

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 15 de diciembre de 2009

Nº 046-2009-CD-OSITRAN

VISTOS: Los escritos de fecha 10 de diciembre de 2009 presentados por Cosmos Agencia Marítima S.A.C. (en adelante, COSMOS) y Neptunia S.A. (en adelante NEPTUNIA), mediante los cuales solicitan dejar sin efecto el contenido del Oficio Circular Nº 030-09-GAL-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, por encargo de la Gerencia General; y, los descargos presentados por la Gerencia General y la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

1. Que, mediante Resolución de Gerencia General Nº 059-2009-GG-OSITRAN del 2 de noviembre de 2009, la Gerencia General de OSITRAN resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

***“PRIMERO.-** Declarar que respecto de las solicitudes de intervención efectuadas a OSITRAN por Neptunia S.A., Estibas Callao S.A.C. y Cosmos Agencia Marítima S.A.C., este regulador considera que la pregunta Nº 2 formulada por Estibas Callao S.A.C., las preguntas Nº 1 y 2 formuladas por Cosmos Agencia Marítima S.A.C., la pregunta Nº 2 formulada por Cormin Callao S.A.C., y las preguntas Nº 1 y 2 formuladas por Neptunia S.A. a ENAPU S.A., con relación al proceso de subasta Nº 001/2009 ENAPU S.A. para el acceso de fajas transportadoras herméticas móviles en el Amarradero 3B del Terminal Portuario del Callao, han sido adecuadamente absueltas.*

***SEGUNDO.** Declarar que con relación a la pregunta Nº 16 que Neptunia S.A. formulara a ENAPU S.A., respecto de la cual dicha empresa ha solicitado la intervención de OSITRAN, consideramos que la absolución efectuada por ENAPU S.A. debe ser precisada en el sentido de si los equipos (camiones) tienen que ser de propiedad de la empresa o pueden ser provistos por terceros, bajo responsabilidad de ésta.
(...)”*

2. Que, mediante Oficio Circular Nº 012-09-GG-OSITRAN de fecha 5 de noviembre, recibidos el 6 de noviembre de 2009, se notificó la Resolución de Gerencia General Nº 059-2009-GG-OSITRAN, a las empresas solicitantes así como a las empresas interesadas;

3. Que, con fecha 27 de noviembre de 2009, COSMOS y NEPTUNIA interpusieron escritos de impugnación contra la Resolución N° 059-2009-GG-OSITRAN;
4. Que, mediante Oficio Circular N° 030-09-GAL-OSITRAN, de fecha 03 de diciembre de 2009, la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, por encargo de la Gerencia General, comunicó a NEPTUNIA y COSMOS lo siguiente:

"..., en aplicación a lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, concordado con el artículo 26 del mencionado texto legal, procedemos a subsanar la comunicación de referencia, precisando que con la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 059-2009-GG-OSITRAN, se agota la vía administrativa, contando los interesados con el plazo de tres meses para la interposición de la demanda contencioso-administrativa, ante el Poder Judicial, a partir de la fecha.

En ese sentido, resulta claro que la Resolución N° 059-2009-GG-OSITRAN, versó sobre el pronunciamiento emitido por ENAPU S.A. (absolución de consulta), razón por la cual OSITRAN, actuó como segunda instancia administrativa respecto del pronunciamiento de la entidad prestadora; en consecuencia, habiendo quedado agotada la vía administrativa, por medio de la presente, procedemos a devolver el escrito de impugnación recibido con fecha 27 de noviembre del presente, pudiendo su representada, de estimarlo conveniente, hacer valer su pretensión a través de la vía correspondiente."

5. Que, mediante escritos recibidos el 10 de diciembre de 2009, COSMOS y NEPTUNIA solicitan dejar sin efecto el contenido del Oficio Circular N° 030-09-GAL-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, por encargo de la Gerencia General;
6. Que, con relación a los mencionados escritos, conforme al deber de oficialidad contenido en el inciso 1.3 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, constituye una obligación de la administración pública dar el trámite que corresponde a las solicitudes planteadas por los administrados a pesar que exista una deficiencia en la calificación de las mismas por parte de estos;
7. Que, el artículo 158° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) establece lo siguiente:

"Artículo 158.- Queja por defectos de tramitación

158.1 En cualquier momento, los administrados pueden formular queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de los deberes funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto en la instancia respectiva.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

