

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 021 -2003-CD/OSITRAN

PROCEDENCIA : PRESIDENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO

ENTIDAD PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.

MATERIA : NULIDAD DE RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 016-2003-CD/OSITRAN Y POR EXTENSIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 017-2003-CD/OSITRAN – MANDATO DE ACCESO A FAVOR DE COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C.

SECTOR : EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA.

SUMILLA : Se declara inadmisble e improcedente la solicitud de nulidad formulada por ENAPU contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 016-2003-CD-OSITRAN y, por extensión contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 017-2003-CD-OSITRAN.

Lima, 13 de noviembre del 2003

I. ANTECEDENTES:

1. El 03 de octubre de 2003 se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución de Consejo Directivo Nº 016-2003-CD-OSITRAN en virtud de la cual se dictó un mandato de acceso a favor de COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. para que utilice muelles y amarraderos de diversos terminales portuarios.
2. Dicha Resolución dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º: Dictar Mandato de Acceso a ENAPU S.A. en favor de COSMOS, para la utilización de los Muelles y Amarraderos de los Terminales Portuarios del Callao, Paita, Salaverry, Chimbote, General San Martín e Ilo, para efectos de la prestación del Servicio Esencial de Amarre y Desamarre; estableciendo las condiciones y cargos de acceso aplicables a dicho acceso, y de acuerdo a los términos, condiciones y cargos de acceso que se señalan en el Anexo Nº 1, el mismo que forma parte integrante de la presente Resolución.

Artículo 2º: Establecer que los “Lineamientos y condiciones de acceso para la prestación del servicio de Amarre y Desamarre en los terminales Portuarios administrados por ENAPU S.A.”, aprobados por OSITRAN mediante Resolución Nº 029-2002-GG-OSITRAN, se aplicarán de manera complementaria a lo establecido en el Mandato de Acceso aprobado en virtud al Artículo 1º de la presente Resolución.

Artículo 3º: Requerir a ENAPU S.A., para que en el plazo máximo de 30 días calendario, contados a partir del día siguiente a la notificación del presente Mandato de Acceso, remita a OSITRAN la información que sustente su propuesta para que el cargo de acceso para naves de Cabotaje, aplicable a partir del séptimo mes, ascienda a US \$ 14.00 (Catorce 00/100 Dólares de Estados Unidos de América), por operación.

Artículo 4º: Establecer, que vencido el plazo de ENAPU S.A. para presentar ante OSITRAN la información a que se refiere el Artículo precedente, OSITRAN determinará el cargo de acceso relativo a las naves de Cabotaje, aplicable a partir del séptimo mes de vigencia del presente Mandato.

Artículo 5º: Establecer que cualquier acuerdo de ENAPU S.A. y COSMOS, posterior al Mandato de Acceso aprobado en virtud al precitado Artículo 1º, que pretenda variar total o parcialmente las condiciones por él establecidas o la totalidad del mismo, es ineficaz hasta que se comunique a dichas empresas la aprobación por parte de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en el Artículo 60º (In fine) del REMA.

Artículo 6º: Establecer que cualquier desacuerdo que surja respecto de la interpretación o ejecución de las obligaciones establecidas en el Mandato de Acceso aprobado en virtud al precedente Artículo 1º, será resuelto en primera instancia ante ENAPU S.A. y en segunda y última instancia por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, de conformidad con lo establecido por el Artículo 87º (In fine) del REMA, el Literal d) del Artículo 47º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 010 – 2001 – PCM y lo establecido en el Reglamento General para la Solución de Controversias en el ámbito de competencia de OSITRAN.

Artículo 7º: Establecer que cualquier incumplimiento de ENAPU S.A. con relación a las obligaciones y ejecución del Mandato de Acceso aprobado en virtud al Artículo 1º de la presente Resolución, se sujetarán a lo establecido por el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN y sus normas modificatorias.

