

Resolución de Gerencia de Supervisión

Nº 024-2008-GS-OSITRAN

Lima, 02 de diciembre de 2008

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración presentado por Cosmos Agencia Marítima S.A.C. (en adelante Cosmos), ampliado mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2008, contra el Oficio Nº 2744-08-GS-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, así como el Informe 880-2008-GS-OSITRAN, elaborado por el Supervisor Administrativo Comercial I y el Asesor Legal de la Gerencia de Supervisión, que forma parte integrante de la presente resolución;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 03 de julio de 2008, la Empresa Nacional de Puertos S.A. (en adelante, ENAPU), publicó el extracto de las solicitudes de acceso presentadas por Cosmos y Cormin Callao S.A.C. (en adelante, Cormin), para la instalación de fajas transportadoras herméticas móviles, para brindar el servicio de embarque de minerales a granel en el Terminal Portuario del Callao. Con fecha 14 de julio de 2008, ENAPU publicó un extracto de la solicitud de acceso presentada por Perubar S.A., similar a la presentada por Cosmos y Cormin;

Que, mediante Carta Nº 589-2008-ENAPU S.A./GG de fecha 22 de julio de 2008, ENAPU solicita se le precise si el procedimiento de acceso a la facilidad esencial relacionado con las solicitudes de acceso de las fajas transportadoras herméticas móviles para el embarque de minerales a granel en el Terminal Portuario del Callao, presentadas por las empresas Cormin, Perubar y Cosmos, corresponde a negociación directa o subasta, considerando que el acceso al muelle es para operar dos (2) fajas en forma simultánea y que el parqueadero tendría capacidad para más de dos fajas cuando no estén operando;

Que, con Oficio Nº 2015-08-GS-OSITRAN de fecha 22 de julio de 2008 la Gerencia de Supervisión absuelve la consulta referida en el numeral anterior, indicando que el procedimiento de acceso a la facilidad esencial relacionado con las solicitudes de acceso para las fajas transportadoras herméticas móviles corresponde a negociación directa, siempre que las fajas transportadoras de las distintas empresas puedan operar en forma alternada de acuerdo a como lo soliciten los usuarios del servicio de embarque de minerales y la capacidad del área de parqueo sea suficiente para que todas las empresas solicitantes del acceso puedan estacionar sus fajas transportadoras; corresponderá a subasta, cuando el área de parqueo no sea suficiente para que todas las empresas solicitantes puedan estacionar sus fajas transportadoras;

Que, mediante Carta s/n remitida a OSITRAN con fecha 21 de agosto de 2008, Cosmos indica que su intención no es trabajar con una sola faja, sino con dos (2) fajas transportadoras herméticas y además una (1) de reten. Asimismo, señala que el proceso de acceso a la facilidad esencial mediante negociación directa no es el adecuado, y lo que se debería hacer es un concurso o subasta para el acceso de las fajas transportadoras a ser operadas por un solo operador. Debido a ello, solicita a OSITRAN reevaluar su Oficio N° 2015-08-GS-OSITRAN de fecha 22 de julio, y confirmar que el procedimiento de acceso sería a través de una subasta;

Que, a través del Oficio N° 2774-08-GS-OSITRAN de fecha 22 de setiembre de 2008, la Gerencia de Supervisión, emite respuesta a la comunicación presentada por Cosmos referida en el numeral anterior, señalando que, de acuerdo al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante REMA), el mecanismo de acceso corresponde a subasta cuando la capacidad de la infraestructura no es suficiente para atender el número de solicitudes de acceso presentadas; sin embargo, dado que en el presente caso se está desarrollado un proceso de negociación directa, se entiende que ENAPU está en capacidad de atender las tres (3) solicitudes de acceso presentadas;

Que, el 17 de octubre de 2008, Cosmos interpuso Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 2774-08-GS-OSITRAN, solicitando se declare fundado dicho recurso, revocar lo dispuesto en el Oficio, y en consecuencia, se comuniquen a ENAPU que el acceso para el embarque de minerales en el Terminal Portuario del Callao deberá realizarse a través del mecanismo de subasta pública y la operación del servicio deberá realizarse por un solo solicitante;

Que, mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2008 presentado por Cosmos, dicha empresa presenta elementos de juicio adicionales a los presentados en el Recurso de Reconsideración citado en el párrafo precedente, los mismos que solicita sean tomados en cuenta a la hora de resolver. En consecuencia, Cosmos solicita comunicar a ENAPU que, en cumplimiento de lo dispuesto en el REMA, el Reglamento de Acceso de ENAPU (en adelante, REA-ENAPU) y en concordancia con el Oficio N° 2015-08-GS-OSITRAN, deje sin efecto el procedimiento convocado, y vuelva a convocarlo, tendiendo en cuenta desde su inicio, todas las facilidades esenciales necesarias para la prestación del servicio de embarque de minerales en el Terminal Portuario del Callao;

Que, para efectos de resolver, es necesario de manera previa, determinar la admisibilidad del Recurso de Reconsideración presentado por Cosmos. Para ello se debe verificar que dicho recurso haya sido presentado: i) ante el órgano competente; ii) dentro del plazo legal; y iii) con una nueva prueba, de conformidad con lo establecido en el Artículo 208° de la Ley N° 2744 - Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG);

Que, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 208° de la LPAG, el Recurso de Reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto materia de la impugnación, es decir, ante la Gerencia Supervisión. El plazo para la presentación de dicho recurso, es de quince (15) días contados a partir del 22 de setiembre de 2008, fecha en que se notificó el Oficio N° 2774-08-GS-OSITRAN, mediante el cual, la Gerencia de Supervisión emite respuesta a la Carta presentada por Cosmos con fecha 21 de

agosto referida en el numeral 2 del presente informe. En el presente caso, se constata que Cosmos ha presentado su Recurso de Reconsideración dirigido a la Gerencia de Supervisión, con fecha 17 octubre de 2008, con lo cual se considera cumplido este requisito;

Que, asimismo, en lo que respecta de la nueva prueba, el mencionado Artículo 208° de la LPAG señala lo siguiente:

“Artículo 208.- Recurso de reconsideración

*El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y **deberá sustentarse en nueva prueba.** En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación”.*

(El subrayado es nuestro)

Que, como puede observarse, para la norma peruana no cabe la posibilidad que la autoridad administrativa pueda cambiar el sentido de un acto administrativo a sola petición, pues es de suponerse que la autoridad ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe aplicar al caso concreto; por ello, no es posible que se pretenda modificar el acto administrativo con tan solo presentar un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. En consecuencia, para hacer posible el cambio de criterio, la norma “...exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración”¹;

Que, en ese sentido, la doctrina administrativa señala que no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, la presentación del documento original cuando en el expediente obraba una copia simple, entre otras²;

Que, el Recurso de Reconsideración interpuesto y la comunicación de fecha 19 de noviembre de 2008 presentada por Cosmos, además de nueva argumentación sobre los hechos controvertidos, acompaña las siguientes pruebas como nuevas:

- a) Copia de la comunicación No. 589-2008-ENAPU/GG de fecha 22 de julio de 2008, dirigida a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN.
- b) Copia de la comunicación No. 001-2008-TPC/COMITÉ ESPECIAL de fecha 13 de agosto de 2008.
- c) Copia del Boletín No. 19, correspondiente al mes de setiembre de 2008, emitido por la Autoridad Portuaria Nacional.
- d) Copia de la comunicación N° 083-08-ENAPU S.A./GC del 23 de julio de 2008.
- e) Copia del Recurso de Reclamación presentado a ENAPU con fecha 27 de octubre de 2008.

¹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Séptima Edición, Revisada Actualizada, Gaceta Jurídica. Agosto 2003. Pág. 455

² Ibidem.

Que, de la evaluación realizada a los documentos presentados en calidad de prueba, se advierte que la comunicación No. 589-2008-ENAPU/GG, fue recibida por OSITRAN el 22 de julio del 2008, y tomada en cuenta al momento de emitirse el Oficio materia de la presente impugnación. De otro lado, mediante la comunicación No. 001-2008-TPC/COMITÉ ESPECIAL, el Presidente del Comité Especial de ENAPU remitió a Cosmos copia del Oficio No. 2015-08-GS-OSITRAN, el mismo que fue emitido por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN. Finalmente, el Boletín No. 19 de la Autoridad Portuaria Nacional no contribuye a producir convicción en la Administración, respecto de los hechos alegados por el recurrente; por ello no resultan procedentes para habilitar un cambio de criterio;

Que, con relación a la comunicación N° 083-08-ENAPU S.A./GC dirigida a Cosmos, debe señalarse que la misma tiene por finalidad comunicar a dicha empresa que se habían presentado tres (3) solicitudes de acceso siendo la disponibilidad de infraestructura (muelle) para operar dos (2) fajas transportadoras herméticas móviles en forma simultánea y que el Terminal Portuario del Callao tienen un parqueadero con capacidad para tres (3) fajas, por lo que el mecanismo de acceso a seguir sería por negociación directa, lo cual dependerá de que no se presenten más solicitudes. Al respecto, cabe señalar que OSITRAN tuvo conocimiento de estos hechos al momento de emitir el Oficio N° 2774-08-G-OSITRAN que es materia de impugnación, lo cual se evidencia en el mismo texto de dicho Oficio y a partir de la Carta N° 589-2008-ENAPU S.A./GG; por tanto, tampoco contribuye a posibilitar un cambio de criterio de la administración;

Que, en cuanto al Recurso de Reclamación presentado a ENAPU con fecha 27 de octubre de 2008, debe señalarse que: i) la existencia del mismo es posterior a la fecha de emisión del Oficio materia de la presente impugnación; y, ii) no se encontraba en poder de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN antes de la emisión del Oficio materia de impugnación, por lo que el mismo amerita ser calificado como una nueva prueba, la misma que será analizada en relación con las pretensiones solicitadas por Cosmos en el Recurso de Reconsideración presentado y su posterior ampliación;

Que, por ello, con relación a los documentos presentados por el impugnante mediante el Recurso de Reconsideración interpuesto y la comunicación de fecha 19 de noviembre de 2008, referidos en los literales a), b), c) y d), no constituyen nueva prueba, en la medida que el acto administrativo adoptado por la Gerencia Supervisión, en su oportunidad, fue realizado considerando las supuestas nuevas pruebas aportadas. Además, se advierte que dichos documentos no tienen el carácter de relevante para probar los hechos que expone el recurrente y que pretenden habilitar un cambio de criterio por parte de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN. En relación al documento referido en el literal e) cabe señalar que el mismo constituye una nueva prueba, por lo que será analizado en relación con las pretensiones solicitadas por Cosmos en el Recurso de Reconsideración presentado y su posterior ampliación.

Que, en su escrito de Reconsideración presentado por Cosmos con fecha 17 de octubre de 2008 contra el Oficio N° 2774-08-GS-OSITRAN, dicha empresa solicita revocar lo dispuesto en el Oficio, y en consecuencia, se comunique a ENAPU que el acceso para que el embarque de minerales en el Terminal Portuario del Callao deberá

realizarse a través del mecanismo de subasta pública y la operación del servicio deberá realizarse por un solo solicitante;

Que, adicionalmente, a través del escrito de fecha 19 de noviembre de 2008, Cosmos solicita comunicar a ENAPU que, en cumplimiento de lo dispuesto en el REMA, el Reglamento de Acceso de ENAPU (en adelante, REA-ENAPU) y en concordancia con el Oficio N° 2015-08-GS-OSITRAN, deje sin efecto el procedimiento convocado, y vuelva a convocarlo, teniendo en cuenta desde su inicio, todas las facilidades esenciales necesarias para la prestación del servicio de embarque de minerales en el Terminal Portuario del Callao;

Que, con relación a las pretensiones de Cosmos contenidas en los escritos a los que se hace referencia en los párrafos precedentes, debe señalarse que coinciden con las contenidas en el Recurso de Reclamación presentado por Cosmos ante ENAPU con fecha 27 de octubre de 2008. Dicho Recurso se encuentra contemplado en el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de ENAPU³, el mismo que señala que los usuarios intermedios pueden presentar un Recurso de Reclamación como consecuencia de la aplicación del Reglamento de Acceso, el mismo que será resuelto en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles;

Que, de esta manera, ENAPU se encuentra dentro del plazo para resolver el Recurso de Reclamación presentado por Cosmos. Cabe señalar que contra la Resolución que emita ENAPU resolviendo dicho Recurso, procederá la interposición del Recurso de Reconsideración o de Apelación ante dicha entidad prestadora, debiendo ser elevado en este último caso al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN para su resolución;

Que, como se puede apreciar, las pretensiones formuladas por Cosmos en el Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 2774-08-GS-OSITRAN presentado con fecha 22 de setiembre de 2008, y ampliado con el escrito de fecha 19 de noviembre de 2008, coinciden con las realizadas en el Recurso de Reclamación presentado ante ENAPU. Por lo tanto, un pronunciamiento por parte de OSITRAN implicaría desconocer las etapas que debe seguir dicho procedimiento de Reclamación de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de ENAPU; ello en aplicación del principio de legalidad, mediante el cual la actuación de la Gerencia de Supervisión debe estar enmarcada dentro de las facultades que le estén atribuidas, no teniendo esta facultades para desconocer las etapas del procedimiento de Reclamación REA – ENAPU;

Que, de conformidad con las Funciones Generales de la Gerencia de Supervisión, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN y lo establecido por el artículo 208° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, corresponde a la Gerencia de Supervisión pronunciarse sobre el Recurso de Reconsideración presentado por Cosmos contra el Oficio 2744-08-GS-OSITRAN, ampliado mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2008;

³ Aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 038-2008-CD-OSITRAN, del 10 de setiembre de 2008.

Que, luego de la revisión del informe de VISTOS, esta Gerencia lo hace suyo y en consecuencia, lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución;

Que, de acuerdo a lo establecido en los artículos 32º y 33º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM;

Por lo expuesto, se RESUELVE:

PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE el Recurso de Reconsideración interpuesto por Cosmos Agencia Marítima S.A.C., ampliado mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2008, contra el Oficio N° 2744-08-GS-OSITRAN, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO: Notificar a Cosmos Agencia Marítima S.A.C la presente Resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

JUAN CARLOS POLO PUELLES
Gerente de Supervisión (e)