8. Que, teniendo en consideración que en los escritos presentados por COSMOS y NEPTUNIA se incide que en la tramitación del procedimiento se habría cometido defectos: (i) al subsanarse mediante Oficio Circular N° 030-09-GAL-OSITRAN el contenido del Oficio Circular N° 012-09-GG-OSITRAN; y, consecuentemente, (ii) al devolverse los escritos de impugnación; corresponde que dichos escritos sean tramitados como solicitudes de queja por defecto de tramitación, conforme a lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 158° de la LPAG;
9. Que, conforme a lo establecido por el inciso 2 del artículo 158° de la LPAG, *“[l]a queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad que tramita el procedimiento, citándose el deber infringido y la norma que lo exige. La autoridad superior resuelve la queja dentro de los tres días siguientes, previo traslado al quejado, a fin de que pueda presentar el informe que estime conveniente al día siguiente de solicitado.”*
10. Que, con fecha 14 de diciembre de 2009, la Gerencia General y la Gerencia de Asesoría Legal presentan sus descargos respecto a la queja planteada;
11. Que, en el presente caso, conforme a lo señalado por COSMOS y NEPTUNIA el defecto de tramitación procesal se encontraría materializado en:
 - (i) La devolución de los escritos de impugnación presentados por las mencionadas empresas, en base a considerar que ENAPU constituye una primera instancia administrativa, puesto que con ello se estaría incumpliendo con la función normativa del Regulador, recogida en el artículo 22° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, Reglamento General de OSITRAN (en adelante, REGO)¹.
 - (ii) La subsanación efectuada mediante Oficio Circular N° 030-09-GAL-OSITRAN contravendría lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 67° de la LPAG, dado que la atribución de resolver recursos administrativos no puede ser materia de delegación;
12. Que, de una revisión de lo establecido por el artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley Marco de los Reguladores), como lo que disponen los artículo 22°, 32° y 39° del REGO, resulta claro que la fiscalización del cumplimiento de las normas y procedimientos aplicables al derecho de acceso no constituye el

¹ Conforme a lo señalado por COSMOS, el artículo 22° del REGO establece como parte de la función normativa el *“fiscalizar el cumplimiento de las normas y procedimientos aplicables al derecho de ACCESO a las FACILIDADES ESENCIALES...”* [El subrayado es nuestro], razón por la cual considera que no es posible contemplar la posibilidad de que la absolución de consultas efectuada por ENAPU constituya una primera instancia en el procedimiento pues la fiscalización, al constituir función normativa, es exclusiva de OSITRAN.

ejercicio de una función normativa, sino que forma parte del ejercicio de la función supervisora;

13. Que, al respecto, de acuerdo a lo señalado por el artículo 88° del Reglamento Marco de Acceso - REMA, el pronunciamiento de OSITRAN mediante la Resolución de Gerencia General N° 059-2009-GG-OSITRAN, tuvo por finalidad analizar si la absolución de consultas efectuada por ENAPU se había llevado a cabo adecuadamente o no, lo cual implicaba la realización de una actuación de revisión respecto de dicho pronunciamiento; es decir, conforme al REMA, OSITRAN actúa como una segunda instancia administrativa respecto del pronunciamiento de ENAPU al absolver las consultas, razón por la cual tampoco puede hablarse de una delegación de la función normativa de OSITRAN a favor de ENAPU;
14. Que, el acto contenido en el Oficio Circular N° 012-09-GG-OSITRAN no es un acto administrativo sino un acto de notificación, siendo el acto administrativo la Resolución N° 059-2009-GG-OSITRAN objeto de notificación; en ese sentido, se ha observado que la Gerencia de Asesoría Legal no alteró el contenido del acto administrativo, ni resolvió recursos impugnativo alguno, pues procedió a subsanar, por encargo del órgano que emitió la notificación, el oficio de notificación, precisando que la vía administrativa había quedado agotada;

POR LO EXPUESTO, de conformidad con la facultad contenida en el literal q) del artículo 53° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y su modificatoria; según lo establecido por el inciso 2 del artículo 158° de la LPAG que dispone que corresponde al superior jerárquico del (los) funcionario (s) quejado(s) resolver la queja y, conforme a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 335 de fecha 14 de diciembre de 2009;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADAS las Quejas por defecto de tramitación interpuestas por Cosmos Agencia Marítima S.A.C. y Neptunia S.A., mediante comunicaciones recibidas el 10 de diciembre de 2009, respectivamente, contra la Gerencia General y la Gerencia de Asesoría Legal, materializado en la subsanación de notificación efectuada mediante Oficio Circular N° 030-09-GAL-OSITRAN, así como en la devolución de los escritos de impugnación de fecha 27 de noviembre de 2009, interpuestos contra la Resolución de Gerencia General N° 059-2009-GG-OSITRAN.

Artículo Segundo.- Notifíquese la presente Resolución a Cosmos Agencia Marítima S.A.C. y Neptunia S.A.

Artículo Tercero.- Notifíquese la presente Resolución a ENAPU S.A. y a todas las empresas participantes del proceso de subasta N° 001/2009 ENAPU S.A. para el acceso de fajas transportadoras herméticas móviles en el amarradero 3B del Terminal Portuario del Callao.

Artículo Cuarto.- Autorizar la difusión de la presente Resolución, así como del Informe de vistos, en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Notifíquese, Cúmplase y Archívese

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. PD N° 24796-09