Artículo 8º: El Mandato de Acceso que se dicta en virtud a la presente Resolución, entrará en vigencia a partir del décimo quinto día posterior a la fecha de publicación del presente Mandato en el Diario Oficial “El Peruano”.

Artículo 9º: Notificar la presente Resolución a ENAPU S.A. y a COSMOS .

Artículo 10º: Notificar la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 11º: Encargar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, que adopte las medidas necesarias para supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución.”

3. El 15 de octubre de 2003, se recibe el Recurso de Reconsideración presentado por ENAPU contra la mencionada Resolución, a través del cual solicita que sea revocada en mérito al cuestionamiento de aspectos contenidos en la referida Resolución vinculados con:
 - a. **Competencia de OSITRAN para regular el Acceso a las Facilidades Esenciales Portuarias administradas por ENAPU. Sobre este aspecto ENAPU entiende que OSITRAN ha efectuado una apreciación unilateral sobre sus competencias con relación a las normas aplicables y particularmente con relación a la Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley N° 27943.**
 - b. **Definición de los supuestos normativos en que OSITRAN se basa para aplicar el REMA y la emisión del mandato. En este tema ENAPU entiende también que OSITRAN ha efectuado una apreciación unilateral y hasta arbitraria para sustentar la aplicación del REMA al presente caso.**
4. El 28 de octubre de 2003, se notifica a ENAPU la Resolución de Consejo Directivo N° 017-2003-CD-OSITRAN que se pronuncia sobre el Recurso de Reconsideración.
5. Dicha Resolución dispuso lo siguiente:

Artículo Primero.- Declarar infundado en todos sus extremos el Recurso de Reconsideración presentado por la Empresa Nacional de Puertos S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2003-CD/OSITRAN y en consecuencia se confirma el mandato de acceso otorgado a favor de COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. para que utilice muelles y amarraderos de diversos terminales portuarios administrados por ENAPU.

Artículo Segundo.-Notificar la presente resolución a la Empresa Nacional de Puertos S.A. y a COSMOS AGENCIA MARITIMA S.AC. dando por agotada la vía administrativa

Artículo Tercero.-Encargar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

6. Finalmente mediante escrito de fecha 05 de noviembre de 2003, ENAPU, solicita se declare la nulidad en todos sus extremos de la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2003-CD-OSITRAN; y, por extensión de la Resolución de Consejo Directivo N° 017-2003-CD-OSITRAN. Sustenta su pedido en lo dispuesto en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en lo sucesivo, LPAG).

II. ANÁLISIS DE PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE NULIDAD:

1. Dada la solicitud de nulidad formulada por ENAPU, el presente análisis evalúa si de conformidad con lo dispuesto en el numeral 11.1 del artículo 11 de la LPAG, la interposición de la misma resulta procedente.
2. Sobre el particular, el numeral 11.1 del artículo 11 de la LPAG establece que los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la Ley.
3. EL capítulo II del Título III de la LPAG contempla los Recursos Administrativos que los administrados pueden interponer contra los actos administrativos en ejercicio de su derecho de petición, materializado en la facultad de contradicción de los actos administrativos.
4. El artículo 207° del referido Capítulo II señala que los recursos administrativos son:
 - o Recurso de Reconsideración
 - o Recurso de Apelación y
 - o Recurso de Revisión

Asimismo, dicho artículo dispone que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

5. En el presente caso, ENAPU no alude en su escrito de fecha 05 de noviembre a la interposición de un recurso administrativo específico, pero sí hace mención a su facultad de contradicción, y a la resolución cuya nulidad solicita.

En efecto, como ha sido mencionado ENAPU solicita se declare la nulidad en todos sus extremos de la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2003-CD-OSITRAN; y, por extensión de la Resolución de Consejo Directivo N° 017-2003-CD-OSITRAN.

