

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
Resolución N° 026-2007-TSC/OSITRAN

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Lima, 17 de septiembre del 2007

El Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, en los seguidos por la empresa TRABAJOS MARÍTIMOS S.A., con Empresa Nacional de Puertos S.A., ha resuelto en los siguientes términos:

VISTO: El Expediente N° 019-2007-TR/OSITRAN, bajo el cual se ha acumulado el Expediente N° 020-2007-TR/OSITRAN, según Auto N° 001-2007-TSC/OSITRAN, de fecha 20 de agosto del año en curso, conteniendo las apelaciones interpuestas con fecha 18 de junio del presente año por Trabajos Marítimos S.A., en lo sucesivo TRAMARSA, contra las Resoluciones de Gerencia de Terminales Portuarios N° 221 y 222-2007 ENAPUSA/GTP, expedidas con fecha 25 de mayo último, por Empresa Nacional de Puertos S.A., en lo sucesivo ENAPU, que declara improcedente tanto el Recurso de Reconsideración así como la Reclamación a la solicitud de trato especial en la aplicación de tarifas por el uso de instalaciones (Uso de Muelle) para el retiro de productos de fierro que se hundieron en la bahía del Callao, el 27 de enero del año 2006, durante las maniobras del vapor TWIN STAR;

CONSIDERANDO:

Que, TRAMARSA mediante expediente N° 7253 presentado el 14 de marzo del año 2007 y Expediente N° EO13012 de fecha 09 de mayo del mismo año, presenta recursos de reconsideración y reclamación, respectivamente, solicitando se anule las facturas N° 021-0538887 y 021-0548789, por Uso de Muelle por carga fraccionada, al estar ENAPU cobrando en forma errada la tarifa de carga internacional, considerando que la apropiada es la de carga de cabotaje por ser chatarra

1. **TRAMARSA fundamenta la apelación interpuesta en lo siguiente:**

1.1. Que, la carga tiene condición de rescatada de la M/N TWIN STAR;

- 1.2. Que, la tarifa de cabotaje fue de acuerdo a lo negociado y aceptado por ENAPU para lograr captar dicha carga;
- 1.3. Que, de no otorgar ese descuento, ENAPU no hubiera logrado captar la carga rescatada;
- 1.4. Que, ENAPU desconoce el acuerdo comercial de aplicar la tarifa de cabotaje;
- 1.5. Que, toda mercancía que ingresa por primera vez al territorio nacional, sea inclusive chatarra proveniente de una remoción de restos hundidos como en el presente caso, tendrá que ingresar con la Autorización de Aduanas, y por consiguiente, tener una DUA de importación, inclusive si el valor de la chatarra es "0";
- 1.6. Que, la nave nunca llegó a puertos Peruanos por lo que no se concluyó con la importación de 21,220TM de productos de acero que se embarcaron en buenas condiciones, la que pasó a convertirse en un subproducto (chatarra) hundido en el lecho marino a 300 yardas de la vía de circulación del canal de ingreso al Puerto del Callao;
- 1.7. Que, por exigencia de la Capitanía de Puerto del Callao, resultó necesaria la remoción del casco de la nave y carga hundida de la Ex M/N TWIN STAR;
- 1.8. Que, se debió contratar a la empresa holandesa Smit Salvage, la mayor rescatista naviera del mundo, para realizar la operación de rescate y remoción de la M/N TWIN STAR, quien elaboró el plan para la recuperación de carga y retiro de escombros;
- 1.9. Que, la remoción de los restos de la M/N TWIN STAR se dio entre dos puntos que se encontraban en aguas nacionales;
- 1.10. Que, el transporte de la carga se ejecutó a través de barcazas entre la zona de naufragio y el Terminal Portuario del Callao, barcazas que no provienen de puertos internacionales;
- 1.11. Que, el tratamiento aduanero que se le da a la chatarra nada tiene que ver con la operación de cabotaje, que se dio con la operación entre dos puntos en aguas nacionales;
- 1.12. Que, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 683, el transporte acuático comercial en tráfico comercial o cabotaje es el que se realiza entre dos puertos peruanos. Dicha norma no establece ninguna limitación por la procedencia de la carga;

