



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

EXPEDIENTE N° : 054-2009-TSC-OSITRAN
APELANTE : COMERCIO & CIA S.A.
EMPRESA PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.
ACTO APELADO : Resolución de Gerencia de Terminales
Portuarios 449-2009 ENAPUSA/GTP

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 19 de abril de 2010

SUMILLA: El Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (Código IMDG) es aplicable al presente caso en virtud de las disposiciones contenidas en el tarifario, que constituyen el conjunto de cláusulas que regula la relación contractual entre el usuario y la entidad prestadora. De acuerdo con dicho código, los motores de combustión interna son calificados como carga peligrosa, por lo que corresponde aplicar el recargo de conformidad con el tarifario.

VISTO:

El Expediente N° 054-2009-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto COMERCIO & CIA S.A. (en lo sucesivo, COMERCIO) contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios 449-2009-ENAPUSA/GTP emitida por la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. (en adelante, ENAPU); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES.-

- 1.- Con fecha 24 de julio de 2009, arribaron al Callao 192 Motocicletas transportadas en el vapor CSAV Totoral, siendo almacenadas en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el TPC) el 25 de julio de 2009.
- 2.- El 1 de agosto de 2009, ENAPU emitió la factura N° 021-0692739 mediante la cual pretende cobrar a COMERCIO la suma de US\$ 214.20 (doscientos catorce 20/100 dólares americanos), la cual incluye el recargo aplicable a la carga peligrosa, el cual asciende a US\$ 60.00 (sesenta dólares y 00/100 americanos) más Impuesto General a las Ventas (IGV).

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- 3.- Este recargo motivó que el 7 de agosto de 2009, COMERCIO solicite a ENAPU la anulación de la factura mencionada alegando que la carga transportada no podía ser considerada como carga peligrosa.
- 4.- Con fecha 21 de agosto de 2009, ENAPU emitió la Resolución N° 376-2009 ENAPUSA/GTP a través de la cual declaró improcedente dicho reclamo en base a 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 inciso b) subinciso a) 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 como carga peligrosa.
 - iv.- Mediante Memorándum N° 1463-2009 TPC/OSyMA, el Jefe de la Oficina de seguridad y medio ambiente informó que conforme el Código IMDG, los vehículos son considerados como carga peligrosa de la clase 9 e identificados con el número UN3166.
- 5.- Con fecha 3 de septiembre de 2009, COMERCIO interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 376-2009 ENAPUSA/GTP, señalando lo siguiente:
- i.- Si bien el artículo 302 inciso 2 a) califica como "peligrosa" a la carga comprendida en el Código IMDG y según esta normativa se califica como peligroso al vehículo propulsado por gas o líquido inflamable, se debe tener muy en claro el sentido y la finalidad que persigue lo dispuesto en este código con el objeto de determinar cuándo una carga puede ser realmente peligrosa y finalmente establecer si toda la mercancía contenida en la norma internacional debe ser considerada peligrosa *per se* o si se debe evaluar sus particularidades y las circunstancias para otorgarle la calificación en cuestión.



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- ii.- En el *Bill of Lading*¹ N° 4353-0464-905.013 suscrito por la empresa Blue Anchor Line, no se especificó si la mercancía que transportaba era peligrosa considerando que se encontraban semidesarmadas, lo cual no requería que dichas mercancías contengan líquido inflamable alguno en la medida que no iban a movilizarse por sus propios medios;
- iii.- La mercancía de COMERCIO nunca fue ubicada en algún lugar apartado de otras cargas, conforme está dispuesto en la Circular N° 004-2009 ENAPU S.A./GG, ya que no representaba riesgo de daño por no ser peligrosas.
- iv.- No puede interpretarse que cada vez que se haga referencia a vehículos propulsados por gas y/o líquidos inflamables, se refiera a todos, sino a aquellos que efectivamente pudieran ocasionar grave riesgo de explosión, incendio u otro tipo de accidente producto del líquido inflamable. Si la mercancía no contenía líquido inflamable, es absurdo que se le pretenda asignar la calificación de peligrosa, más aún si no fueron ingresadas a zona especial alguna, sino que ingresaron a la zona 8 y tratadas como cualquier mercancía.
- v.- Obligar a COMERCIO al pago del recargo por mercancía peligrosa sería una evidente violación al principio de razonabilidad recogido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG).
- 6.- El 24 de septiembre de 2009, ENAPU emitió la Resolución N° 449-2009 ENAPUSA/GTP a través de la cual ratificó su decisión de declarar improcedente el reclamo, fundamentándose en lo siguiente:
- i.- Conforme con lo señalado por la Oficina de Seguridad y Medio Ambiente, el motor de combustión interna, los vehículos propulsado por gas o líquido inflamable son carga peligrosa, sin considerar si son transportados en contenedores o como carga fraccionada e inclusive si el tanque de combustible se encuentra lleno o vacío.
- ii.- De acuerdo con las fotografías presentadas por COMERCIO, la batería se encontraba sellada con electrolito. Este producto es un ácido corrosivo considerado en la Clase 8 con número de ONU 2796 del Código IMDG, con lo cual conforme al artículo 628 del Reglamento de Operaciones de ENAPU, si un contenedor presenta carga peligrosa y carga no peligrosa, se considerara carga peligrosa.

