



EXPEDIENTE N° : 024-2010-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° 564-2010 ENAPUSA/GTP
MATERIA : Facturación por Recuperación de Personal

SUMILLA: *La Entidad Prestadora debe cobrar por los servicios efectivamente prestados a los usuarios, de conformidad con la tarifa vigente al momento de la prestación del servicio.*

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 28 de abril de 2011

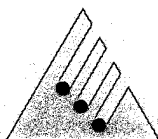
VISTO:

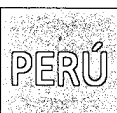
El Expediente N° 024-2010-TSC-OSITRAN, relativo al recurso de apelación interpuesto por COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. (en adelante, COSMOS) contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios 564-2010 ENAPUSA/GTP emitida por EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. (en lo sucesivo, ENAPU); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- El 06 de septiembre de 2010 COSMOS presentó un reclamo a ENAPU, señalando que rechazaba las facturas N° 021-0764506, 021-0764649, 021-0764657, 021-0764660, 021-0764661, 021-0764663, 021-0764665, 021-0764673, 021-0764676, 021-0764693, 021-0764694, 021-0764702, 021-0764705, 021-0764707, 021-0764708, 021-074737 y 021-0764741.
- 2.- Con fecha 13 de octubre de 2010 ENAPU notificó a COSMOS la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 564-2010-ENAPUSA/GTP (en adelante, la Resolución de ENAPU) a través de la cual declaró improcedente su reclamo, señalando que las facturas materia de reclamo fueron giradas de conformidad con el artículo 7.4.3. del

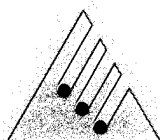




Reglamento de Operaciones de ENAPU¹, según el cual cuando el servicio es solicitado fuera de la hora regular, la agencia debe pagar desde el inicio de la jornada hasta el inicio de la operación, siendo el período mínimo de facturación dos (02) horas.

- 3.- Con fecha 29 de octubre de 2010 COSMOS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de ENAPU, argumentando lo siguiente:
- i.- Mediante las facturas N° 021-0764506, 021-0764649, 021-0764657, 021-0764660, 021-0764661, 021-0764663, 021-0764665, 021-0764673, 021-0764676, 021-0764693, 021-0764694, 021-0764702, 021-0764705, 021-0764707 y 021-0764708, ENAPU solicitó el pago por el servicio de recuperación de personal, correspondiente al mes de abril del 2010.
 - ii.- El 8 de junio de 2010 ENAPU emitió el comunicado de la modificación del artículo 105° de su tarifario, incorporando el concepto recuperación de personal por servicios adicionales, el cual ha sido el motivo de cobro en las facturas objeto del reclamo.
 - iii.- Antes de la modificación, el concepto de servicios adicionales no estaba incluido en el mencionado tarifario.
 - iv.- COSMOS no está obligada a pagarle a ENAPU por el concepto señalado en las referidas facturas, puesto que no había sido incluido en el Tarifario de ENAPU vigente en aquel periodo.
- 4.- El Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN admitió a trámite el recurso de apelación, el cual fue absuelto por ENAPU, fundamentando lo siguiente:
- i.- Con fecha 9 de marzo de 2010 la Autoridad Portuaria Nacional aprobó el Reglamento de Operaciones de ENAPU que establece que cuando los usuarios solicitan un servicio son responsables por el pago de éste.
 - ii.- En la Junta de Operaciones del 28 de agosto de 2010, que consta en Acta N° 191-2010, las agencias, entre ellas COSMOS, fueron informadas que se iba a proceder a cobrar por las habilitaciones de servicios de marzo de 2010 en adelante.

