girada por el servicio de uso de remolque solicitado por COSMOS y prestado a la nave *María del Carmen III*.
- 15.- Siguiendo el criterio establecido en los numerales 24 y 25 de la Resolución N° 003 emitida en el Expediente N° 013-2008-TR-OSITRAN, la entidad prestadora es quien tiene la carga de la prueba para demostrar que el servicio por el cual pretende cobrar, ha sido efectivamente brindado. Esto en virtud de que las entidades prestadoras se encuentran en mejores condiciones para generar la documentación que acredite la conformidad o las observaciones de los usuarios en la prestación de los diferentes servicios.
- 16.- Asimismo, es menester precisar que establecidas condiciones establecidas en el tarifario vigente³ son las cláusulas contractuales que rigen, desde su aceptación, la relación entre ENAPU y COSMOS⁴. Esto se manifiesta con el uso de los servicios e infraestructura brindados y administrados por la entidad prestadora, con lo cual se configura el contrato entre ambas partes.
- 17.- Sobre el particular, el mismo tarifario prescribe lo siguiente:

"Artículo 101.- Aceptación de las tarifas

El uso por parte de los usuarios de la infraestructura de uso público y los servicios públicos que brindan los Terminales Portuarios de la Empresa constituye la aceptación expresa de las tarifas, normas y demás disposiciones establecidas en el presente Tarifario.

Ninguna persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que utilice la mencionada infraestructura o los servicios públicos a que se refiere el párrafo precedente puede ser exonerada del pago de los importes tarifarios respectivos."

[Subrayado y resaltado agregado]

³ Modificado con Acuerdo de Directorio de ENAPUN° 14/02/2009 y 23 y 24/03/2009/D, vigente a partir del 02 de abril de 2009.

⁴ Este colegiado ha establecido en el numeral 31 de la Resolución N° 003 emitida en el Expediente N° 015-2009-TSC-OSITRAN "Las reglas del tarifario de ENAPU, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1392 del Código Civil, constituyen cláusulas generales de contratación, que de ser aceptadas por el usuario, serán las condiciones contractuales que regirán su relación con la entidad prestadora⁴ respecto de los servicios que se brinden. Estas condiciones serán aquellas 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 transacción 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° 039-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION FINAL N° 003

- 18.- Ahora bien, sobre uso de remolcador el tarifario vigente al momento de la prestación del servicio establece lo siguiente:

"Artículo 209.- Uso de equipos, embarcaciones y material de trabajo

	Tarifa (*)	IGV
(...)		
Remolcador	US\$ 300,00	US\$ 57,00

"Artículo 302: Servicios no regulados

(...)

f.- *Uso de Equipos, Embarcaciones y Material de Trabajo del Terminal*

Los equipos, embarcaciones y material de trabajo que el Terminal facilite, de acuerdo a su disponibilidad, se proporcionan a quienes lo soliciten.

(...)

Embarcaciones

La tarifa se aplica desde la hora que la embarcación sale de su fondeadero o amarradero, en el área de operaciones del Terminal, hasta la hora en que regresa al mismo. El período mínimo facturable es de una (1) hora."

- 19.- Como se expresa claramente de la parte pertinente del tarifario citado, el monto a pagar por el uso del remolcador es de US\$ 300,00 por hora o fracción. Asimismo, el tiempo de uso del remolcador no se contabiliza sólo por la duración de la operación de remolque en sí misma, si no que incluye el tiempo que demore el remolcador en dirigirse desde el fondeadero o amarradero hasta donde se encuentre la embarcación a ser remolcada, así como el tiempo que el remolcador se tome para retornar desde el lugar donde culminó la operación de remolque hacia el fondeadero o amarradero.
- 20.- Al respecto, en el expediente obra la Solicitud de Servicios N° 5633 (fojas 7) de fecha 24 de abril del 2009, mediante el cual ENAPU acredita el requerimiento hecho por COSMOS sobre uso del remolcador *La Punta* para el atraque del buque *María del Carmen III* al muelle del SIMA. Además, sobre la prestación del servicio no existe discusión, resultando ser un hecho no controvertido, por lo que sólo existe desacuerdo respecto del tiempo que duró el uso del remolcador.
- 21.- COSMOS ha señalado que el uso de remolcador duró 40 minutos. Para sustentar esta posición presenta como medio de prueba una copia del Parte



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° 039-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION FINAL N° 003

de Faena N° 000153 (fojas 22) correspondiente al remolcador *Chavín* que fue utilizado para apoyar al remolcador *La Punta* en la operación de remolcaje. En el parte de faena de la nave *Chavín* se indica que fueron 40 minutos los que duró la operación y no las 3 horas de servicio que le facturó ENAPU. Según la apelante, en el tiempo facturado se habría considerado el transporte del practico naval, quien no es su trabajador, por lo que no están obligados a asumir el pago de servicios generados por una persona ajena a su empresa.

22.- Sobre lo alegado por COSMOS, en primer término se puede concluir que esta empresa, al igual que ENAPU, tal como veremos más adelante, considera que los partes de faena tienen mérito probatorio para acreditar cuál es el tiempo que demoraron las naves. En segundo lugar, si bien el remolcador *Chavín* pudo haber ayudado a *La Punta* en la operación de remolcaje del buque *María del Carmen III*, el parte de faena sólo demuestra lo que demoró el primero, pero no indican cuál fue el tiempo que tardó el remolcador alquilado a ENAPU.