¹ Conocimiento de Embarque.



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

7.- Con fecha 5 de octubre de 2009, COMERCIO interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- i.- La Resolución N° 449-2009 ENAPUSA/GTP es nula por haber sido emitida sin cumplir con los requisitos de validez establecidos para los actos administrativos, esto en virtud de que no existe pronunciamiento de todos los argumentos planteados en el recurso de reconsideración, además no está debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, vulnerándose los incisos 2, 4 y 5 del artículo 3 de la Ley N° 27444.
 - ii.- Existen determinadas mercancías que no podrían considerárseles peligrosas aunque se encuentren de manera expresa en el Código IMDG, en la medida que este código se encarga de precisar las circunstancias de hecho que hacen que dicha mercancía pueda calificarse de peligrosa.
 - iii.- La mercancía importada no presentaba en su interior, ni en las partes del mismo líquido, inflamable alguno, debido a que éstas se encuentran semidesarmadas, lo cual hace imposible su clasificación como carga peligrosa.
 - iv.- ENAPU intenta justificar de cualquier manera el cobro adicional incorporando al procedimiento una nueva imputación en la cual señalan que la batería se encuentra sellada con electrolito, producto considerado como peligroso; sin embargo, esta consideración es extemporánea, toda vez que al no conocerla al inicio del presente procedimiento, tampoco se ha podido contradecir en las etapas anteriores.
 - v.- 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.
 - vi.- El objetivo de esta circular es calificar como peligrosa sólo a la carga que vaya a ser propulsada por gas y/o líquidos inflamables dentro del terminal de ENAPU.
- 8.- 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 16 de noviembre de 2009. En esta comunicación ENAPU manifestó lo siguiente:
- i.- La Circular N° 004-2009 ENAPU S.A./GG establece que los vehículos serán considerados carga peligrosa de acuerdo con lo previsto en la



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

enmienda N° 34 de la Edición de 2008 del Código IMDG. Esta circular fue debidamente difundida para conocimiento de los agentes marítimos, de aduanas, consignatarios y usuarios en general.

- ii.- Conforme con el Reglamento de Operaciones sólo existe un tratamiento especial a la mercancía peligrosa tratándose de explosivos, por esta razón las mercancías peligrosas pueden permanecer en una zona dependiendo de otro criterio de clasificación –como carga de importación en el presente caso– en el que se asigna un lugar y es coloca a una distancia prudente de otras mercancías.
- iii.- La apelante no puede argumentar que desconocía las últimas disposiciones sobre almacenamiento de vehículos como carga peligrosa. Por lo tanto, de acuerdo con las disposiciones del tarifario las cuales tienen la calidad de cláusulas generales de contratación, el uso de los servicios implica la aceptación de lo estipulado en el tarifario.
- iv.- 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.
- 9.- Las partes no asistieron a la audiencia de conciliación, llevándose a cabo la audiencia de vista de la causa el 7 de diciembre de 2009 con la asistencia del representante de ENAPU quien informó oralmente, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

10.- Como cuestiones en discusión a dilucidar en la presente resolución tenemos:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación de COMERCIO;
- ii.- De concluirse que procede el recurso, establecer si la resolución es nula; y,
- iii.- De no existir nulidad, determinar si corresponde el pago adicional por carga peligrosa.

III.- ANÁLISIS:

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

- 11.- 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



OSITRAN

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



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, al tratar sobre la anulación de la factura que contiene el recargo aplicable a mercancías peligrosas.

- 12.- 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.
- 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, corresponde analizar los argumentos que lo sustentan.