¹ Aprobado por Autoridad Portuaria Nacional mediante Resolución N° 114-2010-APN/GG





- iii.- El artículo 105 literal b) del Tarifario de ENAPU, desde el 18 de enero de 2010 hasta antes de la modificación del 19 de junio de 2010, establecía que el usuario debía pagar US\$ 12,00/hora por cada trabajador más IGV; por lo que los servicios adicionales no configuran un concepto no exigible.
- iv.- El mencionado artículo, vigente desde el 19 de junio de 2010 señala que las agencias deben pagar US\$ 16,50/hora por cada trabajador más IGV.
- v.- Ningún usuario puede alegar desconocimiento del Reglamento de Operaciones ni del Tarifario, toda vez que se tratan de documentos que están puestos siempre a disposición de todos (vía página web de ENAPU).
- vi.- Entre el 18 de enero y el 18 de junio de 2010, se debió cobrar US\$ 12,00/hora por cada trabajador y no US\$ 16,50; por lo que quince facturas deben ser reformuladas.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

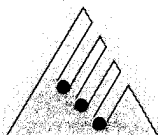
- 5.- Como cuestiones en discusión a dilucidar en la presente resolución tenemos:
 - i. Verificar la procedibilidad del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de ENAPU.
 - ii. Determinar si ENAPU puede cobrar por recuperación de personal por servicios adicionales solicitados fuera de la hora reglamentaria o debe anular las facturas rechazadas por COSMOS.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

III.1. EVALUACIÓN DE LA PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 6.- De lo descrito se aprecia que el reclamo versa sobre la disconformidad que tiene el usuario respecto de la facturación efectuada por la Entidad Prestadora, supuesto que se circunscribe en el inciso a) del artículo 7 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN².

² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN.





- 7.- Asimismo el acotado medio impugnatorio propone una cuestión de derecho que debe dilucidarse, cumpliéndose con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, referido al recurso de apelación y sus requisitos³.

III.2. EVALUACIÓN DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA.

- 8.- En el presente caso COSMOS sostiene que las facturas deben ser anuladas porque antes de la modificación del Tarifario realizada el 19 de junio de 2010 no se había previsto el cobro por recuperación de personal por servicios adicionales y recién el 28 de agosto del 2010, ENAPU advirtió que procedería a efectuar dicho cobro; pero no en forma retroactiva.
- 9.- Este colegiado considera que el punto central de la controversia es la **vigencia de las tarifas por recuperación de personal por servicios adicionales solicitados fuera de la hora reglamentaria.**
- 10.- En primer lugar, se debe señalar que por disposición del artículo 105 literal b) del Tarifario de ENAPU⁴ y antes del 19 de junio de 2010, la Entidad Prestadora estaba facultada para cobrar a las agencias (incluida, COSMOS) la cantidad de US\$ 12,00/hora por cada trabajador designado en los casos en que el operario no fuese utilizado durante la jornada parcial o completa⁵.

"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".

³ Ley 27444.

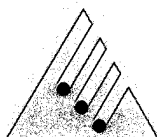
"Artículo 209.- Recurso de apelación

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 Desde mucho antes de la versión del 18 de enero del 2010 del Tarifario de ENAPU ya estaba vigente el artículo 105, literal b) que establecía que si el personal nombrado para determinada jornada extraordinaria de trabajo, no sea utilizado durante la jornada parcial o completa, sería de cargo de la agencia el importe de US\$ 12,50 / Hora, más US\$ 2,28 por I.G.V., por cada trabajador designado.

⁵ TARIFARIO DE ENAPU, versión del 18 de enero del 2010.

Art. 105, literal b) "En los casos que, a solicitud del usuario, el personal nombrado para determinada jornada extraordinaria de trabajo, no sea utilizado durante la jornada parcial o completa, será de su cargo el pago del importe de US\$ 12,50 / Hora, más US\$ 2,28 por I.G.V. (S/. 40,08 Inc. IGV), por cada trabajador designado".





- 11.- Posteriormente, la acotada norma fue modificada en la fecha indicada en el considerando anterior, variando la cantidad de US\$ 12,00 a US\$ 16,50/hora por cada trabajador designado e introduciendo nuevos supuestos tarifarios, dentro de ellos, el concepto que en esta oportunidad nos atañe: Recuperación de Personal por Servicios adicionales⁶.
- 12.- Es de apreciarse que existe una sustancial diferencia entre el supuesto recogido en el artículo 105 literal b) del tarifario vigente entre el 18 de enero de 2010 y 18 de junio de 2010 que señala lo siguiente: *“cuando a solicitud del usuario el personal nombrado para determinada jornada extraordinaria de trabajo, no sea utilizado durante la jornada parcial o completa”*; y el previsto en el artículo 105 literal b) numeral 3 vigente desde la siguiente versión del tarifario que prescribe lo siguiente: *“cuando se utilice personal del Terminal cuyo importe no está incluido en la tarifa de los servicios brindados (sic) o aquellos servicios adicionales que no están establecidos específicamente”*.
- 13.- Precisamente, es respecto del último concepto que ENAPU ha procedido a emitir las 23 facturas rechazadas por COSMOS en su escrito de reclamo; en consecuencia, se debe determinar si es procedente que ENAPU cobre por supuestos servicios prestados no contenidos en el Tarifario.
- 14.- Al respecto, es necesario tener en cuenta la definición de Tarifario. Este instrumento es definido en el Reglamento de Tarifas del OSITRAN (en lo sucesivo, el RETA)⁷ como **“el documento de la Entidad Prestadora que**

⁶ Tarifario de ENAPU, versión del 19 de junio del 2010.

“b. El usuario asumirá el siguiente pago por cada trabajador nombrado:

	Tarifa US\$	IGV US\$	Tarifa S/ inc. IGV
Por hora hombre			
Terminal Portuario del Callao	16,50	2,97	54,71
Demás Terminales Portuarios	12,50	2,16	39,79

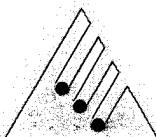
En los casos de (SIC)

- 1.- *Cuando a solicitud del usuario el personal nombrado para determinada jornada extraordinaria de trabajo, no sea utilizado durante la jornada parcial o completa.*

[...]

- 3.- *Cuando se utilice personal del Terminal cuyo importe no está incluido en la tarifa de los servicios brindados (sic) o aquellos servicios adicionales que no están establecidos específicamente, en cualquier jornada de trabajo”.*

⁷ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN.





contiene la lista de Tarifas y precios establecidos por ésta, que serán cobrados a los Usuarios por los servicios, derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, que les sean prestados”.

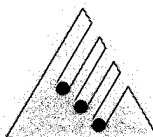
- 15.- Además, el acotado cuerpo normativo señala que la vigencia del tarifario y sus modificaciones, requiere del procedimiento previsto en el artículo 29⁸. También es importante precisar que el artículo 30 del RETA establece como regla que el tarifario de las Entidades Prestadoras de servicios de explotación portuaria deberá contener como mínimo el nombre comercial del servicio, la descripción y características generales de la prestación del servicio, unidad de medida, importe entre otros.
- 16.- Ahora bien, realizando una comparación de las versiones del Tarifario, es fácil notar que la versión 16 del tarifario, vigente desde el 19 de junio de 2010 en adelante⁹, el artículo 105 literal b) se ha fijado la tarifa de US\$ 16,50 más IGV por el concepto de servicios adicionales; empero, la versión anterior no previó dicho concepto.
- 17.- La obligación establecida en el mencionado reglamento busca que los usuarios antes de contratar y utilizar los servicios que brinda ENAPU sepan qué se les cobrará y de esta manera adopten la decisión que mejor se acomode a sus intereses; evitando además que las Entidades Prestadoras no abusen de su posición monopólica o de posición de dominio respecto de algunos servicios y apliquen luego tarifas o montos no previstos antes por los usuarios.
- 18.- Consecuentemente, ENAPU no puede efectuar el cobro de un servicio no catalogado como tal en el tarifario. En este caso, no es procedente que ENAPU facture por el concepto de “recuperación de personal por servicios adicionales” cuando no estaba incluido en el tarifario vigente.
- 19.- A pesar de que ENAPU ha reconocido esta incongruencia, justifica sus facturaciones por cuanto –según refiere– el Reglamento de Operaciones

⁸ RETA

“Artículo 29. Entrada en vigencia y aplicación efectiva de las tarifas establecidas en el Tarifario

Las Tarifas que establezca la Entidad Prestadora entrarán en vigencia en un plazo no menor a diez (10) días contados a partir de la fecha de publicación del respectivo Tarifario o de su modificación (...).”

⁹ La siguiente versión, la 17^a entró en vigencia en agosto del 2010. El tarifario vigente es la versión 19^a de marzo del 2011. Cabe acotar que desde la versión 16^a, ENAPU no ha incorporado modificaciones, en lo referido a la facturación por recuperación de personal por servicios adicionales.





de ENAPU, específicamente el artículo 7.4.3., señala que si la solicitud de servicio es presentada fuera de la hora establecida, el usuario está sujeto al pago desde el inicio de la jornada hasta el inicio de la operación siendo el período mínimo facturable dos horas.

- 20.- Este Tribunal considera que, si bien, el Reglamento de Operaciones de ENAPU establece que el usuario debe pagar por presentar la solicitud fuera del horario regular; es necesario que ese mandato de pago provenga de un instrumento *específico* que indique expresamente cuál es el servicio por el que debe pagar y cuál es su precio, como es el tarifario.
- 21.- Es importante recalcar que el propio tarifario de ENAPU –en su primer artículo– prescribe que los usuarios no pueden excusarse de pagar la tarifa que corresponde por el servicio prestado en la infraestructura portuaria¹⁰.
- 22.- En el presente caso COSMOS no está obligado a pagar una tarifa no prevista puesto que ENAPU no debe cobrar por el concepto de recuperación de personal por servicios adicionales antes del 19 de junio del 2010. En consecuencia, las facturas previas a dicha fecha deben anularse.
- 23.- Se observa del expediente que en la Junta de Puerto del día 28 de agosto, ENAPU manifestó a las agencias que cobraría por los conceptos de recuperación personal desde los meses de marzo. Si bien esto podría indicar que no es verosímil lo afirmado por COSMOS respecto a que los cobros se procederían a efectuar desde esa fecha y no retroactivamente; este Tribunal aclara que resulta irrelevante si existió una advertencia de cobro o no para luego facturar. Lo que habilita a la Entidad Prestadora a cobrar es que haya prestado efectivamente un servicio previsto en el tarifario vigente.
- 24.- En el caso bajo análisis ENAPU no podía facturar por recuperación de personal, tratándose de “servicios adicionales que no están establecidos

¹⁰ Tarifario de ENAPU:

“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”.





específicamente, en cualquier jornada de trabajo” antes del 19 de junio del 2010 por ser un concepto inexistente en el tarifario. De esa fecha en adelante, los servicios prestados por dichos conceptos pueden ser facturados por ENAPU.

- 25.- La Entidad Prestadora debe efectuar las facturaciones por los servicios prestados a los usuarios de conformidad con las tarifas vigentes al momento de prestación del servicio. Consecuentemente, ENAPU debe proceder a anular las nueve facturas correspondientes al período comprendido entre marzo y el 18 de junio de 2010; los cobros posteriores, en cambio, sí son legítimos.

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


SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios 564-2010 ENAPUSA/GTP; y en consecuencia, **ORDENAR** a EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. que anule las quince facturas siguientes: N° 021-0764506, 021-0764649, 021-0764657, 021-0764660, 021-0764661, 021-0764663, 021-0764665, 021-0764673, 021-0764676, 021-0764693, 021-0764694, 021-0764702, 021-0764705, 021-0764707 y 021-0764708

SEGUNDO.- PONER en conocimiento de EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. y de COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. que con la presente resolución se pone fin a 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