23.- Adicionalmente, la propia apelante manifiesta que los 40 minutos a los que hace mención el parte de faena bajo análisis, sólo incluyen el tiempo de la operación de remolcaje, pero como ya hemos establecido, de acuerdo al tarifario, el alquiler del remolcador se factura por el tiempo controlado desde que el remolcador sale del fondeadero o amarradero hasta que regresa a este, en tal sentido, es evidente que el tiempo facturable por el uso del remolcador *La Punta* debe ser mayor a 40 minutos, puesto que aquí no está incluido el tiempo de salida y de retorno de este remolcador al fondeadero y, como sostiene COSMOS, únicamente hace referencia a la duración de la operación de remolcaje.

24.- Por otro lado, ENAPU sustenta su decisión de desestimar el reclamo de COSMOS en dos partes de maniobra (fojas 24 y 25) que acreditan que la operación duró más de dos horas. En estos partes se detalla lo siguiente:

Primer Parte del servicio de uso de remolcador

- ✓ **Fecha de servicio:** 30 de abril de 2009
- ✓ **Remolcador usado:** La Punta
- ✓ **Nave remolcada:** María del Carmen III
- ✓ **N° de solicitud de Servicio:** 5633
- ✓ **Hora de salida base:** 12:50
- ✓ **Hora de llegada:** 13:20
- ✓ **Tiempo empleado:** 30 minutos



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° 039-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION FINAL N° 003

- ✓ **Observaciones:** *"Se llevó al Práctico cap. Navarro al B/P María del Carmen por no disponer de lancha y neblina" (sic)*

Segundo Parte del servicio de uso de remolcador

- ✓ **Fecha de servicio:** 30 de abril de 2009
- ✓ **Remolcador usado:** La Punta
- ✓ **Nave remolcada:** María del Carmen III
- ✓ **Muelle:** Base Naval Dique 104
- ✓ **N° de solicitud de Servicio:** 5633
- ✓ **Hora de salida base:** 13:20
- ✓ **Hora de llegada:** 15:45
- ✓ **Tiempo empleado:** 2 horas 25 minutos
- ✓ **Observaciones:** *"demora por buques de ingreso y unidades navales" (sic)*

25.- Como ya se precisó, al igual que COSMOS, la entidad prestadora reconoce que los partes de faena o maniobra tienen mérito probatorio para acreditar cuál es el tiempo de uso del remolcador. En ese sentido, de acuerdo con estos documentos que hacen referencia a la solicitud del servicio N° 5633 presentada por COSMOS, el remolcador salió de la base a las 12:50 horas y regresó a las 15:45 horas, con lo cual el tiempo total fue de 2 horas con 55 minutos.

26.- Según COSMOS, se está considerando dentro de la facturación el tiempo que demoró el transporte del práctico naval. Cabe destacar que este traslado fue simplemente una eventualidad dentro de la prestación del servicio de uso de remolcador y que se consignó como una observación en el parte de maniobra, pero el servicio no fue el transporte del práctico, el servicio es el uso de remolcador que para efectos de facturación de la tarifa se controla el tiempo desde que el remolcador sale de su base, fondeadero o amarradero.

27.- Asimismo, COSMOS señala que el práctico no es su trabajador, por lo que no puede responsabilizarse por los actos de terceros. En esa línea de argumentación, ENAPU tampoco tiene que asumir responsabilidad alguna por el práctico, quien tampoco es su trabajador, ya que la entidad prestadora no brinda el servicio de practicaje.

28.- Adicionalmente, en el supuesto negado que el primer parte de maniobra, que es el que se refiere al transporte del práctico naval, no tenga que ser asumido por COSMOS, el tiempo consignado en éste únicamente es de 30 minutos, quedando aún 2 horas 25 minutos registrados en el siguiente parte de maniobra, el cual prueba que por lo menos este es el tiempo que duró el





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° 039-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCION FINAL N° 003

uso del remolcador *La Punta* en el servicio prestado a la nave *María del Carmen III* desde su salida del fondeadero o amarradero hasta su retorno.

29.- Ahora bien, de acuerdo con el tarifario el servicio de uso de remolcador se factura por horas; por tanto, por las 2 horas 55 minutos (considerando los dos partes de maniobra) o, en su defecto, por las 2 horas 25 minutos (excluyendo el parte de maniobra en el que aparece el transporte del práctico), que COSMOS utilizó el remolcador *La Punta*, corresponde cancelar el equivalente a 3 horas.

30.- En consecuencia, en virtud de lo actuado y probado en el expediente, así como de lo dicho precedentemente, este Tribunal considera que COSMOS debe cancelar por el uso del remolcador, el monto de US\$ 900,00 (novecientos y 00/100 dólares americanos) más el IGV.

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 601-2009 ENAPUSA/GTP.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a la Empresa Nacional de Puertos S.A. y a COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C., comunicándoles que queda agotada la vía administrativa.

CUARTO.- 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