III.2. EVALUACIÓN DE LA ALEGADA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN APELADA

- 14.- De acuerdo con la LPAG, la motivación es un requisito de validez de los actos administrativos⁴. El artículo 10 de esta norma, que contiene las causales de nulidad prescribe lo siguiente:

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."

⁴ LPAG

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

- 4.- **Motivación.**- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico."



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

"Artículo 10º.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*

(...)"

15.- Como se aprecia, la inobservancia de los requisitos de validez de los actos administrativos, entre estos la motivación, es sancionada con nulidad, a menos que se presente alguno de los supuestos de conservación prescritos en el artículo 14 de la LPAG. Al respecto, Dános Ordóñez, comentando sobre este tema, precisa que "[L]a finalidad de este dispositivo es salvar la eficacia de las actuaciones administrativas respecto de irregularidades que la propia ley administrativa considere leves. Con tal objeto dispone que deben corregirse infracciones a los requisitos de validez (...) que se estima menos relevantes, para corregir los aspectos viciados y volver a los citados actos plenamente legales y conforme al ordenamiento jurídico"⁵.

16.- El artículo en comentario establece lo siguiente:

"Artículo 14.- Conservación del acto

14.1.- *Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.*

14.2.- *Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:*

(...)

14.2.2.- *El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial."*

17.- Como es evidente, en el procedimiento administrativo el requisito esencial de la motivación está relativizado, en el sentido que si un acto administrativo posee una motivación insuficiente o parcial procede la conservación del mismo, en aplicación del principio de eficacia⁶. No obstante lo acotado, debe quedar claro

⁵ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General". En: "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". 1ª ed. 2003, p. 247.

⁶ LPAG

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.- *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

(...)



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

que si bien es eficaz un acto con motivación parcial o insuficiente, no está exento de nulidad el acto administrativo que carece de motivación total⁷.

- 18.- En este orden de ideas, en el presente caso se está alegando una motivación insuficiente y parcial, pero no la falta de motivación. COMERCIO refiere que ENAPU no se ha pronunciado sobre todos los puntos que son materia del reclamo⁸.
- 19.- Con relación al pronunciamiento sobre todos los argumentos del recurso de reconsideración, es necesario considerar que si bien los órganos administrativos están obligados a motivar sus resoluciones, esto no significa que tiene que existir un pronunciamiento de todos y cada uno de los argumentos de las solicitudes o recursos de los administrados; este deber implica que el órgano administrativo exponga las razones de manera lógica y congruente que lo llevaron a adoptar su decisión respecto al pedido o impugnación del administrado.
- 20.- En el presente caso la decisión de ENAPU se fundamenta en que la carga se califica como peligrosa por el sólo hecho de estar contenida dentro de los supuestos del Código IMDG. Siendo esto así, se entiende que la entidad prestadora está descartando el argumento de COMERCIO, según el cual para calificar de peligrosa a la mercancía no es suficiente que se encuentre dentro de algún supuesto de dicho código, sino que es necesario realizar un análisis y evaluar el caso concreto a fin de determinar si la carga contiene o no líquido inflamable y de esta manera pueda ser calificada como peligrosa.
- 21.- En virtud de lo precisado, este colegiado considera que no existe una falta de motivación por parte de ENAPU, por lo que no podría acogerse la nulidad planteada por COMERCIO. Adicionalmente, no obstante lo acotado, en el supuesto negado que se considere que no ha existido fundamentación sobre todos los puntos del reclamo, al encontrarnos en el supuesto de un vicio no trascendente, como es la motivación parcial, en virtud de las normas citadas

1.10.- Principio de eficacia. - Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad de la acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio."

⁷ "Los numerales 14.21 y 14.2.2 se refieren a defectos de la motivación de los actos administrativos y no a su falta total, porque la omisión de uno de los requisitos de validez de los actos determina la nulidad de pleno derecho sancionada por el artículo 10.2 de la LPAG." DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. Cit. p. 249.

⁸ "(...) la motivación es indispensable para marcar diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque de no existir motivación que lo sostenga, el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal." ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "La motivación del acto administrativo en la Ley N° 27444, Nueva Ley de Procedimiento General". En: "Comentarios...". Op. Cit. p. 179.



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

resulta procedente conservar el acto administrativo en cuestión, máxime si se considera que este tribunal revisará lo resuelto por ENAPU en primera instancia.

- 22.- En base a los considerandos precedentes, la nulidad de la resolución apelada debe descartarse.

