



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y
ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 045-2014-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

EXPEDIENTE : 045-2014-TSC-OSITRAN

APELANTE : TRABAJOS MARITIMOS S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CS/1219-2013.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 25 de mayo de 2015.

SUMILLA: *Si la Entidad Prestadora no cumple con informar de manera oportuna al usuario sobre las implicancias o pormenores que se puedan presentar durante las operaciones de embarque de contenedores durante el periodo de libre almacenamiento, entonces no corresponderá que éste pague por el servicio de almacenamiento (uso de área operativa).*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en adelante, TRAMARSA o la apelante) contra la resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/1219-2014 (en lo sucesivo, la resolución N° 1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 10 de diciembre de 2013, TRAMARSA interpuso reclamo ante APM contra el cobro de 16 facturas: N° 002-0063947, 002-0054989, 002-0064954, 002-0064849, 002-0064852, 002-0064932, 002-0064948, 002-0065006, 002-0064796, 002-0064793, 002-0064790, 002-0065037, 005-0064803, 002-0064807, 002-0063223 y 002-0063347; emitidas por el concepto de uso de área operativa-exportaciones. TRAMARSA afirma que no procede su cobro en la medida que su carga ingresó dentro del *stacking*¹ de APM.
- 2.- A través de carta N° 1876-2013-APMTC/CS notificada a TRAMARSA el 02 de enero de 2014, la Entidad Prestadora prorrogó el plazo para resolver el reclamo presentado, por un período de 15 días hábiles.
- 3.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 22 de enero de 2014, APM señaló lo siguiente:

¹ *Stacking*: Espacio físico de almacenaje, en donde las unidades esperan el embarque hacia la nave programada.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte
**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y
ATENCIÓN DE RECLAMOS**

EXPEDIENTE N° 045-2014-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- i.- Durante el mes de noviembre de 2013, APM emitió 16 facturas cuyo importe total asciende a US \$ 2 950.33 (Dos mil novecientos cincuenta con 33/100 Dólares de Estados Unidos de América), correspondientes al servicio de Uso de Área Operativa – Contenedores llenos de Exportación e Importación.
- ii.- El 10 de diciembre de 2014, TRAMARSA presentó recurso de apelación argumentando que su carga fue ingresada dentro de los plazos establecidos por APM manifestando su disconformidad con el cobro realizado.
- iii.- De acuerdo a la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el servicio estándar, tanto en el caso del embarque como el de descarga de mercadería, incluye un período de permanencia de la carga en el almacén del Terminal Portuario libre de pago, así como de cualquier cargo por gasto administrativo, operativo u otro que implique la prestación del servicio estándar.
- iv.- Asimismo, la cláusula citada establece que dicho período se computará desde que la nave ha terminado la descarga o una vez que la carga ingrese en el patio del Terminal Portuario para su posterior embarque, siendo el mismo de 48 horas para el caso de la carga contenedorizada.
- v.- Con relación a la emisión de las facturas, APM señala que de las 16 facturas impugnadas, 14 han sido correctamente cobradas, siendo éstas las facturas: N° 002-0054989, 002-0064849, 002-0064852, 002-0064932, 002-0064948, 002-0065006, 002-0064796, 002-0064793, 002-0064790, 002-0065037, 005-0064803, 002-0064807, 002-0063223 y 002-0063347; en la medida que los cobros han sido realizados respetando lo dispuesto en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM (en adelante, Reglamento de Tarifas) y Tarifario vigentes en la fecha en que ocurrieron los hechos.
- vi.- En cuanto a la factura N° 002-0064954, se verificó que contiene errores en el cálculo de los días de utilización del servicio de un contenedor, por lo que se deberá devolver al usuario el importe de US\$ 6.18.
- vii.- De otro lado, en cuanto a la factura N° 002-0063947, se verificó que fue indebidamente emitida, dado que los contenedores fueron embarcados dentro de las 48 horas de libre costo, por lo que corresponde su anulación. 
- viii.- Agregó que APM no podría retrasar las operaciones de embarque y descarga en general, ya que son las propias líneas navieras las que se encargan de verificar el cumplimiento de los planes de embarque que ellas mismas aprueban.
- ix.- Preciso que APM realiza la programación del Stacking y del Cut Off en base a la información proporcionada por el Agente Marítimo de la nave. Señalan que éstos son los encargados de comunicar al Administrador Portuario, con una anticipación no menor de 72 horas de arribo de la nave a su cargo, la hora y fecha de arribo, calado,

tipo de operación, así como la información preliminar correspondiente a la carga y descarga, según el artículo 33° del Reglamento de Operaciones de APM.

- x.- En virtud del análisis antes expuesto, APM declaró: i) infundado el reclamo en el extremo correspondiente a 14 facturas: N° 002-0054989, 002-0064849, 002-0064852, 002-0064932, 002-0064948, 002-0065006, 002-0064796, 002-0064793, 002-0064790, 002-0065037, 005-0064803, 002-0064807, 002-0063223 y 002-0063347; ii) fundado en parte en el extremo correspondiente a la factura N° 002-0064954, y fundado en el extremo correspondiente a la factura N° 002-0063947.
- 4.- Con fecha 12 de febrero de 2014, TRAMARSA presentó recurso de apelación contra la resolución N° 1, respecto a las 16 facturas reclamadas, argumentando lo siguiente:
- i.- La carga de la prueba para determinar las causas que generaron el uso del área operativa recae exclusivamente en APM. Como depósito temporal no tienen injerencia en las operaciones, en la programación de los embarques ni en la forma como APM maneja sus operaciones a efectos de embarcar los contenedores, por lo que no pueden otorgar los medios probatorios que acrediten que la demora es imputable a APM, dado que éstos solo pueden ser otorgados por el propio operador.
- ii.- TRAMARSA ha solicitado información certera y verás respecto a las causas que originan la demora en los embarques; sin embargo, no ha obtenido respuesta satisfactoria al respecto. APM, al ser el único responsable respecto de todas las operaciones que se desarrollan dentro del Terminal Norte Multipropósito, tiene conocimiento de la información que solicitan.
- iii.- A efectos del cómputo del plazo, resulta necesario que APM considere tanto el artículo 8.19 del Contrato de Concesión como el artículo 7.1.2.2.1 del Reglamento de Tarifas, así como que tome en cuenta el Oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN, mediante el cual se establece que el concepto de cobro por fracción de día no ha sido considerado en el Contrato de Concesión, no siendo factible el cobro por fracción de un día, considerándolo como si fuera un día completo, para los servicios que preste el Terminal.
- iv.- Afirma que como Depósito Temporal han cumplido con los plazos establecidos por APM para el ingreso de los contenedores de exportación a dicho puerto, acreditando los respectivos tickets de balanza que los contenedores ingresaron dentro de las horas del CAL² y el *cut off*³, a los que APM tiene acceso. Agregó que el hecho de no contar con una facturación por concepto de "arribo tardío" resulta una prueba indubitable de que han cumplido con los plazos, toda vez que las ocasiones en las que no han podido cumplir con dichos plazos, han sido facturados por dicho concepto.

² Container Announcement List (CAL): Listado de contenedores a ser embarcados.

³ "Cut Off: Tiempo máximo como límite en el que las unidades/equipos podrán entrar a la zona stacking a fin de completar el embarque hacia la nave programada". Definición que figura en la siguiente dirección http://www.mscolivia.com/es/our_services/used_terms.html

- v.- Precisa que si APM pretende señalar que no tiene responsabilidad en los excesos de tiempo para el embarque de los contenedores, está en posibilidad de cotejar el hecho a través del sistema SPARKS de modo tal que podría determinar las causas que generan la demora en el embarque de los contenedores. En ese sentido, la carga de la prueba está en manos de APM.
- vi.- Si bien la administración tendría la potestad de aplicar el artículo 7.1.2.2.1. del Reglamento de Tarifas y Política Comercial, a efectos de computar los plazos y justificar el cobro por uso de área operativa, no resulta menos cierto que está obligada a aplicar las normas con criterio y razonabilidad, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en más de una oportunidad.
- vii.- En el caso concreto, APM debe considerar las condiciones de hecho que dan origen al acto, teniendo como guía los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad, si no se aplicaran estos criterios, cabría la posibilidad que APM, aún el supuesto de que actuara deficientemente o no realizara las coordinaciones con la naviera o el agente marítimo, pretenda que terceros paguen por el servicio de uso de área operativa, que el mismo habría generado, lo que claramente contraviene una serie de derechos.
- 5.- El 05 de marzo de 2014, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la correspondiente absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la resolución N° 1 y añadiendo lo siguiente:
- i.- Con relación al cómputo de plazos, si bien el Código Civil señala las reglas básicas respecto a la contabilización del plazo (que se cuenta de medianoche a medianoche, lo que implica que un día puede ser de 24 horas o una fracción, así como que el plazo se contabiliza desde el día siguiente, no incluyendo el día inicial y sí el final), también se ha establecido que las partes definirán las reglas para el cómputo del plazo.
- ii.- Ahora bien, el numeral 3.3.3 del Reglamento de Tarifas señala expresamente que toda fracción de día se considera como un día completo. Por tanto, en caso la carga de un usuario se encuentre depositada un par de horas en el Terminal Portuario o todo un día completo (24 horas), APM tendrá el derecho a cobrar el monto aplicable a la permanencia de dicha carga en sus instalaciones, sobre todo si la estancia de aquella haya excedido el periodo de libre almacenamiento comprendido dentro del servicio estándar.
- iii.- De una lectura integral de las cláusulas del Contrato de Concesión, se puede determinar que las partes han establecido claramente la manera cómo se contabilizará el plazo libre de pago por almacenamiento, el cual se efectuará de la siguiente manera:
- Para la descarga: el plazo se cuenta desde el momento en que termina la descarga (incluye el día inicial) hasta el tercer o quinto día calendario.

- Para el embarque: el plazo se cuenta desde el momento en que la carga ingresa en el patio del Terminal Portuario (incluye el día inicial) hasta el tercer o quinto día calendario máximo en que se embarque la carga (incluye el día final).
- iv.- Siendo ello así, de acuerdo con el numeral 7.2.1.1.1 del Reglamento de Tarifas de APM, el tiempo libre se computa desde el fin de la descarga total de la nave o una vez que el contenedor ingrese al patio del Terminal Portuario. Asimismo, establece expresamente que el servicio de uso de área operativa será facturado del día 3 al 6, por día o fracción de éste.
- v.- De acuerdo con el Tarifario de APM, éste realiza el cobro por día o fracción en función a los TEU⁴ con los que cuenta la carga, es decir, la Entidad Prestadora no realiza dicho cobro necesariamente en función a la permanencia de la mercadería de un usuario en el puerto por un día completo (24 horas), puesto que el Reglamento de Tarifas lo autoriza a cobrarlo por una fracción de dicho día.
- vi.- Señaló que las empresas navieras son las principales interesadas de que las operaciones de embarque se realicen en el menor tiempo posible, cuestionado de qué manera podría retrasar APM las operaciones de embarque y descarga en general, si son las propias líneas navieras las que se encargan de verificar el cumplimiento de los planes de embarque que ellas mismas aprueban.
- vii.- Por otro lado, de acuerdo con el Procedimiento de recepción de contenedores de Exportación Directa (publicado en la página web de APM), es el Agente Marítimo quien recibe la información sobre la apertura del Stacking y Cut Off correspondiente, luego de haber enviado el CAL inicial. En dicho procedimiento se establece que el plazo de ingreso de los contenedores se inicia con horas de anticipación al tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave.
- viii.- Asimismo, el Agente Aduanero o el Depósito Extraportuario (que para el presente caso es TRAMARSA), son los encargados de gestionar la Autorización de Embarque Directo, la cual les permite a los contenedores ingresar al Terminal para su posterior embarque, en virtud a lo cual, en caso los contenedores permanezcan más de 48 horas en el Terminal Portuario (periodo correspondiente al libre almacenaje), los responsables de asumir el pago por la prestación del servicio de uso de área operativa serán quienes figuran como solicitantes de la mencionada Autorización de Embarque.
- ix.- En virtud a lo expuesto, las facturas impugnadas tienen como base fundamental la prestación efectiva del servicio por el uso de área operativa; lo que implica que se esté realizando el cobro por un servicio efectivamente brindado y por el cual se vio beneficiado TRAMARSA.