- 1.13. Que, esta compleja operación sin precedentes, totalmente atípica requirió de múltiples reuniones con las diferentes instituciones del sector transportes como ENAPU, DIGESA, ADUANAS, APN, Capitanía de Puerto del Callao, entre otras;
- 1.14. Que, se cotizó el uso de muelle de la chatarra a recuperarse de la nave con diferentes entidades entre ellas ENAPU;
- 1.15. Que, el señor Atilio Rojas Noriega, Gerente del Terminal Portuario del Callao, ENAPU indicó que su tarifario no establece tratamiento especial para situaciones como la presentada (Rescate de mercancías siniestrada), en tal sentido, la tarifa que corresponde para el uso de muelle es la de carga fraccionada de cabotaje;
- 1.16. Que, mediante Oficio N° 164-2006-TPC/GC de fecha 25 de octubre del 2006, ENAPU acepta expresamente aplicar para la descarga de los restos y carga siniestrada de la M/N TWIN STAR, la tarifa de carga fraccionada de cabotaje;
- 1.17. Que, según los numerales 2 y 4 del Tarifario, ENAPU a través de sus Gerentes y Administradores de los Terminales Portuarios, tienen plenas facultades para otorgar descuentos al importe de las tarifas vigentes mediante convenios en los siguientes casos:
- a) Siempre que dichos descuentos proporcionen mayores ingresos a la empresa;
 - b) Captación de carga;
 - c) Proporcionen servicios que no se hubieran podido concretar sin la aplicación de descuentos;
- 1.18. Que, el Gerente del Terminal haciendo uso de su discrecionalidad referente a las políticas comerciales indicadas, optó por aplicar la tarifa de cabotaje;
- 1.19. Que, ENAPU se encontraba en competencia con otras instalaciones portuarias, como son la Base Naval y el Complejo Industrial Pesquero Sacramento S.A. CIPSA, para determinar que instalación iba a brindar los servicios de uso de muelle;
- 1.20. Que, en atención al acuerdo ENAPU procedió a facturar aplicando la tarifa por concepto de uso de muelle de carga fraccionada de cabotaje;
- 1.21. Que las facturas correspondientes fueron canceladas por TRAMARSA con fecha 22 de marzo del año 2007;

- 1.22. Que, no obstante haberse cancelado las facturas, ENAPU en forma unilateral y arbitraria desconoce su compromiso comercial y factura nuevamente aplicando la tarifa de carga internacional;
- 1.23. Que, DIGESA según informe N° 2491-2006 referente a la Comercialización y Reaprovechamiento de Residuos provenientes de naves siniestradas, señala que la mercadería que venía como carga de la M/N TWIN STAR, se constituye en residuos al encontrarse en aguas nacionales y que no requiere su autorización;
- 1.24. Que, luego de reuniones sostenidas con Aduana, a fin de darle una salida legal a este caso atípico, ésta optó por asignarle un número de manifiesto a través de ENAPU, no obstante que la nave nunca llegó a puerto;
- 1.25. Que, el acuerdo comercial evidenciado por las cartas cursadas entre TRAMARSA y ENAPU, de fechas 12 de octubre del 2006 y N° 164-2006-TPC/GC, de fecha 25 de octubre del 2006, constituyen un contrato entre las partes;
- 1.26. Que, ENAPU debe respetar el acuerdo, ya que este ha sido perfeccionado con el consentimiento de las partes;

2. ENAPU, en la absolución al recurso de apelación interpuesto, señala lo siguiente:

- 2.1. Que, su Gerencia Comercial al tratarse de un caso especial de remoción de restos de 22,100 TM de productos de fierro (alambran, rollos, bobinas, etc.) cursa la comunicación N° 164-2006-TPC/GC de fecha 25 de octubre de 2006, señalando literalmente lo siguiente: "El tarifario de ENAPU S.A. no establece tratamiento especial para situaciones como la presentada en su comunicación y no existe precedentes; por lo que corresponde aplicar la tarifa establecida para la carga fraccionada de cabotaje al tratarse de un producto (chatarra) que procede de aguas nacionales;
- 2.2. Que, ENAPU consideró en mérito a lo solicitado por TRAMARSA en su carta de fecha 12 de octubre del 2006, en el entendido que dicha carga no tiene valor comercial ni aduanero;
- 2.3. Que, como resultado de un control posterior ENAPU determina anular las dos facturas materia de apelación, quedando sus respectivos importes como adelanto de las nuevas facturas, que considera a la mercancía como carga internacional;
- 2.4. Que, la carga fue nacionalizada por la Agencia de Aduanas RANSA, en representación de sus comitentes señores Aceros Arequipa S.A. con tres

DUAS, para lo cual se pagaron los derechos aduaneros, demostrando de esta forma que la mercancía tenía efectos aduaneros y valor comercial, correspondiéndole aplicar la tarifa de uso de muelle de Comercio Internacional;

- 2.5. Que, CORPORACIÓN ACEROS AREQUIPA S.A., en forma rutinaria importa la mercancía chatarra, cancelando los servicios como mercadería internacional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley General de Aduanas – Decreto Legislativo N° 809, que establece que "importación", es el Régimen Aduanero que permite el ingreso legal de mercancía proveniente del exterior, para ser destinado al consumo. Las mercancías extranjeras se consideran nacionalizadas cuando quedan expeditas para su levante, momento en que culmina el despacho de importación;
- 2.6. Que, ENAPU de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, y aplicando la presunción de veracidad le dio un trato especial en la tarifa de uso de las instalaciones del Terminal Portuario del Callao ya que el usuario alegó que no se consideraba mercancía "chatarra", para efectos ni aduaneros ni comerciales de valor y que solo tenía que retirarse de la zona de hundimiento al Club de Seguros de la nave responsable, lo cual resultó falso, ya que fue nacionalizada y entregada a su comitente CORPORACIÓN ACEROS AREQUIPA S.A.;
- 2.7. Que, TRAMARSA no ha demostrado las cotizaciones o proformas que acrediten que ENAPU se encontraba en competencia con otras instalaciones portuarias;
- 2.8. Que ha quedado demostrado que esta mercadería fue importada de Brasil, nacionalizada y entregada a su comitente;

3. Que, de los documentados presentados y diligencias practicadas, se desprende lo siguiente:

- 3.1. Que, la materia controvertida es la determinación de si la carga contenida en las bodegas de la nave hundida TWIN STAR debe, al margen de su clasificación arancelaria, ser considerada una importación o no;
- 3.2. Que, de autos se evidencia que la carga contenida en la nave hundida, si se considera carga de importación, pues su origen es otro país (Brasil), conforme consta en fojas 52 a 58;
- 3.3. Que, el tratamiento aduanero que se le dio, a parte del casco (proa), de la nave hundida, no constituye materia sobre las que este Tribunal se debe pronunciar, ni los hechos influyen en la presente Resolución;

- 3.4. Que, ambas partes coinciden en que la situación de la mercancía devenida en chatarra producto del hundimiento de la M/N TWIN STAR es atípica y sin precedentes en la legislación peruana;
- 3.5. Que, la carta de TRAMARSA de fecha 12 de octubre del 2006, equivocadamente indica que la operación de rescate de la M/N TWIN STAR así como el material que contiene, por provenir de una situación especial no se considera para efectos aduaneros ni comerciales de valor y que solo tiene que ser retirada de la zona de hundimiento por disposición de la Resolución de Capitanía N° 001-2006-M, de fecha 10 de mayo del año 2006;
- 3.6. Que, a fojas 106 y 107 la Intendencia Regional de Técnica Aduanera imparte instrucciones a la Intendencia de Aduana Marítima del Callao relacionada a la consulta sobre nacionalización de la Nave TWIN STAR y mercancía hundida en el Puerto del Callao;
- 3.7. Que, el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 809 - Ley General de Aduanas, estipula que Aduanas es el organismo del Estado facultado para interpretar, emitir pronunciamiento técnico-tributario sobre los alcances de las disposiciones legales en materia aduanera;
- 3.8. Que, ENAPU, a través de su Gerente Comercial, mediante carta de fecha 25 de octubre del año 2006, señala que ENAPU no establece tratamiento especial para situaciones como la presentada en la comunicación antes referida de TRAMARSA, añadiendo que no existen precedentes, por lo que corresponde aplicar la tarifa establecida para carga fraccionada de cabotaje al tratarse de un producto (chatarra) que procede de aguas nacionales;
- 3.9. Que, ni de la carta de TRAMARSA de fecha 12 de octubre del 2006, ni de la respuesta de ENAPU de fecha 25 del mismo mes y año, se aprecia que hayan mediado presupuestos de terceros para prestar los servicios de Uso de Muelle que brindó ENAPU, los cuales corren de fojas 79 a 89, presentados por TRAMARSA con fecha 19 de junio del año 2007, con lo cual ENAPU al no tener a la vista dichas proformas, desconocía si existían condiciones equivalentes que le permitieran como parte de su política comercial ofrecer ofertas o descuentos, según dispone el artículo 39 del Reglamento de Tarifas de OSITRAN aprobado por Resolución N° 043-2004-CD/OSITRAN, modificado por Resolución N° 082-2006-CD/OSITRAN;
- 3.10. Que, ENAPU de conformidad con lo establecido en el numeral 4 de su Tarifario, está facultada a otorgar descuentos a través de sus Gerentes o Administradores, bajo ciertas condiciones y mediante convenios;

Handwritten signatures and initials:
CJ
S
M

Handwritten signature:
E

- 3.11. Que, del tenor de la comunicación de ENAPU de fecha 25 de octubre del año 2006, no se aprecia que la entidad esté ofertando un descuento, sino que ante un hecho sin precedentes, y con la información proporcionada por el apelante, está determinando que tarifa corresponde aplicar;
- 3.12. Que, si bien es cierto como afirma TRAMARSA que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, también es cierto que el mismo artículo 1352º del Código Civil establece excepción para aquellos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad;
- 3.13. Que, en el caso de autos, no se llegó a celebrar ni convenio ni contrato alguno en forma escrita;
- 3.14. Que, si bien es cierto que la relación contractual entre la empresa prestadora ENAPU y el Usuario TRAMARSA, se inicia como una relación comercial particular, debido a la condición de ENAPU de Empresa Pública de Derecho Privado, ello conlleva a que en determinados actos, se sujete a la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, estando autorizada a emitir resoluciones como las impugnadas, que inclusive pueden ser cuestionadas como en el presente caso y elevadas al Superior Jerárquico y que si producen efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, dentro de una situación concreta;

POR TANTO:

Conforme a los fundamentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos así como a lo estipulado en el primer numeral del artículo 7º y artículo 52º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN, modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN, este Colegiado concluye que al estar frente a un reclamo relacionado con la facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura, es competente para conocer el presente caso y;

SE RESUELVE:

Primero: Confirmar las Resoluciones Gerencia de Terminales Portuarios N° 221 y 222-2007 ENAPUSA/GTP; y en consecuencia disponer que TRAMARSA cumpla con cancelar las facturas N° 021-0548788 y 021-0548789.

Segundo: Encargar a la Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, notificar la presente resolución a las partes, dando por agotada la vía administrativa.

CÁCERES ZAPATA Rubén, TAMAYO PACHECO Jesús, FLORES LEVERONI Carlos, UGAZ SÁNCHEZ MORENO Germán Francisco.