III.3. EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

- 23.- 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.
- 24.- El Código IMDG es una publicación de la OMI que en atención al convenio SOLAS⁹, 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.
- 25.- En primer término como ya se ha establecido en anteriores resoluciones¹⁰, el tarifario de ENAPU (y el de las demás entidades prestadoras bajo la competencia del OSITRAN) constituyen cláusulas generales de contratación^{11,12} 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 adhesión¹³.

⁹ Del inglés *Safety Of Life At Sea*.

¹⁰ Resoluciones finales emitidas en los Expedientes N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 038-2009-TSC-OSITRAN y 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN (acumulados).

¹¹ Código Civil

"Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación"

Las cláusulas generales de contratación son aquellas 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."

¹² 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.

¹³ 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."



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- 26.- 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.
- 27.- En el presente caso, es un hecho no cuestionado que COMERCIO usó los servicios que brinda ENAPU como producto de la explotación de la infraestructura portuaria que administra, específicamente el servicio de almacenaje de carga fraccionada, por lo que, en virtud del artículo citado en el párrafo precedente, COMERCIO aceptó de manera tácita (y no expresa)¹⁴ las condiciones del tarifario como contrato de adhesión y que por lo tanto son plenamente exigibles a las partes.
- 28.- 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

(...)"

- 29.- 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 este código. Dicho en otras palabras, no es necesario discutir la aplicabilidad de este código a las operaciones portuarias, toda vez que las partes han acordado someterse a sus disposiciones mediante la aceptación (adhesión) del tarifario.

¹⁴ **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."



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- 30.- 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"

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

- 12.- De lo citado se evidencia que expresamente se califica como peligrosa a los motores de combustión interna o vehículo propulsados por gas o líquido inflamable.
- 13.- 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.
- 14.- 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.
- 15.- Adicionalmente, la condición de semidesarmadas de las motocicletas no es un supuesto que configure una excepción a su calificación de peligrosas. En el mismo sentido, la calificación que el transportista otorgue a la mercadería no es una circunstancia a tenerse en cuenta para 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 el argumento esgrimido por la apelante (el fraccionamiento del bien almacenado y su inocuidad) no puede ser amparados.
- 16.- 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 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.



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° 054-2008-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

- 17.- Además de lo ya apuntado, como establece ENAPU y se corrobora con las pruebas ofrecidas por la propia parte en el informe técnico que adjunta a su reclamo, parte de la carga de COMERCIO consistía en baterías selladas con electrolito, el cual es considerado dentro de las mercancías peligrosas en la clase 8 con número de ONU 2796 del Código IMDG.
- 18.- 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 procedimiento¹⁵, 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.
- 19.- Con relación a este punto, COMERCIO indica que considera extemporánea y fuera de lugar imputar como peligrosa la carga en virtud de lo expuesto en los dos párrafos anteriores, toda vez que al no conocer esta razón al inicio del procedimiento no han tenido la oportunidad de contradecir en las etapas anteriormente agotadas.
- 20.- Sobre este argumento se debe resaltar que la prueba en la que se demuestra que la carga contenía un líquido considerado como carga peligrosa fue otorgada por la misma empresa usuaria en el informe técnico elaborado por el ingeniero Pedro Moran Mendoza inscrito en el Colegio de Ingenieros del Perú con código N° 73657 (obrante desde el folio 12 al 15), en el cual se indica lo siguiente:
- "1.- La batería llega sin carga eléctrica alguna. Esta se encuentra seca y sellada y el **electrolito lo trae en un envase aparte, el cual viene también sellado herméticamente en un envase plástico, con la protección adecuada.**"*
- 21.- En ese orden de ideas, debe reconocerse que este hecho no fue introducido por ENAPU sino por la propia usuaria al momento de presentar su reclamo, es decir, que conoció desde el principio que parte de la carga del contenedor que se calificó como peligrosa estaba compuesta por un electrolito el Código IMDG le asigna dicha calidad. Por ello, en aplicación de las cláusulas (tarifario de ENAPU) que rigen la relación contractual, cuando parte de la carga de un

¹⁵ 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."



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° 054-2009-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 003

contenedor califica como peligrosa se le imputa dicha calidad a toda la carga. En consecuencia, no podría alegar indefensión al respecto.

22.- 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, pague la contraprestación a la que se comprometió de conformidad con el contenido del contrato de adhesión.

23.- En consecuencia, la mercancía transportada por COMERCIO ha sido considerada por el Código IMDG como carga peligrosa, 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° 449-2009 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



OSITRAN

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