⁴ De acuerdo con la cláusula 1.23.106 TEU significa *Twenty Equivalent Unit*, Unidad de medida equivalente a un contenedor de 20 pies.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y
ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 045-2014-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- 6.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), la audiencia de conciliación programada para el 14 de mayo de 2015 no pudo llevarse a cabo debido a la inasistencia de las partes.
- 7.- El 18 de mayo de 2015, se realizó la audiencia de vista sin la asistencia de las partes, quedando la causa al voto.
- 8.- El 21 de mayo de 2015, APM presentó los siguientes argumentos adicionales:
 - i. Considera que el servicio prestado a la mercancía a cargo de la reclamante, se realizó para el embarque de la misma, por lo que pudo permanecer libre de pago en las instalaciones del Terminal Norte desde su ingreso hasta las 48 horas posteriores y que pasado dicho plazo cuenta con el derecho de realizar el cobro correspondiente al Servicio Especial de Uso de Área Operativa, tal como lo ha reconocido el Tribunal de Solución de Controversias en el Expediente N° 115-2013-TSC-OSITRAN.
 - ii. Precisa que de acuerdo al artículo 57° del Reglamento de Operaciones de APM, los Agentes Marítimos son los encargados de informar a los embarcadores (dentro de los cuales se encuentran los Depósitos Temporales) el tiempo límite para ingresar contenedores al Terminal Norte, para su posterior embarque.
 - iii. Señala que APM realiza el embarque de contenedores de acuerdo a los planes de embarque que aprueban los representantes de las líneas navieras, siendo las líneas navieras y los agentes marítimos los principales interesados en realizar la labor de supervisión de las operaciones al interior del Terminal, por lo que no es posible sostener que APM retrasa deliberadamente el embarque y descarga.
 - iv. De acuerdo al artículo 36° del Reglamento de Operaciones de APM, los Agentes Marítimos comunican al Administrador Portuario con un mínimo de 72 horas de anticipación, los datos correspondientes a la nave, la hora y fecha de arribo, el calado, el tipo de operación, así como la información preliminar correspondiente a la operación de carga y descarga de una determinada nave.
 - v. Como se desprende del artículo 36° del Reglamento de Operaciones, los Agentes Marítimos son los encargados de brindar la información respecto del tipo de operación y carga a favor de APM. Asimismo, de acuerdo al artículo 6° del Reglamento de Agencias Generales, Agencias Marítimas, Agencias Fluviales y Agencias Lacustres, aprobado por Decreto Supremo N° 010-99-MTC, se advierte que las circunstancias sobrevinientes a la ejecución de los servicios portuarios se encuentran dentro de las obligaciones de información debidas por los Agentes Marítimos a favor de los usuarios.
 - vi. Respeto al cómputo del plazo de permanencia de la carga en el almacén del Terminal precisa que el Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN señala que si bien el día comienza a las 00:00 y termina a las 24:00 horas, el plazo no necesariamente coincidirá con la hora inicial de un día. Asimismo, de acuerdo al Anexo 5 del Contrato de

Concesión de APM, respecto a los Servicios Especiales con Tarifas reguladas, para los contenedores llenos, la unidad de cobro es el TEU/Día. En estricto, no existe el cobro por horas, sino por uno o más días.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

9.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de APM.
- ii.- Determinar si APM tiene derecho a requerir a TRAMARSA el pago de las 15 facturas apeladas.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

10.- De la revisión del expediente administrativo, se puede establecer que el presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de TRAMARSA respecto al cobro, por parte de APM, de las 15 facturas mencionadas. Al respecto, el artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), establece que el procedimiento de solución de reclamos de usuarios ante las entidades prestadoras, comprende, entre otros, los reclamos sobre la facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura⁵. Dicho supuesto también se encuentra recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM⁶ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM); por lo que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁷, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

⁵ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la entidad prestadora".

⁶ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

"1.5.3 Materia de Reclamos

(...)

1.5.3.1 La facturación y el cobro de los servicios que ofrece APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA, En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a APM TERMINALS CALLAO S.A.

⁷ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

- 11.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁸, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁹, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar¹⁰.
- 12.- Por su parte, el artículo 28 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN dispone que los plazos se computan conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), el cual dispone que el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto.
- 13.- En la misma línea, el numeral 1 del artículo 134 de la LPAG dispone que cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio y los feriados no laborables de orden nacional o regional¹¹. En

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

El Tribunal de Solución de Controversias, en virtud de un recurso de apelación, declara su admisión y revisa en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por las Entidades Prestadoras y por los Cuerpos Colegiados.

Asimismo es competente para resolver las quejas que se presenten durante los procedimientos de primera instancia. Su resolución pone fin a la instancia administrativa y puede constituir precedente de observancia obligatoria cuando la propia resolución así lo disponga expresamente conforme a ley".

⁸ Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN.

"3.1.2 Recurso de Apelación

Contra la resolución emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A., procede la interposición de recurso de apelación.

El recurso de apelación deberá interponerse ante APM TERMINALS CALLAO S.A. dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución.

Cualquiera de las partes en el procedimiento podrá interponer cuando la impugnación se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, o se sustente en una nulidad; o en aquellos casos en que proceda el silencio administrativo negativo; o cuando teniendo una nueva prueba, no se opte por el recurso de reconsideración".

⁹ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

El plazo para la interposición del recurso es de quince (15) días contados a partir de la notificación del acto recurrido o de aplicado el silencio administrativo".

¹⁰ LPAG

"Artículo 133.- Inicio de cómputo

133.1 *El plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto, salvo que éste señale una fecha posterior, o que sea necesario efectuar publicaciones sucesivas, en cuyo caso el cómputo es iniciado a partir de la última.*

133.2 *El plazo expresado en meses o años es contado a partir de la notificación o de la publicación del respectivo acto, salvo que éste disponga fecha posterior".*

¹¹ LPAG

"Artículo 134.- Transcurso del Plazo

134.1 *Cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional.*

(...)"

virtud a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.

- 14.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 1 materia de impugnación fue notificada a TRAMARSA el 22 de enero de 2014.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que TRAMARSA interponga su recurso de apelación venció el 12 de febrero de 2014.
 - iii.- TRAMARSA presentó su recurso administrativo el 12 de febrero de 2014, dentro del plazo legal establecido.
- 15.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG¹², al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por un servicio prestado por APM.
- 16.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

III.2.- PAGO DE LAS FACTURAS CUYO COBRO APM PRETENDE EFECTUAR A TRAMARSA

- 17.- En la medida que el extremo del reclamo referido a la factura N° 002-0063947, por concepto de Uso de área operativa – importación, ha sido declarado fundado por APM, corresponderá realizar el análisis de fondo sobre las restantes 15 facturas.

II.2.1 SOBRE LAS FACTURAS EMITIDAS RESPECTO DE CONTENEDORES CON DESTINO EXPORTACIÓN

- 18.- El análisis de este asunto requerirá que se aborden los siguientes aspectos:
- a) Sobre el servicio estándar de carga contenedorizada y el servicio especial de uso de área operativa.
 - b) Sobre la organización de los servicios que brinda APM en materia de contenedores.
 - c) Deberes de APM respecto a los usuarios del terminal.
 - d) Respecto del uso de área operativa.

¹² Ley N° 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".

e) Sobre la demora en el embarque de los contenedores de TRAMARSA.

a) **Sobre el servicio estándar de carga contenedorizada y el servicio especial de uso de área operativa**

19. De acuerdo con el Contrato de Concesión¹³, APM presta dos clases de servicios portuarios: estándar y especial. El literal b) de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece que el servicio estándar a la carga comprende los servicios de descarga o embarque de cualquier tipo de carga, entre ellas, la contenedorizada¹⁴.
20. La mencionada cláusula señala también que dentro del servicio estándar de carga contenedorizada, se incluye el almacenamiento libre de pago de hasta 48 horas dentro del Terminal Portuario, precisando además que dicho plazo se computará desde que la nave termina la descarga o una vez que la mencionada carga haya ingresado en el patio del referido terminal portuario para su posterior embarque¹⁵.
21. Asimismo, el Contrato de Concesión establece que transcurrido el plazo que corresponda según el tipo de carga, la Entidad Prestadora podrá cobrar el servicio de almacenaje portuario¹⁶.

¹³ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao entre APM y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.

¹⁴ **Contrato de Concesión APM**

"8.19 Servicios Estándar

Comprende los servicios de descarga y/o embarque de cualquier tipo de carga, así como la utilización de la Infraestructura y Equipamiento Portuario requerido del Terminal Norte Multipropósito.

La Tarifa por este concepto incluye, para carga contenedorizada:

- i) El servicio de descarga/embarque, incluyendo la estiba/desestiba, utilizando la Infraestructura y Equipamiento necesario.
- ii) El servicio de tracción entre el costado de la Nave y el área de almacenaje, o viceversa en el embarque
- iii) El servicio de manipuleo -en el área de almacenaje, patio y Nave- para la recepción de la carga de la Nave y carguío al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque.
- iv) El servicio de trinca o destrinca.
- v) El servicio de verificación de la carga para la tarja, incluyendo la transmisión electrónica de la información.
- vi) El servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información;
- vii) La revisión de precintos; y
- viii) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes

Disposiciones Aplicables, que deban prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria. No incluye, de ser el caso, los servicios relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal. La prestación de estos servicios en ningún caso afectará el cumplimiento de las obligaciones de carácter aduanero que correspondan a los diferentes operadores de comercio exterior, conforme a la normativa vigente.

¹⁵ **Contrato de Concesión APM**

8.19 Servicios Estándar

(...)

Asimismo, tanto en el caso de embarque como el de descarga, incluye una permanencia de la carga en el almacén del Terminal Norte Multipropósito de acuerdo a los establecido en el literal b) siguiente, libre de pago, así como de cualquier gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que la carga ingrese en el patio del Terminal Norte Multipropósito para su posterior embarque.

(...).

La carga podrá permanecer depositada en el Terminal Norte Multipropósito a libre disposición del Usuario, de acuerdo a lo siguiente, según tipo de carga:

- Carga contenedorizada, hasta cuarenta y ocho (48) horas (...)"

¹⁶ **Contrato de Concesión APM**

"8.19 Servicios Estándar

22. Como se puede apreciar de lo antes expuesto, para el servicio estándar de carga contenedorizada, el contrato establece que la mercadería de los usuarios podrá permanecer dentro del Terminal Portuario por un periodo de libre almacenamiento de 48 horas, sin que éstos tengan que pagar por tal servicio; finalizado dicho periodo, la Entidad Prestadora tiene el derecho a cobrar una determinada tarifa.
23. En ese sentido, más allá de estas 48 horas, se aplicará al servicio de almacenamiento una tarifa preestablecida en el Contrato de Concesión a partir del día calendario 3 al 6 o un precio a partir del séptimo día. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el numeral 1.23.87 del Contrato de Concesión, señala que el monto que cobre APM por el almacenamiento a partir del día 7 lo determina libremente, puesto que no está sujeto a regulación¹⁷.

b) Sobre la organización de los servicios que brinda APM en materia de embarque de contenedores

24. En torno a la manera cómo se deben prestar y organizar los servicios que se brindan al interior del Terminal Portuario, el numeral 8.1 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión establece:

"La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual la SOCIEDAD CONCESIONARIA recuperará su inversión en las Obras, así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario así como a prestar los servicios a los Usuarios. (...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito y a tomar las decisiones que, considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, respetando los términos y condiciones del presente Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.



[el subrayado es nuestro]

25. Vinculado con lo anterior, el numeral 8.2 de la cláusula 8 del referido Contrato señala:

"Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Terminal Norte Multipropósito de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico".

(...)

Transcurrido el plazo que corresponda según el tipo de carga, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar el servicio de almacenaje portuario, en aplicación a lo dispuesto en la presente Cláusula Se precisa que no corresponde cobro retroactivo".

¹⁷ Contrato de Concesión APM

"1.23.87. Precio

Se refiere a las contraprestaciones que la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobra por la prestación de Servicios Especiales, incluyendo los impuestos que resulten aplicables, de conformidad con lo establecido en la Cláusula

8.20. El Precio no estará sujeto a regulación" [Subrayado y resaltado agregado].

[el subrayado y resaltado agregado es nuestro]

26. De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (output), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado.¹⁸
27. En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el Contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

c) Deberes de APM respecto a los usuarios del terminal.

Derecho de los usuarios del Terminal Portuario a acceder a información de los servicios

28. El término "usuario" es definido por la cláusula 1.23.113 del Contrato de Concesión como la persona natural o jurídica que recibe los servicios brindados por la Entidad Prestadora. Por su parte, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN define al Usuario como la persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura en calidad de usuario intermedio o usuario final.¹⁹

¹⁸ Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", Law & Society Review, Volume 37, Issue 4, pp. 691-730.

¹⁹ El Reglamento define al usuario intermedio y final de la siguiente manera:

1.- *Usuario intermedio: Prestador de servicios de transporte o vinculados a dicha actividad y en general, cualquier empresa que utiliza la infraestructura para brindar servicios a terceros. Son ejemplos de usuarios intermedios, entre otros, los siguientes:*

- las líneas aéreas;

- los agentes marítimos,

- los transportistas de carga o pasajeros, por ferrocarril o carretera o utilizando puertos.

Este tipo de usuarios pueden ser operadores secundarios.

2.- *Usuario final: Aquel que utiliza de manera final los servicios prestados por una entidad prestadora o por los usuarios intermedios.*

Se considera usuario final, entre otros, a:

- Los pasajeros de los distintos servicios de transporte que utilicen la infraestructura en los términos definidos en el Reglamento General del OSITRAN; y,

- Los dueños de la carga

29. Dicho ello, si bien APM está facultado para obtener beneficios económicos²⁰ de la concesión a través de la prestación de los servicios portuarios²¹, también debe cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión y el marco normativo vigente, entre ellas, con sus obligaciones relacionadas con el respeto a los derechos de los usuarios. Un derecho que ostentan los usuarios y que APM debe respetar en todo momento es el derecho a acceder a información sobre la forma en que los servicios serán brindados.

30. En ese sentido, la cláusula 8.6 del Contrato de Concesión señala que APM es responsable frente a los usuarios de brindar información suficiente sobre los términos y condiciones en los que los servicios serán brindados:

8.6. La SOCIEDAD CONCESIONARIA es responsable de brindar a los Usuarios:

(ii) La información suficiente sobre las Tarifas, Precios, así como los términos y condiciones aplicables a los Servicios que presta, conforme a este Contrato de Concesión y a las Normas Regulatorias;

[El subrayado y resaltado es agregado]

31. El derecho de los usuarios de acceder a información a que se refiere el Contrato de Concesión, se encuentra desarrollado en disposiciones emitidas por el Regulador, concretamente, para el ámbito portuario, en la Resolución de Consejo Directivo N° 074-2011-CD-OSITRAN, Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, cuyos artículos 5, 7 y 12 establecen lo siguiente:

"Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de la servicios aeroportuarios y portuarios.

(...) la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

²⁰ Contrato de Concesión

"2.7.- Sin perjuicio de las declaraciones contenidas en la Cláusula 3.2, el CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que: (...) (iii) la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se pueden brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión".

²¹ Contrato de Concesión

"1.23.87.- Precio

Se refiere a las contraprestaciones que la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobra por la prestación de Servicios Especiales, incluyendo los impuestos que resulten aplicables, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 8.20. El Precio no estará sujeto a regulación.

(...)

1.23.102. Tarifa

Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables".

a) *Transparencia.- El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios (...)*".

"Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) *A la información*

El Usuario debe recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente... Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios".

"Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

e) Proveer a los usuarios de información sobre sus derechos y obligaciones, así como de los servicios disponibles, a fin que puedan ser usados integralmente".

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

32. En tal sentido, todo usuario del Terminal Portuario tiene el derecho a que APM le otorgue información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre las condiciones en las que los servicios serán brindados. Dicha información debe ser brindada por la Entidad Prestadora, toda vez que ostenta el control de los servicios que se prestan al interior del puerto, encontrándose, por tanto, en mejor posición para suministrarla.
33. El acceso a la información de los usuarios también se encuentra regulado en disposiciones del Reglamento de Operaciones de APM, aprobado por Resolución N° 486-2011-APN/GG²² de la Autoridad Portuaria Nacional, aplicable al presente caso por razones de temporalidad, en cuyo artículo 6 se señala:

"Artículo 6.- Es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

34. Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM.

²² El Reglamento vigente es la versión 2 aprobada por Carta N° 1173-2013-APN/GG del 6 de noviembre de 2013.

35. Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora vaya a programar la prestación de un servicio, sino también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora. En ese sentido, el usuario tiene derecho a que se le informe sobre la manera en que se vienen prestando los servicios, así como de la existencia de hechos o circunstancias que puedan alterar un servicio cuya prestación ya ha sido planificada.
36. El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.

Las comunicaciones entre la Entidad Prestadora y los Usuarios a efectos de coordinar la prestación de servicios portuarios

37. El Reglamento de Operaciones de APM, a través de los artículos 49, 50, 51 y 56, establece disposiciones específicas sobre la forma en que la Entidad Prestadora brindará información a los usuarios del terminal portuario sobre los servicios que presta:

"Artículo 49.- APM TERMINALS coordinará con los usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise las labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones.

Artículo 50.- Las comunicaciones entre los usuarios y APM TERMINALS se realizan vía correo electrónico o cualquier otro medio documentado. Las comunicaciones comprenderán aspectos relacionados a las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios.

Artículo 51.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones:

- a.- Planear e impartir las disposiciones para el desarrollo de las operaciones.*
- b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.*
- c.- Planear la asignación de amarraderos.*

d.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento".

"Artículo 56.- APM TERMINALS es responsable de:

56.1.- Organizar, conformar y conducir la junta de operaciones electrónica, a fin de garantizar que los servicios y actividades portuarias se realicen en forma eficiente, segura y oportuna.

56.2.- Hacer de conocimiento de la comunidad portuaria las políticas y procedimientos de asignación de muelles, amarradores y otros servicios, bajo criterios de transparencia y no discriminación.

56.3.- Establecer prioridad y programar el ingreso, permanencia y salida del Terminal Portuario, de acuerdo a las prioridades de atraque y desatraque antes mencionadas, transmitiendo esta información a la APN.

56.4.- Informar vía correo electrónico o vía website (<http://www.apmterminals.com/americas/callao>) la asignación de amarraderos juntos con la lista de arribos de naves.

Las comunicaciones entre el Terminal Portuario y los usuarios se establecerán vía correo electrónico. Para tal efecto, toda la información concerniente a la asignación de los amarraderos deberá ser enviada por estos medios".

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

38. De la lectura de estos artículos se advierte, en primer lugar, que la información sobre la prestación de los servicios portuarios requiere acciones constantes de coordinación y comunicación entre la Entidad Prestadora y los usuarios del terminal portuario. Ello se debe a que las operaciones portuarias contienen un alto grado de complejidad, por lo que se hace necesario que el usuario tenga contacto constante con la Entidad Prestadora de manera tal que le informe sobre cualquier aspecto que pueda tener relación con el servicio a ser prestado o sobre cualquier evento o circunstancia que pueda alterar su prestación.
39. En este orden de ideas, APM tiene que coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo cual deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios.
40. Ahora bien, el artículo 50 del Reglamento de Operaciones de APM señala los medios a través de los cuales la Entidad Prestadora coordina con los usuarios sobre los servicios portuarios que brindará:

i.- A través de correo electrónico u otro medio documentado

41. Por su parte, el artículo 56, numeral 56.4 establece las responsabilidades de APM en las operaciones portuarias entre las que se encuentra la siguiente:
- ii.- Informar vía correo electrónico o *website* la asignación de amarraderos junto con la lista de arribo de naves. Reitera además lo señalado en el artículo 50 en el sentido que las comunicaciones entre el Terminal Portuario y los usuarios se establecen vía correo electrónico y con respecto a la asignación de amarraderos señala que debe comunicarse por correo electrónico.
42. Al respecto, siguiendo el criterio ya establecido por el TSC²³ y lo determinado en el artículo 1392 del Código Civil²⁴, el Tarifario, la Política Tarifaria y cualquier "*reglamento interno*" de las Entidades Prestadoras dirigido a los usuarios de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, constituyen cláusulas generales de contratación, puesto que en estos documentos se encuentran las condiciones preestablecidas de manera general y abstracta por una de las partes, en este caso APM, y que van dirigidas a regular sus relaciones contractuales futuras con sus usuarios quienes únicamente se adhieren a dichas condiciones.
43. En ese sentido, las estipulaciones del Reglamento de Operaciones de APM, deben considerarse e interpretarse teniendo en cuenta las disposiciones del Código Civil que regulan este tipo de relaciones contractuales, como el artículo 1401 que prescribe lo siguiente:
- "Artículo 1401.- Interpretación Contra el Estipulante**
- "Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda, a favor de la otra".*
44. Por consiguiente, en el supuesto de que se presente más de una interpretación posible, se debe elegir a aquella que favorece a quien no elaboró dichas cláusulas generales de contratación, en el caso bajo análisis nos referimos al Reglamento de Operaciones.
45. Teniendo en cuenta la regla de interpretación mencionada, de las alternativas de interpretación planteadas en los considerandos 38 y 39 (i) correo electrónico u otro medio documentado; ii) correo electrónico o web site), la que más favorece al usuario es aquella que determina que la información debe serle transmitida a través del correo electrónico u otro medio documentario, puesto que se considera que por este medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que efectivamente, APM cumplió con su obligación de

²³ Expediente N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN y 028-2010-TSC-OSITRAN.

²⁴ Código Civil

"Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación

Las cláusulas generales de contratación son aquéllas 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".

informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a sus intereses.

46. Además, el numeral 56.4 del Reglamento de Operaciones se refiere únicamente a la asignación de amarraderos; sin embargo, en el artículo 50 de este reglamento se establece expresamente que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizarán por correo electrónico o cualquier otro medio documentado, comprendiendo aspectos adicionales y más completos que la referida asignación, como son los relacionados con las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios.
47. Dicho ello, se advierte que en el artículo 50 de dicho Reglamento se establece expresamente que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o cualquier otro medio documentado en aspectos relacionados con las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios. En tal sentido toda información vinculada a las operaciones portuarias debe ser transmitidas a todos los usuarios de los servicios a través del correo electrónico o medio documentado, puesto que se considera que a través de este medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que efectivamente APM cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a los intereses de éstos.
48. Con respecto a la asignación de amarraderos, el artículo 56 establece nuevamente la obligación de comunicar por correo electrónico y además para este caso y para la publicación de la lista de arribo de naves se podrá publicar además, vía web site.
49. En razón de ello, el uso del website debe entenderse como un método complementario pero no alternativo ni sustituto del correo electrónico o medio documentado para el caso de información al usuario de asignación de amarraderos y lista de arribo de naves. Considerando ello, toda información que remita la Entidad Prestadora a los usuarios a efectos de coordinar la prestación de servicios portuarios, deberá efectuarse a través de correo electrónico o medio documentado, puesto que con estos medios se puede acreditar de manera fehaciente e indubitable que el usuario tomó conocimiento efectivo, de parte de la Entidad Prestadora, de las particularidades del servicio portuario brindado.
50. De lo desarrollado hasta el momento, con relación a la facultad de explotación del Terminal Portuario y al derecho de los usuarios de acceder a información, se puede señalar lo siguiente:
- i.- APM tiene el derecho de exclusividad para explotar de la infraestructura portuaria y la facultad de organizar las operaciones portuarias.

- ii.- APM tiene la obligación de brindar a los usuarios la información relevante respecto de los servicios a ser brindados, lo que incluye la programación de las operaciones, así como cualquier aspecto que pueda alterar la programación efectuada.
- iii.- Toda información que remita la Entidad Prestadora al usuario a efectos de coordinar la prestación de servicios portuarios, deberá efectuarse a través de correo electrónico o medio documentado, siendo la publicación a través de la página web un medio complementario más no alternativo para el caso de asignación de amarraderos y lista de arribo de naves.

d) Respecto del servicio de uso de área operativa

La relación entre el exportador, el agente de aduanas, el depósito temporal y la SUNAT

- 51. El servicio de uso de Área Operativa para contenedores materia de la presente resolución, se encuentra relacionado con las operaciones de exportación. En ese sentido, de conformidad con el artículo 23 y 24 de la Ley General de Aduanas (en adelante, LGA), aprobada por Decreto Legislativo N° 1053, las operaciones de exportación requieren la participación de un agente de aduanas (despachador aduanero) quien representa al embarcador de las mercancías²⁵.
- 52. Por otro lado, toda operación de exportación puede ser efectuada de manera directa o indirecta. El primer caso ocurre cuando la mercancía a exportar es remitida directamente del local del exportador (embarcador o cargador) hasta el puerto. El segundo caso se da cuando la carga debe dirigirse del almacén del exportador a un depósito temporal (almacén extraportuario) para los controles respectivos, para posteriormente dirigirse al Terminal Portuario. En el caso que nos ocupa, el uso del área operativa, cuyo cobro se reclama, fue realizado a través de un depósito temporal, por lo se hace necesario referirse a la participación de este depósito en el procedimiento de exportación.²⁶
- 53. El depósito temporal es definido por el artículo 2 de la LGA como el local donde se ingresan y/o almacenan temporalmente mercancías pendientes de la autorización de levante por la autoridad aduanera²⁷. Antes del ingreso de las mercancías al depósito temporal, el agente de

²⁵ Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053.

"Artículo 23.- Agentes de aduana

Los agentes de aduana son personas naturales o jurídicas autorizadas por la Administración Aduanera para prestar servicios a terceros, en toda clase de trámites aduaneros, en las condiciones y con los requisitos que establezcan este Decreto Legislativo y su Reglamento.

Artículo 24.- Mandato

Acto por el cual el dueño, consignatario o consignante encomienda el despacho aduanero de sus mercancías a un agente de aduana, que lo acepta por cuenta y riesgo de aquellos, es un mandato con representación que se regula por este Decreto Legislativo y su Reglamento y en lo no previsto en éstos por el Código Civil.

El mandato se constituye mediante:

- a) el endoso del documento de transporte u otro documento que haga sus veces;
- b) poder especial otorgado en instrumento privado ante notario público; o
- c) los medios electrónicos que establezca la Administración Aduanera."

²⁶ Numerales 32 y 33 del INTA-PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva.

²⁷ Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053.

aduanas remite electrónicamente a la SUNAT la Declaración Aduanera de Mercancías (en lo sucesivo, DAM)²⁸. Una vez que la DAM es devuelta al agente de aduanas, debidamente numerada, la mercancía podrá ser ingresada al depósito temporal.²⁹

54. Luego de los controles aduaneros llevados a cabo por la SUNAT en el depósito temporal, éste debe remitir las mercancías al puerto a efectos de su embarque correspondiente en el buque³⁰.

La relación entre la nave (agente marítimo), el terminal portuario y el embarcador.

55. El embarque de mercancías para exportación requiere que previamente se conozca el día y la hora en que la nave arribará al puerto. Para poder conocer esta información se requiere la interacción conjunta entre el agente marítimo (representante de la nave) y la Entidad Prestadora.
56. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 33 del Reglamento de Operaciones de APM, en el caso de naves con contenedores, el agente marítimo deberá comunicar, vía correo electrónico, el arribo de la nave con una anticipación no menor de (setenta y dos) 72 horas.

"Artículo 33.- Naves de contenedores

El Agente Marítimo, representante de la nave, deberá comunicar vía correo electrónico al Terminal Portuario, con una anticipación no menor de setenta y dos (72) horas, el arribo de su nave con indicación expresa de fecha y hora, calado y tipo de operación y la información preliminar de carga y descarga."

57. Asimismo, previo al arribo, de conformidad con el artículo 52 del Reglamento de Operaciones de APM, el agente marítimo debe remitir a la Entidad Prestadora la siguiente información:

- a) Solicitud de atraque
- b) Archivo electrónico de lista de descarga
- c) Archivo electrónico de lista de contenedores a embarcar
- d) Archivo electrónico de proyecciones de carga
- e) Archivo UN/EDIFACT (BAPLIE)

58. Una vez que cuenta con toda la información mencionada, APM procede a efectuar la asignación de amarraderos y muelles, tal como lo establece el artículo 56 del Reglamento de Operaciones antes referido:

"Depósito temporal.- Local donde se ingresan y/o almacenan temporalmente mercancías pendientes de la autorización de levante por la autoridad aduanera.

²⁸ Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053.

"Declaración aduanera de mercancías.- Documento mediante el cual el declarante indica el régimen aduanero que deberá aplicarse a las mercancías, y suministra los detalles que la Administración Aduanera requiere para su aplicación."

²⁹ Numeral 7 del INTA-PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva

³⁰ Numeral 46 del INTA-PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva.

"Artículo 56.- APM TERMINALS es responsable de:

(...)

56.3.- Establecer prioridad y programar el ingreso, permanencia y salida del Terminal Portuario, de acuerdo a las prioridades de atraque y desatraque antes mencionadas, transmitiendo esta información a la APN.

59. En tal sentido, a partir de la información remitida por el agente marítimo, APM asigna los amarraderos y muelles, determina la prioridad de atención, así como las horas de ingreso, permanencia y salida de las naves en el puerto. En otras palabras, con dicha información se determina el muelle al que la nave será asignada, el amarradero correspondiente, la hora aproximada de arribo -ETA, la hora aproximada de ingreso a muelle -ETB y la hora aproximada de salida de la nave -ETD.
60. Luego de ello, de acuerdo con el artículo 52 del Reglamento de Operaciones, APM procede a remitir al agente marítimo la información señalada en el párrafo anterior, a efectos de que la retransmita a los embarcadores y otros actores, con el propósito de que éstos tomen conocimiento de la hora en que la mercancía deberá encontrarse en el terminal portuario para su embarque (*cut off*):

"Artículo 52.-

Los Agentes Marítimos deberán informar a los embarcadores y demás, el tiempo límite para ingresar contenedores al terminal Portuario, para su posterior embarque:

Estableciéndose a continuación el tiempo límite de ingreso de contenedores (CUT OFF):

- a) Contenedores llenos con carga seca, tendrán un plazo de ingreso al área de uso alterno, hasta veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave (...).

e) **Sobre la demora en el embarque de los contenedores de TRAMARSA**

61. TRAMARSA, en su calidad de depósito temporal, cuestiona el cobro realizado por APM por el uso de área operativa, señalando que resultaría poco razonable que se cobre a su representada por el uso de área operativa, en aquellos casos en que el exceso de las 48 horas tenga sus orígenes en causas que no pueden ser imputadas a quien recibe el servicio. Asimismo, precisó que es APM quien fija libremente la fecha y hora límite que la carga puede ser recibida por el Terminal Portuario para ser embarcada en una nave específica (*Cut Off*), debiendo el usuario presentarse en el terminal en el día y hora establecidos por el Concesionario³¹; pues de lo contrario deberán pagar los costos correspondientes al arribo tardío de los contenedores

³¹ De acuerdo con el Reglamento de Tarifas y Políticas Comerciales de APM, el Cut Off consiste en lo siguiente:

"1.5.13 **Cut Off.**- Fecha y hora límite que la carga puede ser recibida por APM TERMINALS CALLAO S.A., para ser embarcada en una nave específica. El Cut Off será fijado mediante una fecha y hora determinada, previa al horario programado para el zarpe de la nave".

El Reglamento de Operaciones de APM señala en su artículo 52 literal c) lo siguiente:

62. De los detalles de las facturas de almacenamiento presentados por APM³², se desprende que TRAMARSA cumplió con ingresar todos sus contenedores dentro del periodo establecido por la Entidad Prestadora. En consecuencia, esta última, en su calidad de administrador de los servicios al interior del terminal, tenía la responsabilidad de realizar el embarque de los contenedores del apelante, encontrándose, por tanto, obligado a brindarle un servicio adecuado, lo cual comprende la entrega de información relacionada con la prestación de dicho servicio.
63. Entre la información relevante que el usuario requería conocer por parte de la Entidad Prestadora, se encuentra la ocurrencia de cualquier evento o circunstancia que pudiera generar que el embarque de los contenedores no se llegue a realizar dentro del plazo de 48 horas de libre almacenamiento. La importancia de esta información estriba en que si el embarque se realiza excediendo dicho plazo, el usuario tendría que pagar a APM el servicio especial denominado Uso de Área Operativa.
64. Cabe señalar que de conformidad con el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, en los reclamos relacionados con el derecho a información, corresponde a la Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron conforme con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente. En ese sentido, corresponde que APM pruebe que cumplió con comunicar adecuada y oportunamente a TRAMARSA la existencia de cualquier aspecto relevante que pudiera generar que el embarque de contenedores se realice más allá de las 48 horas de libre almacenamiento. Es importante agregar que, de acuerdo con el análisis efectuado anteriormente, dicha información corresponde que sea transmitida por correo electrónico u otro medio documentado. 
65. Sin embargo, este Tribunal considera que los documentos y argumentos presentados por la Entidad Prestadora no tienen relación con el servicio cuyo cobro es materia de reclamo. En efecto, APM señala que brindó al agente marítimo información sobre las operaciones portuarias de embarque (arribo de naves, amarradero, hora de zarpe, entre otros), sin reparar lo siguiente:
- La apelante no es el agente marítimo, sino el depósito aduanero, a quien justamente APM le exige el pago por el servicio especial de uso de área operativa, tal como se desprende de las facturas que obran en el expediente administrativo.

"Los Agentes Marítimos deberán informar a los embarcadores y demás, el tiempo límite para ingresar contenedores al Terminal Portuario, para su posterior embarque. Estableciéndose a continuación el tiempo límite de ingreso de contenedores (CUT OFF):

- a. Contenedores llenos con carga seca, tendrán un plazo de ingreso al área de uso alterno, hasta veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave.*
- b. Contenedores con carga refrigerada y vacía, tendrán un plazo de ingreso al área de uso alterno, hasta dieciséis (16) horas antes del inicio de operaciones de la nave.*

³² Fojas 46 a 66 del expediente N° 107-2013-TSC-OSITRAN

- La información a la que hace alusión la Entidad Prestadora no acredita que APM haya informado al usuario (TRAMARSA) la posible existencia de eventos que pudieran generar que los contenedores se embarcaran luego de las 48 horas de libre almacenamiento y que justifique el cobro del servicio uso de área operativa.
66. Al respecto, es importante tener en cuenta que las razones por las que un contenedor se podría embarcar en un lapso mayor a 48 horas se pueden deber a factores propios o ajenos al terminal portuario. El primer caso podría presentarse debido a ineficiencias propias del operador al momento de realizar la planificación de las operaciones portuarias. El segundo caso se podría presentar como consecuencia de la complejidad de las operaciones portuarias.
67. En el primer escenario, el usuario no debería asumir el costo por almacenamiento dado que la generación de este costo es atribuible al terminal portuario. En el segundo supuesto, para efectos de que el cobro por uso de área operativa sea válido, APM deberá informar oportunamente al usuario sobre las circunstancias de la operación que podrían provocar que el embarque de contenedores exceda las 48 horas de libre almacenamiento.
68. En efecto, el literal b, del artículo 51 del Reglamento de Operaciones de APM, establece la obligación de informar a los usuarios respecto de la magnitud que cada operación podría implicar, de las posibilidades de congestión que se puedan presentar en el puerto, así como las medidas que adoptará dicha Entidad Prestadora ante la presencia de cualquiera de los supuestos antes mencionados.
69. De la revisión del expediente no se observa medio probatorio alguno, aportado por la Entidad Prestadora, que acredite haber informado oportunamente al usuario que los contenedores se embarcarían luego de las 48 horas de libre almacenamiento debido a la complejidad de las operaciones, por ejemplo, que la carga a embarcar haya presentado problemas de índole técnica o legal que hayan dificultado su embarque, que el buque no haya arribado a la hora que estaba programada que se haya presentado, paralizaciones de operaciones por razones ajenas al terminal, entre otras.
70. En virtud de todo lo expuesto, sobre la base de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM, se puede concluir que APM no cumplió con informar oportunamente a TRAMARSA, vía correo electrónico o medio documentado, sobre la posible existencia de circunstancias que podrían haber generado que sus contenedores no fueron embarcados en el plazo de 48 horas libres de almacenamiento, ello a efectos de que esta última tome conocimiento oportuno de esta situación y de que tendría que asumir los costos por la prestación del servicio de uso de área operativa.
71. Asimismo, se ha comprobado que no existe imputación alguna que se pueda realizar a TRAMARSA por el retraso de dichas operaciones de embarque, puesto que se ha demostrado que esta última ingresó la carga conforme a lo indicado por la Entidad Prestadora. Todo ello, conlleva a que TRAMARSA no deba asumir los costos generados por la prestación del servicio de uso de área operativa relacionado con las siguientes facturas: 002-



0054989, 002-0064849, 002-0064852, 002-0064932, 002-0064948, 002-0065006, 002-0064796, 002-0064793, 002-0064790, 002-0065037, 005-0064803, 002-0064807, 002-0063223, 002-0063347 y 002-0064954.

Aspectos finales

72. Es importante señalar que el presente pronunciamiento de ningún modo debe ser entendido como la creación de una obligación a APM de embarcar los contenedores de exportación en el plazo no mayor al de 48 horas de libre almacenamiento, contados desde que los mismos ingresan al patio del terminal. Arribar a una conclusión de este tipo sería errada, por cuanto implicaría crear al Concesionario una obligación que el propio Contrato de Concesión no ha previsto.
73. En ese sentido, lo que la presente resolución establece, a partir del análisis normativo y de los hechos expuestos, es que APM debe informar oportunamente al usuario del Terminal Portuario los eventos o circunstancias que durante el proceso de embarque puedan generar un exceso del periodo de libre almacenamiento, ello a fin de que el usuario pueda determinar si corresponde:
- Pagar por el servicio especial denominado uso de área operativa, en caso considere que los hechos informados no son imputables a la Entidad Prestadora, o,
 - Reclamar a la Entidad Prestadora, en caso considere que los hechos informados son responsabilidad del terminal portuario.
74. Si bien en casos anteriores relacionados con reclamos por uso de área operativa³³, el TSC ha resuelto las apelaciones de manera infundada al recurrente, sosteniendo que el reclamante (usuario) no había acreditado que el servicio de embarque de contenedores sufrió demoras por una acción u omisión dolosa o negligente de la Entidad Prestadora, en el presente caso, la perspectiva de análisis varía, enfocándose en el derecho a la información que ostentan los usuarios del terminal portuario, el cual se encuentra reconocido en el Contrato de Concesión y la normativa emitida por el Regulador.
75. En ese sentido, teniendo en cuenta el principio de predictibilidad recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁴, Ley N° 27444, este Tribunal expresa que los casos relativos a reclamos por uso del área operativa serán analizados desde la perspectiva del derecho que tienen los usuarios a acceder a información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada de los servicios que brinda la Entidad Prestadora, sin perjuicio de las particularidades que cada caso presente.

³³ Por ejemplo, expedientes N° 11, 27 y 28-2013-TSC-OSITRAN.

³⁴ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

76. Finalmente, respecto a los argumentos adicionales presentados por APM en fecha 21 de mayo de 2015, debemos señalar que en el expediente N° 115-2013-TSC-OSITRAN el TSC simplemente se limitó a analizar la forma en que APM viene computando el plazo del periodo de libre almacenamiento, más no de la obligación que tiene la Entidad Prestadora de informar a los usuarios sobre todas las implicancias que se pueden presentar durante las operaciones de embarque de contenedores, que puedan suponer que estos deban incurrir en sobrecostos por la prestación del servicio de uso de área operativa.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN³⁵,

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/1219-2013; y en consecuencia declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por TRABAJOS MARITIMOS S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A. por concepto de uso de área operativa respecto de las facturas N° 002-0054989, 002-0064849, 002-0064852, 002-0064932, 002-0064948, 002-0065006, 002-0064796, 002-0064793, 002-0064790, 002-0065037, 005-0064803, 002-0064807, 002-0063223, 002-0063347 y 002-0064954, dejando sin efecto su cobro.

SEGUNDO.- DECLARAR que la presente Resolución agota la vía administrativa.

TERCERO.- NOTIFICAR a TRABAJOS MARITIMOS S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal institucional (www.ositran.gob.pe).

³⁵ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN. Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN.
Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables
(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- a) Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;*
- b) Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;*
- c) Integrar la resolución apelada;*
- d) Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda”.*

“Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa.

Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia”.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y
Transporte de Uso PÚBLICO ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 045-2014-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN