



EXPEDIENTE N° : 254-2016-TSC-OSITRAN

APELANTE : UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS &
JOHNSTON S.A.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/557-2016

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 25 de agosto de 2016.

SUMILLA: *Si el reclamo es presentado fuera del plazo legal establecido, corresponde declararlo improcedente por extemporáneo.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS & JOHNSTON S.A.A. (en adelante, BACKUS o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/557-2016 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1), emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 7 de junio de 2016, BACKUS interpuso reclamo ante APM solicitando se declare de oficio la nulidad del acto administrativo contenido en la factura N° Foo3-24,103 emitida el 26 de febrero de 2016, referida al cobro por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada por 13 horas por un monto de \$5,369.00 (cinco mil trescientos sesenta y nueve con 00/100 dólares americanos); de acuerdo los siguientes argumentos:
 - i. De conformidad con el Estado de Hechos de CANOPUS S.A (Agente Marítimo de la nave CS STAR) las paralizaciones en la descarga de la nave se habrían producido por hechos imputables a APM, tales como la limpieza de cono y de producto en espigón, ingreso de "payloader", cambio de operador de grúa de "clamshell", inicio y término de la jornada y cambio de cuadrilla, que suman un total significativo de horas.
 - ii. Consideran que gran parte de los retrasos en la descarga de la nave se debieron a una deficiente organización e inadecuada infraestructura del puerto, pues éste se



encuentra congestionado desde el ingreso de las naves, hasta el ingreso y flujo de camiones dentro de dicho terminal portuario, generando así el cobro ilegal por concepto de "compensación de cuadrillas no utilizadas".

- iii. El Contrato de Concesión firmado entre APM y el Estado Peruano indica que el tiempo de retiro de mercancía no debe ser mayor a 30 minutos, computándose desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro de las instalaciones de APM; sin embargo, ello no ocurrió en el presente caso, lo cual consta en la documentación que emitió APM.
- iv. Las entidades portuarias se encuentran obligadas a cumplir con el Reglamento de Calidad para la Prestación de los servicios portuarios, teniendo que cumplir con los lineamientos contenidos en el literal c) del numeral 2 del artículo 3, el cual establece que se debe tener en cuenta que el diseño e implementación del sistema de gestión está influenciado principalmente por: i) el entorno donde se desarrolla el servicio y sus cambios, ii) los riesgos asociados al servicio, iii) las particularidades del servicio, iv) el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para la prestación del servicio; y, vi) la adecuación de los servicios básicos a los estándares de calidad.

2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 23 de junio de 2016, APM resolvió el reclamo presentado por BACKUS declarándolo improcedente, de acuerdo con los siguientes argumentos:

- i. De acuerdo al artículo 2.3 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM, el usuario cuenta con un plazo de 60 días para interponer sus reclamos, computados desde el día en que ocurran los hechos que dan lugar al reclamo o que estos sean conocidos.
- ii. En el presente caso, se ha verificado que la factura N° F003-24103 mencionada en el reclamo fue emitida con fecha 26 de febrero de 2016, siendo esta la fecha en que fueron conocidos los hechos por parte del usuario.
- iii. Dado lo expuesto, en la medida que el reclamo presentado por la reclamante fue notificado a APM el 7 de junio de 2016, dicho medio impugnatorio se encontraba fuera del plazo establecido para su interposición.

3.- Con fecha 15 de julio de 2016, BACKUS interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos de su escrito de reclamo y agregando que lo siguiente:

- i. Con fecha 26 de febrero de 2016, APM emitió la factura N° 003-24103 por el recargo de compensación de cuadrilla no utilizada, cuyo importe asciende a US \$ 5 369.00 dólares americanos.



- ii. El 07 de junio de 2016, BACKUS solicitó se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la referida factura por afectar el interés público y privado debido a la falta de idoneidad en la prestación del servicio público brindado por APM. El 23 de junio de 2016, APM emitió la Resolución N°1, señalando que BACKUS había presentado una solicitud de reclamo fuera del plazo establecido, declarándolo improcedente.
 - iii. APM considera que la solicitud de declaración de nulidad de oficio del acto administrativo presentada por BACKUS debe de ser tratada como un reclamo, cuando de acuerdo con lo dispuesto por el artículo N° 1.5.3 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de APM, la solicitud de declaración de nulidad de oficio no es materia de reclamación para dicha instancia administrativa.
 - iv. Al haber emitido APM su resolución sin aplicar la norma correspondiente, está vulnerando el derecho a una decisión motivada y fundada, derecho recogido en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, en aplicación del cual se exige a la Administración Pública que exteriorice las razones que sustentan su decisión; lo que no ha sucedido en el presente caso pues la decisión del Concesionario no se encuentra fundamentada de acuerdo a los hechos presentados por BACKUS ni se ha resuelto de acuerdo a lo prescrito en la Ley N° 27444.
- 4.- El 01 de agosto de 2016, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC) el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, declarando su improcedencia y agregando lo siguiente:
- i. Señalaron que en base a las definiciones dadas en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de APM, se entiende por reclamo a la solicitud presentada por cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular, vinculado a cualquier servicio prestado por APM derivado de la explotación de la infraestructura que se encuentre bajo la competencia de OSITRAN.
 - ii. El Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, señala en su artículo 7 que son materia de dicho Reglamento los reclamos 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° 176.
 - iii. En tal sentido, el acto administrativo emanado de la prestación de un servicio por parte de APM se refleja en la factura N° Foo3-24103, consecuencia de lo cual no se vulneró el debido procedimiento, habiendo sido dicho acto administrativo debidamente motivado y emitido de acuerdo a las normativas de ley.
 - iv. Reiteró que el reclamo fue presentado fuera de plazo en la medida que la mencionada factura fue emitida el 26 de febrero de 2016 y el reclamo fue notificado a APM el 07 de junio de 2016, habiendo transcurrido más de 60 días para la interposición del mismo.





- v. Sin perjuicio de ello, señaló que de la factura N° Foo3-24103 se verificó que durante las operaciones de descarga de la mercadería de BACKUS correspondiente a malta a granel en las bodegas de la nave TBC PRINCESS de Mfto. 2016-00356 existieron horas de paralización originadas la por falta de camiones que debió enviar el usuario, las cuales se encuentran registradas en el Reporte de Estado de Hechos de la nave con el código 107, comprobándose que el cobro del recargo por compensación de cuadrilla ha sido correcto.
- vi. En cuanto a la congestión alegada por el usuario, señalaron que ésta no es responsabilidad de APM, pues el Concesionario no es responsable por la fluidez del transporte de la vía pública, lo cual constituye un factor externo, imprevisible e incontrolable.
- vii. Finalmente, sobre los niveles de servicio y productividad, precisaron que APM está obligado a presentar dicha información mensual y trimestralmente, lo cual ya está siendo supervisado por OSITRAN.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 5.- 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 el reclamo presentado por BACKUS fue interpuesto de manera extemporánea, y de ser el caso, determinar si corresponde el cobro de APM a BACKUS de la factura N° 003-24103 emitida por concepto de Compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 6.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM¹, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)², el plazo que tiene el

¹ Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2013-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".

² Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 036-2013-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"



usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

- 7.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 1 de APM, que declaró improcedente el reclamo presentado fue notificada a BACKUS el 23 de junio de 2016.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 15 de julio de 2016.
 - iii.- BACKUS presentó su recurso de apelación el 15 de julio de 2016, es decir, dentro del plazo legal.
- 8.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209³ de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el concepto de Compensación de cuadrilla no utilizada por parte de APM.
- 9.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos que lo sustentan.

III.2.-SOBRE EL EXTREMO DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA QUE DECLARÓ IMPROCEDENTE EL RECLAMO PRESENTADO POR BACKUS

- 10.- De conformidad con el artículo 2.3 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM⁴, el plazo para que los usuarios puedan interponer su reclamo es de sesenta (60) días contados a partir de que ocurran los hechos que dan lugar al reclamo o que estos sean conocidos por el usuario.
- 11.- Cabe señalar, que lo señalado en el párrafo anterior se encuentra concordado con el artículo 36 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN el cual prescribe lo siguiente:

³ LPAG

"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 *Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM TERMINALS CALLAO S.A.*

2.3 Plazo para la Presentación de Reclamo

Los USUARIOS tienen un plazo de sesenta (60) días para interponer sus reclamos ante APM TERMINALS CALLAO S.A., el cual se contabilizará desde el día en que ocurran los hechos que dan lugar al reclamo o que éstos sean conocidos.

**"Artículo 36.- Plazo para interponer reclamos**

Los reclamos podrán interponerse dentro de los 60 (sesenta) días de ocurrido el hecho o de conocido éste, si el Usuario hubiese estado fehacientemente impedido de conocerlo a la fecha de su ocurrencia"

[El subrayado es nuestro]

- 12.- Ahora bien, APM declaró improcedente el reclamo presentado por BACKUS por considerar que aquel fue presentado fuera del plazo establecido en su reglamento.
- 13.- Como ya se ha mencionado, los reglamentos de OSITRAN y APM establecen el plazo máximo que obligatoriamente tienen los usuarios para interponer sus reclamos, el cual es de 60 días hábiles desde que se producen los hechos que pueden generar dichos reclamos. Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 131 de la LPAG⁵, los plazos y términos son entendidos como máximos, obligando por igual a la administración y a los administrados⁶.
- 14.- Por tanto, los cuestionamientos de los usuarios cuyos hechos sean formulados en un plazo mayor a 60 días hábiles no podrán tramitarse a través del procedimiento de reclamos.
- 15.- En el presente caso, se advierte que la factura N° 003-24103 fue emitida el 26 de febrero de 2016, fecha que APM consideró en su Resolución N°1 como el momento en que fueron conocidos los hechos por parte de BACKUS, a partir de lo cual declaró que al haber vencido el plazo para presentar el reclamo sobre dichos hechos el 24 de mayo de 2016 y haberse presentado el mismo el 07 de junio de 2016, el reclamo resultaba improcedente.
- 16.- Cabe señalar que en su recurso de apelación, BACKUS no ha cuestionado que el 26 de febrero de 2016, fecha de emisión de la factura N° 003-24103, haya correspondido a la fecha en que tomó conocimiento del cobro de la referida factura, habiendo sustentado su apelación más bien en el hecho de que APM no habría considerado dicha solicitud como una de declaración de nulidad de oficio de acto administrativo sino como una solicitud de reclamo declarándola improcedente, pese a que conforme a lo dispuesto por el Reglamento de Reclamos de APM le correspondería otro trámite.
- 17.- Respecto a la nulidad del acto administrativo, cabe mencionar que esta es declarada cuando el referido acto incurre en alguna de las causales previstas en el artículo 10 de la LPAG⁷ tales

⁵ LPAG

"Artículo 131.- Obligatoriedad de plazos y términos

131.1.- Los plazos y términos son entendidos como máximos, se computan independientemente de cualquier formalidad, y obligan por igual a la administración y a los administrados, sin necesidad de apremio, en aquello que respectivamente les concierna.

131.2.- Toda autoridad debe cumplir con los términos y plazos a su cargo, así como supervisar que los subalternos cumplan con los propios de su nivel.

131.3.- Es derecho de los administrados exigir el cumplimiento de los plazos y términos establecidos para cada actuación o servicio.

⁶ Sobre el particular, Juan Carlos Morón Urbina señala que "Por imperio de la Ley, los plazos obligan por igual sin necesidad de apercibimiento intimidación alguna, a los agentes administrativos y a los interesados en lo que respectivamente les concierne quienes tienen recíprocamente el deber de cumplirlos y poder exigir su cumplimiento en sede administrativa (reclamación, queja, etc) o en la judicial" Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica. Lima. 2011. pág. 423.

⁷ LPAG

como la contravención a la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias, actos constitutivos de infracción penal o el defecto de algunos de sus requisitos de validez.

- 18.- Asimismo, cabe agregar que el artículo 11 de la LPAG⁸, establece que los administrados podrán plantear la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la referida Ley⁹, entre los cuales se encuentran los recursos de reconsideración y apelación. De otro lado, el artículo 202 de la LPAG¹⁰ señala que la nulidad del acto administrativo también podrá ser declarada de oficio por el órgano jerárquico superior al que expidió el acto inválido cuando se verifique que este está incurso en alguna de las causales del artículo 10 antes señaladas.
- 19.- Atendiendo a lo expuesto, corresponde desestimar la pretensión de BACKUS contenida en su escrito de fecha 7 de junio de 2016, referida a que se declare la nulidad de oficio de la factura N° 003-24.103, en la medida que la emisión de dicho documento, no cuenta con la calidad de acto administrativo al constituir un documento emitido como consecuencia de una relación comercial entablada entre APM y el usuario.
- 20.- Por el contrario, se verifica que todo reclamo referido a la presunta emisión incorrecta de una factura está previsto como una causal de reclamo en el numeral 1.5.3.1 del Reglamento de Reclamos de APM¹¹ y el numeral a) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de

Artículo 10. - Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

⁸ LPAG

Artículo 11. - Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.

⁹ LPAG

Título III

Capítulo II

(...)

207.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación
- c) Recurso de revisión

¹⁰ LPAG

Artículo 202°.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10°, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

202.2 La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario.

¹¹ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

OSITRAN¹². En atención a lo cual, se constata que el escrito presentado el 7 de junio de 2016 por BACKUS, correspondía por su naturaleza y lo previsto en los referidos reglamentos, a un reclamo a ser atendido conforme al trámite realizado por APM en el presente caso.

- 21.- Ahora bien, el plazo para presentar el reclamo empezó a correr desde el día siguiente a la fecha de emisión de la factura, esto es, desde el 27 de febrero de 2016, venciendo el plazo para interponer el referido escrito el 24 de mayo de 2016. Sin embargo, del presente expediente se verifica que el reclamo efectivamente fue presentado el 07 de junio de 2016, esto es, 10 días hábiles después del plazo de vencimiento, tiempo superior al establecido legalmente de 60 días hábiles.
- 22.- Asimismo, cabe recordar que de conformidad con el artículo 136.1 de la LPAG¹³, los plazos fijados por norma expresa son improrrogables, salvo disposición habilitante en contrario.
- 23.- En consecuencia, BACKUS interpuso su reclamo de manera extemporánea, no correspondiendo pronunciarse sobre el fondo del asunto, debiendo confirmarse lo resuelto por la Entidad Prestadora en primera instancia.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN¹⁴;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. en el expediente N° APMTC/CL/557-2016, que declaró improcedente el reclamo presentado por

¹² 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.

¹³ 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

¹⁴ LPAG

Artículo 136.- Plazos improrrogables

136.1 Los plazos fijados por norma expresa son improrrogables, salvo disposición habilitante en contrario.

¹⁴ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-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 (...).



UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS & JOHNSTON S.A.A., referido a anulación de la Factura N° 003-24103 emitida por concepto de Compensación de cuadrilla no utilizada, por haberse presentado de manera extemporánea.

SEGUNDO: NOTIFICAR a UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS & JOHNSTON S.A.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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**