6. Sobre el particular, la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2003-CD-OSITRAN, cuya declaración de nulidad se solicita, fue expedida al amparo de lo previsto en los artículos 53 y 54 y el literal f) del artículo 85 de la Resolución del Consejo Directivo N° 034-2001-CD/OSITRAN que aprobó el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, (en lo sucesivo REMA); y, en ejercicio de la función normativa de OSITRAN establecida en el literal c) del artículo 3.1° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que le faculta a dictar mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

7. Asimismo, es de notar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la referida Ley N° 27332, el Consejo Directivo de OSITRAN, es el órgano de dirección máximo de OSITRAN, cuyas decisiones de conformidad con lo estipulado en el literal a) del numeral 218.2 del artículo 218 de la LPAG, agotan la vía administrativa.

En efecto, dicho literal dispone que son actos que agotan la vía administrativa, el acto respecto del cual no procede legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa.

8. La Resolución de Consejo Directivo N° 016-2003-CD-OSITRAN fue publicada en el diario oficial El Peruano el 03 de octubre de 2003 por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos antes mencionados de la LPAG y de la Ley N° 27332 contra dicha Resolución únicamente procedía plantear un Recurso de Reconsideración dentro del plazo de 15 días hábiles contados a partir de su publicación y en dicho Recurso plantear su nulidad como lo dispone el numeral 11.1 del artículo 11 de la LPAG.
9. En ese sentido, ENAPU tenía hasta el 27 de octubre de 2003 más el término de la distancia de un (1) día para interponer el recurso impugnativo de reconsideración y solicitar su nulidad a través de dicho recurso.
10. En el presente caso, ENAPU pretende se declare la nulidad de la Resolución N° 016-2003-CD-OSITRAN a través de su escrito presentado el día 05 de noviembre de 2003, cuando el plazo para solicitar su nulidad se encuentra vencido, lo cual de por sí origina que sea inadmisibles e improcedente por extemporáneo.
11. Por otro lado, es de mencionar que ENAPU el 15 de octubre de 2003, de acuerdo a lo previsto en el literal a) del numeral 218.2 del artículo 218 de la LPAG interpuso Recurso de Reconsideración contra dicha Resolución y que la misma ya fue resulta por el propio Consejo Directivo a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 017-2003-CD-OSITRAN, que fuera notificada a ENAPU el día 28 de octubre de 2003.
12. Dicha Resolución de acuerdo a lo previsto en el literal a) del numeral 218.2 del artículo 218 de la LPAG agota la vía administrativa y, por lo tanto, ya no cabe interponer recurso administrativo alguno a través del cual ENAPU pueda deducir una nulidad.
13. A tal efecto, la nulidad deducida por ENAPU a través de su escrito de fecha 05 de noviembre de 2003 deviene también improcedente sobre la base de lo expresamente dispuesto en el literal a) del numeral 218.2 del artículo 218 de la LPAG.
14. En consecuencia, la solicitud de nulidad formulada por ENAPU contra la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2003-CD-OSITRAN (y, por extensión contra la Resolución de Consejo Directivo N° 017-2003-CD-OSITRAN) deviene en inadmisibles por extemporánea e improcedente por haberse agotado la vía administrativa al haberse expedido la Resolución de Consejo Directivo N° 017-2003-CD-OSITRAN pronunciándose sobre el Recurso de Reconsideración que dicha empresa interpusiera contra la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2003-CD-OSITRAN de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 218.2 del artículo 218 de la LPAG.

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 13 de noviembre de 2003;

SE RESUELVE :

Artículo Primero.- Declarar inadmisibile e improcedente la solicitud de nulidad formulada por ENAPU contra la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2003-CD-OSITRAN y, por extensión contra la Resolución de Consejo Directivo N° 017-2003-CD-OSITRAN.

Artículo Segundo.- Notificar la presente resolución a la Empresa Nacional de Puertos S.A. y a COSMOS AGENCIA MARITIMA S.AC. dando por agotada la vía administrativa

Artículo Tercero.- Encargar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente