

EXPEDIENTES N° : 92, 116, 129, 142 y 143-2016-TSC-OSITRAN

APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTOS APELADOS : Resoluciones N° 1 emitidas en los expedientes N° APMTC/CL/122-2016, APMTC/CL/57-2016, APMTC/CL/254-2016, APMTC/CL/141-2016 y APMTC/CL/255-2016.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 25 de junio de 2016

SUMILLA: Si la Entidad Prestadora no cumple con informar documentaria y oportunamente al usuario la fecha y hora estimada de atraque¹ de la nave que transporta la mercancía objeto de despacho, se afecta el derecho del usuario de calcular el periodo de libre almacenamiento y, consecuentemente, no corresponde que en tal circunstancia se le obligue al pago por el servicio de uso de área operativa.

VISTO:

Los expedientes N° 92-2016-TSC-OSITRAN, 116-2016-TSC-OSITRAN, 129-2016-TSC-OSITRAN, 142-2016-TSC-OSITRAN y 143-2016-TSC-OSITRAN (en adelante, los expedientes 92, 116, 129, 142 y 143), relacionados con los recursos de apelación interpuestos por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en lo sucesivo, TRAMARSA) contra las resoluciones N° 1 emitidas en los expedientes N° APMTC/CL/122-2016, APMTC/CL/57-2016, APMTC/CL/254-2016, APMTC/CL/141-2016 y APMTC/CL/255-2016 (en adelante, las resoluciones), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en lo sucesivo, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 19 de enero, 01 y 05 de febrero y 04 de marzo de 2016, TRAMARSA interpuso reclamos ante APM solicitando la anulación de diversas facturas emitidas por el servicio de uso de área operativa – exportación para contenedores, las cuales se detallan en el siguiente cuadro:

EXPEDIENTE	FACTURA	CONCEPTO	NAVE
92-2016-TSC-OSITRAN	002-58551	Uso de Área Operativa - Exportación	FRANCOISE GILOT V. 085GIS
116-2016-TSC-OSITRAN	002-55436	Uso de Área Operativa - Exportación	MSC PILAR V. 550B
129-2016-TSC-OSITRAN	002-63341	Uso de Área Operativa - Exportación	FRANCOISE GILOT V- 078GIN
142-2016-TSC-OSITRAN	002-60340	Uso de Área Operativa - Exportación	SVENDBORG MAERSK V. 1515
143-2016-TSC-OSITRAN	002-63333	Uso de Área Operativa - Exportación	HANJIN MARINE V. 14W

Al respecto, TRAMARSA señaló lo siguiente:

- i.- TRAMARSA envió los contenedores con la debida anticipación, considerando la Programación de Atraque publicada en la página web de APM.

¹ Estimated Time of Berthing (ETB)

- ii.- La demora en el arribo de las naves, los cambios de ETB y de la Programación de Atraque no fueron comunicados oportunamente a TRAMARSA.
 - iii.- APM no puede atribuir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor a la congestión vehicular ocurrida durante el ingreso de los camiones a sus instalaciones, toda vez que es un hecho que pudo preverse para poder adoptar las medidas necesarias a fin de no perjudicar al usuario y ejecutar la planificación realizada de antemano dentro del Terminal Portuario, debiendo asumir los sobrecostos que dicha situación genere.
 - iv.- En ese sentido, queda claro que al ser APM el único responsable respecto de todas las operaciones que se desarrollan en el Terminal Portuario, debe de llevar a cabo las operaciones según el planeamiento y la información otorgada a los usuarios.
- 2.- Mediante Cartas N° 241 y 397-2016-APMTC/CL cursadas en los expedientes 116 y 142 respectivamente, notificadas el 08 y 25 de febrero de 2015, APM comunicó a TRAMARSA la ampliación del plazo a 30 días hábiles para dar respuesta a los reclamos presentados.
- 3.- Mediante las Resoluciones N° 1 notificadas con fechas 22 de febrero, 01, 18 y 22 de marzo de 2016, APM resolvió los reclamos presentados por TRAMARSA declarándolos infundados, alegando lo siguiente:
- i.- El artículo 7.1.1.3.2 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM señala lo siguiente:

"7.1.1.3.2 Uso de Área Operativa – Contenedores llenos de embarque (excepto transbordo) (Numeral 1.3.2 del Tarifario)

Este servicio consiste en el uso de área operativa para contenedores llenos de embarque, excepto transbordo. El servicio estándar otorga cuarenta y ocho (48) libres pero APM Terminals Callao otorga hasta setenta y dos (72) horas libres. El tiempo libre se contabilizará una vez que el contenedor ingrese en el patio del terminal para su posterior embarque.

El servicio correspondiente al día calendario cuatro (04) al día seis (06) será facturado por día. Este período de almacenamiento es un servicio especial regulado.

El servicio correspondiente al día calendario siete (07) en adelante será facturado por día o fracción de día. Este período de almacenamiento es un servicio especial no regulado.

El tiempo de almacenamiento o uso de área operativa se contabilizará a partir del ingreso del contenedor al patio del Terminal y culminará con el ETB final de la nave que APM Terminals Callao comunique a los usuarios".
 - ii.- En virtud de lo expuesto, el cálculo del período de libre almacenaje para el caso de contenedores, se debe considerar desde el ingreso del contenedor al patio hasta el ETB (Hora estimada de amarre) final de la nave, siendo el período de libre almacenaje para contenedores llenos de embarque de 72 horas.
 - iii.- Con fecha 24 de febrero de 2015, APM emitió un comunicado informando las modificaciones que presentaría el nuevo Reglamento de Tarifas y Política Comercial versión 3.3, el cual entraría en vigencia a partir del 11 de marzo del mismo año. Entre las modificaciones, se

señaló que el período libre de 48 horas sería extendido a 72 horas desde el ingreso del contenedor a la terminal hasta el registro del ETB final de la nave.

- iv.- Se ha verificado que las 05 facturas objeto de reclamo han sido correctamente emitidas, en la medida que los contenedores fueron ingresados al terminal portuario antes del vencimiento del periodo de libre almacenaje considerando los ETB de las naves, quedando claro que TRAMARSA envió sus unidades con demasiada anticipación.
 - v.- No existieron hechos que generaran la demora en el embarque de las unidades, sin embargo, como en cualquier operación de embarque de carga, existe un orden o secuencia que hace que algunos contenedores sean embarcados primero y otros después.
 - vi.- Finalmente señalaron que sólo se realizó el cobro por el almacenaje en el que incurrieron las unidades por haber ingresado con demasiada anticipación y no por haber excedido el plazo de almacenaje en el embarque de las unidades.
- 4.- Con fechas 04 y 22 de marzo, 12 y 14 de abril de 2016, TRAMARSA interpuso recursos de apelación contra las Resoluciones N° 1 expedidas por APM, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando además lo siguiente:
- i.- El numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPGA) establece que las actuaciones de las autoridades administrativas, cuando impliquen la creación de obligaciones en los administrados, deben de observar el principio de razonabilidad. En ese sentido, no es razonable que APM pretenda realizar un cobro cuyo origen es la prestación ineficiente de sus servicios, no pudiendo el administrado evitar el mismo a pesar de una actuación diligente.
 - ii.- APM señala que si bien el Código Civil define las reglas para el cómputo del plazo, las partes tienen la potestad de pactar distintas formas de cómputo. En ese sentido, APM de manera unilateral no puede plantear la modalidad de cómputo si es que esta no es aprobada previamente por las instancias supervisoras. En consecuencia, la potestad que ostenta de cobrar el monto aplicable a la permanencia de la carga en el terminal portuario que señala que toda fracción de día se considerará como un día completo conforme el numeral 3.3.3. del Reglamento de Tarifas de APM (versión 4.0) no resulta acorde con el Oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN que expresa que el concepto de fracción 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.
 - iii.- APM emitió las facturas objeto de reclamo considerando únicamente el ETB final de las naves, los cuales resultaban distintos a los señalados en la Programación de Atraque de su portal web días antes, lo que generó confusión con relación al cómputo de los plazos al hacer parecer que sus contenedores fueron ingresados al Terminal Portuario antes del periodo de libre almacenamiento, pretendiendo que el usuario asuma costos que no le corresponderían.
 - iv.- El artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 074-2011-CD-OSITRAN recoge el derecho de los usuarios a la información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que la entidad prestadora brinda a fin de utilizarlos integralmente. Asimismo, señala que corresponde a APM probar que cumple con comunicar adecuada y oportunamente la existencia de cualquier aspecto relevante que pudiera generar que el

embarque o desembarque de contenedores se realizará más allá de las 48 horas de libre almacenamiento por correo electrónico o cualquier otro medio. De igual manera, APM debe comunicar adecuada y oportunamente a los usuarios información acerca del tiempo estimado de espera en las colas que se generan en el Terminal a fin de que estos realicen acciones que eviten estos cobros.

- v.- La información que APM publica a través de su página web acerca de los servicios portuarios y la presunción de que los usuarios conocen las cláusulas generales de contratación adecuadamente publicadas no garantiza que estos estén en la capacidad de conocer el tiempo de espera en el ingreso y salida del terminal portuario a fin de no incurrir en estos cobros.
 - vi.- Más allá de la información que APM otorgue al usuario respecto de las circunstancias que puedan alterar la prestación normal de los servicios portuarios el problema radica en su eficiencia que es única y exclusivamente responsabilidad del Terminal Portuario.
 - vii.- Adicionalmente, en los expedientes 129 y 143 TRAMARSA señaló que la congestión e inconvenientes en la entrega de los contenedores con destino a sus instalaciones se originó al interior del recinto portuario debido a la insatisfacción y acumulación de carga no atendida dentro de los plazos razonables como consecuencia de un bajo nivel de servicio y productividad de la Entidad Prestadora que viene originando sobrecostos que como usuarios no les corresponde asumir. Añadió que APM debe realizar un análisis ponderado del promedio de atención de camiones durante los meses de la facturación materia de reclamo a fin de evidenciar que se encuentra por encima del tiempo exigido por el Contrato de Concesión.
- 5.- Con fechas 28 de marzo, 22 de abril, 04, 05 y 06 de mayo de 2016, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), los expedientes administrativos con sus respectivas absoluciones a los recursos de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en las Resoluciones que declararon infundados los reclamos de TRAMARSA.
- 6.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e) la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 07 de junio de 2016, no pudiendo arribarse a ningún acuerdo debido a la inasistencia de ambas partes. El 08 de junio de 2016 se realizó la audiencia de vista de la causa a la que no asistieron las partes, quedando la causa al voto.
- 7.- Con fecha 13 de junio de 2016, APM presentó sus alegatos finales, reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento y agregando lo siguiente:
- i. La cláusula 8.19 del Contrato de Concesión señala que el servicio estándar, tanto en el caso del embarque como en el de descarga de contenedores, incluye un período de 48 horas 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 mencionado servicio estándar.
 - ii. Por su parte, el inciso 7.1.3.2 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM otorga un plazo de hasta 48 horas de libre almacenamiento por encontrarse incluido dentro del

servicio estándar. Asimismo indica que del día 3 al 6 corresponde que APM facture por dicho servicio.

- iii. En un acto de liberalidad, APM otorga mayor tiempo libre para la permanencia de la carga en sus instalaciones, extendiendo el periodo de 48 a 72 horas, el cual se empezará a contabilizar desde el ingreso de cada contenedor al puerto siempre que la nave en la que se vaya a embarcar ya hubiese atracado (ETB) en alguno de los muelles del Terminal Portuario.
- iv. APM realiza el embarque de contenedores de acuerdo a los planes de embarque (CAL) que aprueban los Agentes Marítimos como representantes de las líneas navieras, con dicha información define la secuencia de embarque y las posiciones en las que se colocarán los contenedores, en función al tipo de carga, puerto de destino, entre otros supuestos.
- v. El *Cut Off* es programado en base a la información que les es proporcionada por el Agente Marítimo de la nave, quién es el encargado de comunicar al Administrador Portuario, con una anticipación de 72 horas al 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, de conformidad con el artículo 36 del Reglamento de Operaciones de APM.
- vi. En cuanto a la supuesta vulneración del deber de información alegada por la reclamante, señaló que debe considerarse la relación existente entre APM, el agente marítimo y el agente de aduanas en el desarrollo de las operaciones. En virtud de ello, de conformidad con lo dispuesto por el literal c) del artículo 6 del Decreto Supremo N° 010-99-MTC², el agente marítimo tiene la obligación de contar con la información detallada sobre las operaciones que realicen los usuarios en la infraestructura de APM. Adicionalmente, de acuerdo con el literal b) del artículo 57 del Reglamento de Operaciones de APM, el Agente Marítimo debe informar a todos los embarcadores el tiempo límite para el ingreso de los contenedores al Terminal para su posterior embarque.
- vii. Los literales a) y b) del artículo 6 del Reglamento de Agencias señala que los Agentes Marítimos tienen la obligación de informar a los usuarios respecto de cualquier vicisitud o circunstancia sobreviniente a la prestación de los servicios portuarios, esto debido a que dichas situaciones forman parte de los requerimientos efectuados por el Administrador Portuario a los representantes de las naves que serán atendidas en el Terminal Portuario como una condición precedente a la prestación del servicio y en el marco del desarrollo eficiente de las operaciones portuarias.
- viii. Dentro de las obligaciones que SUNAT-ADUANAS impone a los transportistas, agentes de carga internacional y almacenes, se encuentra el envío de información electrónica de carácter público, a la cual se le asigna efectos jurídicos, lo que incluye la obligación de publicar la fecha de arribo y salida de cada nave, e incluso de cada conocimiento de embarque.
- ix. En tal sentido, son los Agentes Marítimos de cada nave los encargados de suministrar la información a los usuarios y sus representantes (depósitos) con relación a la oportunidad de embarque de su carga (como por ejemplo, las modificaciones en la fecha de atraque o ETB

² Reglamento de Agencias Generales, Agencias Marítimas, Agencias Fluviales, Agencias Lacustres, Empresas y Cooperativas de Estiba y Desestiba del Decreto Legislativo N° 707.

de la nave), en la medida que ello es parte de los deberes que le han sido legalmente asignados.

- x. APM brinda a los usuarios del TNM la información correspondiente a los programas de atraque de cada nave (Berthing), los cuales son actualizados tres veces al día en la página web del Administrador Portuario, cumpliendo con brindar de manera dinámica la información que resultará necesaria para la planificación de las operaciones de ingreso retiro de mercancías a cargo de los Depósitos.
- xi. APM considera razonable que el periodo de libre almacenaje se extienda hasta la fecha comunicada por la nave como su ETB Final a través de su Agente Marítimo, toda vez que dicha fecha no solo es de utilidad para considerar una fecha máxima estimada de la estadía de la carga en sus instalaciones, sino que también permite a los usuarios determinar desde qué fecha estimada APM deberá poner a su disposición la infraestructura portuaria y el equipamiento requerido para la nave. En ese sentido, desde la fecha prevista para el ETB Final, tanto el usuario como APM deben encontrarse preparados para el inicio de las operaciones de embarque, asumiendo sus riesgos derivados y asociados, por lo que en el caso de que incumplieran, cada parte deberá encontrar la vía de compensar o recuperar el costo de oportunidad que implicó contar con los recursos necesarios para la atención de la operación de manera oportuna.
- xii. Frente a un arribo tardío de la Nave, no corresponde que APM extienda el periodo de libre almacenaje, puesto que ello no se condice con los riesgos asumidos por cada una de las partes en el desarrollo de una operación de embarque en la medida que ello implicaría que APM asuma responsabilidades imputables al retraso de un tercero, y un riesgo inherente a las relaciones comerciales que los usuarios mantienen con las líneas navieras que transportan su carga, en la medida que dicha relación es ajena al Administrador Portuario.
- xiii. Asimismo, no resulta válido que por una supuesta "no idoneidad" sobre la información brindada a los usuarios, se autorice a estos a no pagar a APM, considerando que se ha prestado efectivamente el servicio de uso de área operativa (almacenaje) a favor de los contenedores a cargo de la reclamante y que se ha excedido el período de libre almacenaje para la carga contenedorizada.
- xiv. Finalmente, OSITRAN ha manifestado en el Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN que si bien el día empieza a las 00:00 horas y termina a las 24:00 horas, el cómputo de un plazo no necesariamente coincidirá con la hora inicial de un día. En ese sentido, puede darse el caso que el plazo se inicie en una hora intermedia, por ejemplo, a las 13:00 horas, lo que significa que desde ese momento hasta las 24:00 horas, se computará un día. Agregó que de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo 5 del Contrato de Concesión celebrado entre APM y el Estado Peruano, a efectos del cómputo del plazo, se ha considerado como unidad de tiempo el día.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra las Resoluciones N° 1 emitidas por APM.

- ii.- Determinar si corresponde dejar sin efecto el cobro de las facturas por concepto de Uso de Área Operativa por parte de APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 9.- Al respecto, del análisis de los expedientes administrativos se establece que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de TRAMARSA respecto del cobro de facturas por concepto de Uso de Área Operativa - Exportación, en la medida que se habría incurrido en este servicio debido a una mala prestación en el servicio que brinda APM. Dicha situación se encuentra prevista como supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM³ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM) y en los literales a) y c), del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN⁴ (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo⁵, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 10.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁶, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁷, el plazo que tiene el usuario para la

³ 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.

1.5.3.2 La calidad y oportuna prestación de los servicios que brinda APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA (...).

⁴ 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.

c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora (...).

⁵ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"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".

⁶ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM.

"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".

⁷ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"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"

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.

11.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

- i.- La Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/122-2016 (expediente 92-2016-TSC) fue notificada a TRAMARSA el 22 de febrero de 2016; la Resolución N° 01 del expediente APMTC/CL/57-2016 (expediente 116-2016-TSC) fue notificada a TRAMARSA el 01 de marzo de 2016; la Resolución N° 01 del expediente APMTC/CL/141-2016 (expediente 142-2016-TSC) fue notificada a TRAMARSA el 18 de marzo de 2016; y las Resoluciones N° 01 de los expedientes APMTC/CL/254-2016 (expediente 129-2016-TSC-OSITRAN) y APMTC/CL/255-2016 (expediente 143-2016-TSC-OSITRAN) fueron notificadas a TRAMARSA el 22 de marzo de 2016.
 - ii.- Los plazos máximos que tuvo TRAMARSA para interponer sus recursos de apelación vencieron el 14, 22 de marzo, 12 y 14 de abril de 2016 respectivamente.
 - iii.- TRAMARSA interpuso la apelación del expediente APMTC/CL/122-2016 (expediente 92-2016-TSC-OSITRAN) el 04 de marzo de 2016, la apelación del expediente APMTC/CL/57-2016 (expediente 116-2016-TSC-OSITRAN) el 22 de marzo de 2016, la apelación del expediente APMTC/CL/141-2016 (expediente 142-2016-TSC-OSITRAN) el 12 de abril de 2016 y las apelaciones de los expedientes APMTC/CL/254-2016 (expediente 129-2016-TSC-OSITRAN) y APMTC/CL/255-2016 (expediente 143-2016-TSC-OSITRAN) el 14 de abril de 2016, es decir, dentro del plazo legal.
- 12.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas, pues debe determinarse si corresponde el cobro realizado a TRAMARSA por parte de APM, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁸.
- 13.- 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.- EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

- 14.- De acuerdo con el Contrato de Concesión⁹, 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

⁸ LPAG

⁹ 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.

⁹ 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.

servicio estándar a la carga comprende los servicios de descarga o embarque de cualquier tipo de carga, entre ellas, la contenedorizada¹⁰.

- 15.- 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 embarque¹¹.
- 16.- Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM versión 3.3., vigente desde el 11 de marzo de 2015, el tiempo de libre disponibilidad del área operativa se ha extendido de 48 a 72 horas, así como también el momento en el cual se termina de contabilizar el uso de área operativa. El numeral 7.1.1.3.2 de dicho reglamento señala lo siguiente:

"Uso de Área Operativa – Contenedores llenos de embarque (excepto transbordo) (Numeral 1.3.2 del Tarifario)

Este servicio consiste en el uso del área operativa para contenedores llenos de embarque, excepto transbordo. El servicio estándar otorga cuarenta y ocho (48) libres pero APM Terminals Callao otorga hasta setenta y dos (72) horas libres. El tiempo libre se contabilizará una vez que el contenedor ingrese en el patio del Terminal para su posterior embarque.

El servicio correspondiente al día calendario cuatro (04) al día seis (06) será facturado por día. Este período de almacenamiento es un servicio especial regulado.

El servicio correspondiente al día calendario siete (07) en adelante será facturado por día o fracción de día. Este período de almacenamiento es un servicio especial no regulado.

¹⁰ 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.

¹¹ 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 lo 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 (...)*

El tiempo de almacenamiento o uso de área operativa se contabilizará a partir del ingreso del contenedor al patio del Terminal y culminará con el ETB final de la nave que APM Terminals Callao comuniqué a los usuarios."

[El subrayado es nuestro]

- 17.- 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 portuario¹².
- 18.- Como se puede apreciar de lo antes expuesto, para el servicio estándar de carga contenedorizada, si bien en el contrato se establece que la mercadería de los usuarios podrá permanecer dentro del Terminal Portuario por un período de libre almacenamiento de 48 horas sin que éstos tengan que pagar por tal servicio y finalizado dicho período la Entidad Prestadora tiene el derecho a cobrar una determinada tarifa; con la versión 3.3 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM se amplió el período de libre almacenamiento a 72 horas contabilizados desde el ingreso del contenedor al patio del terminal hasta el ETB final de la nave.

Sobre el cómputo del plazo durante la prestación del servicio de uso de área operativa.

- 19.- Al respecto, TRAMARSA señala que APM estaría realizando de manera errónea el cómputo del plazo durante la prestación del servicio de uso de área operativa, pues según lo establecido en el Oficio N° 028-2013-GRE-OSITRAN, el concepto de fracción no ha sido considerado en el Contrato de Concesión. En ese sentido, APM no debería cobrar por la fracción de un día considerándola como si fuera un día completo en ninguno de los servicios que preste.
- 20.- Con relación a lo alegado por TRAMARSA, respecto de que APM viene considerando la fracción de día como un día completo, conviene tener presente que mediante Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, de fecha 3 de septiembre de 2013, las áreas técnicas de OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica), opinaron¹³ lo siguiente:

"En la realidad el cómputo de un plazo no necesariamente coincide con la hora inicial de un día, esto es, las 00:00 horas. Puede darse el caso que el plazo se inicie en una hora intermedia, por ejemplo, a las 13:00 horas, lo que significa que desde ese momento hasta las 24:00, se computará un día. Evidentemente, luego de las 24:00 de cualquier día, se computará el inicio de un nuevo día.

La mal llamada fracción de día es, en realidad, un día para efectos legales, siempre que se verifique en el rango de las 00:00 horas hasta las 24:00 horas de ese mismo día. En todo caso, es irrelevante que se adicione en el tarifario la frase "fracción de día", porque al margen de la hora en que se retire la carga, se computan días y no horas.

¹² Contrato de Concesión APM

"8.19 Servicios Estándar
(...)

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".

¹³ Es importante indicar que en el referido Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN las mencionadas áreas de OSITRAN efectuaron un análisis de los argumentos señalados en la Carta N° 068-2013-APMTC/GG, en atención al Oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN, con ocasión a la modificación del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM TERMINALS CALLAO S.A.

De lo señalado anteriormente, el Contrato de Concesión permite que el concesionario realice el cobro considerando como unidad de tiempo el día, al margen de la fracción del mismo en que se retira o embarca la carga, y para el caso de Contenedores el cómputo del plazo incluye el día inicial."

[El subrayado es nuestro]

- 21.- Como se verifica en el mencionado informe, las áreas técnicas de OSITRAN han precisado que para realizar el cómputo de plazo se consideran días y no horas, dado que el Contrato de Concesión permite que el concesionario realice el cobro considerando como unidad de tiempo al día. En ese sentido, la denominada "fracción de día" es, en realidad, un día para efectos legales.
- 22.- A la luz de lo expuesto anteriormente, este Tribunal considera que culminadas las 72 horas de permanencia de la carga, empieza a computarse el primer día de cobro, lo que quiere decir que desde el momento en que finaliza el periodo de libre almacenamiento hasta las 00:00 horas del mismo día, considerando que de acuerdo al nuevo método de contabilización, el plazo se computa hacia atrás, APM tiene derecho a facturar los servicios que presta por el uso de área operativa en el Terminal Portuario, puesto que el cómputo de dicho servicio, de acuerdo al Anexo 5 del Contrato de Concesión, se realiza en días y no por horas²⁴. Ahora bien, considerar una interpretación en contrario, implicaría extender el plazo de 72 horas contrariamente a lo previsto.
- 23.- Cabe señalar, que el Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN es el documento que, de manera cierta y expresa, explica cuál es la metodología de cálculo para el periodo de 48 horas de libre almacenamiento que establece el Contrato de Concesión extendido a 72 horas por APM, y por ende, desde qué momento se habilita a la Entidad Prestadora a realizar el cobro por sus servicios, en este caso, por el de uso de área operativa.
- 24.- En atención a lo expuesto, lo alegado por TRAMARSA en este extremo carece de sustento.

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

- 25.- 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

²⁴ Contrato de Concesión

ANEXO 5

Regimen Tarifario

1. Estructura Tarifaria Y Nivel Tarifario

(...)

Servicio Especiales con Tarifas

Almacenamiento contenedores llenos (Del día 3 calendario al 6 inclusive)

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]

26.- 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".

27.- 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.¹⁵

28.- 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.

Respecto de la prestación del servicio de uso de área operativa

29.- 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 mercancías¹⁶.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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."

- 30.- 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.¹⁷
- 31.- 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 aduanera¹⁸. Antes del ingreso de las mercancías al depósito temporal, el agente de aduanas remite electrónicamente a la SUNAT la Declaración Aduanera de Mercancías (en lo sucesivo, DAM)¹⁹. Una vez que la DAM es devuelta al agente de aduanas, debidamente numerada, la mercancía podrá ser ingresada al depósito temporal²⁰.
- 32.- 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 buque²¹.
- 33.- 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.
- 34.- En ese sentido, de acuerdo con el artículo 36 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 36.- 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."

- 35.- 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

¹⁷ Numerales 32 y 33 del INTA-PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva.

¹⁸ Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053.

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

¹⁹ 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."

²⁰ Numeral 7 del INTA-PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva

²¹ Numeral 46 del INTA-PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva.

- d) Archivo electrónico de proyecciones de carga
- e) Archivo UN/EDIFACT (BAPLIE)

36.- 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 61 del Reglamento de Operaciones antes referido:

*"Artículo 61.- APM TERMINALS es responsable de:
(...)*

61.3.- 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.

37.- 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 - ETA²², la hora aproximada de ingreso a muelle - ETB²³ y la hora aproximada de salida de la nave - ETD²⁴.

38.- Luego de ello, de acuerdo con el artículo 57 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 57.- Los Agentes Marítimos de aquellas naves que transportan contenedores como mercancía predominante, estarán obligadas a presentar, la siguiente información en forma electrónica:
(...)*

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

d) 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."

Respecto del derecho de los usuarios del Terminal Portuario a acceder a información de los servicios

39.- 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.²⁵

²² ETA.- Estimated Time of Arrival / Hora estimada de llegada.

²³ ETB.- Estimated Time of Berthing / Hora estimada de amarre.

²⁴ ETD.- Estimated Time of Departure / Hora estimada de partida.

²⁵ 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.

- 40.- Dicho ello, si bien APM está facultado para obtener beneficios económicos²⁶ de la concesión a través de la prestación de los servicios portuarios²⁷, 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.
- 41.- 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]

- 42.- 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:

*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 (...).***

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*

26 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".

27 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".

"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]

- 43.- 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.
- 44.- 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/GG²⁸ 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".

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.

- 45.- 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.
- 46.- 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.

²⁸ El Reglamento vigente es la versión 2 aprobada por Carta N° 1173-2013-APN/GG del 6 de noviembre de 2013.

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

- 47.- 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, amarraderos 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]

- 48.- 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.

- 49.- 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.
- 50.- Ahora bien, el artículo 55 del Reglamento de Operaciones de APM señala al correo electrónico u otro medio documentado como los medios a través de los cuales la Entidad Prestadora coordina con los usuarios sobre los servicios portuarios que brindará-
- 51.- Por su parte, el artículo 61 numeral 61.4 establece las responsabilidades de APM en las operaciones portuarias entre las que se encuentra la siguiente:

"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 55 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".

- 52.- Al respecto, siguiendo el criterio ya establecido por el TSC²⁹ y lo determinado en el artículo 1392 del Código Civil³⁰, 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.
- 53.- 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".

- 54.- 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.

²⁹ Expediente N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN y 028-2010-TSC-OSITRAN.

³⁰ Código Civil

"Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación

Las cláusulas generales de contratación son aquellas 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".

- 55.- Teniendo en cuenta la regla de interpretación mencionada, de las alternativas de interpretación planteadas en los considerandos precedentes (i) correo electrónico u otro medio documentado; ii) correo electrónico o *website*), 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 informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a sus intereses.
- 56.- Además, el numeral 61.4 del Reglamento de Operaciones se refiere únicamente a la asignación de amarraderos; sin embargo, en el artículo 55 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.
- 57.- Dicho ello, se advierte que en el artículo 55 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.
- 58.- Con respecto a la asignación de amarraderos, el artículo 61 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 *website*.
- 59.- 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.

Sobre el cobro de las facturas 002-58551, 002-55436, 002-63341, 002-60340 y 002-63333

- 60.- TRAMARSA cuestiona el cobro realizado por APM por el servicio de uso de área operativa señalando que si sus contenedores excedieron el plazo de libre almacenaje (72 horas), ello se debió a que la Entidad Prestadora habría variado la fecha de los ETB de las naves inicialmente indicados en la Programación de Atraque publicada en la Página Web de APM, conforme a los cuales programó el envío de sus unidades.

- 61.- 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 los ETB programados para las naves y sus respectivos cambios, a fin de que el usuario pueda planificar el envío de sus contenedores dentro del periodo de libre almacenamiento. Es importante agregar que de acuerdo con el análisis efectuado anteriormente, corresponde que dicha información sea transmitida por correo electrónico u otro medio documentado.
- 62.- Al respecto, cabe señalar que el artículo 55 del Reglamento de Operaciones de APM 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 de ser transmitida 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 APM efectivamente cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a los intereses de éstos.
- 63.- Cabe señalar que la comunicación del ETB de las naves resulta necesaria, en la medida que el usuario ingresará sus contenedores para el embarque considerando la fecha y horas fijadas en este, con el fin de no superar el plazo de libre almacenamiento de 72 horas y que la Entidad Prestadora no realice el cobro del servicio de uso de área operativa.
- 64.- APM ha señalado que las facturas objeto de reclamo habrían sido correctamente emitidas, en la medida que de acuerdo a los ETB Final de las Naves, TRAMARSA habría enviado con demasiada anticipación sus unidades, excediendo así el periodo de libre almacenaje de 72 horas.
- 65.- Del expediente se verifica que los ETB comunicados, de acuerdo a los versiones expuestas por TRAMARSA y APM serían los siguientes:

FACTURA	ETB SEGÚN TRAMARSA	ETB SEGÚN APM
002-58551	12.01.2016 a las 07:00 horas	15.01.2016 a las 15:00 horas
002-55436	29.12.2015 a las 03:00 horas	29.12.2015 a las 15:00 horas
002-63341	26.12.2015 a las 15:00 horas	28.12.2015 a las 07:00 horas
002-60340	25.01.2016 a las 15:00 horas	26.01.2016 a las 07:00 horas
002-63333	22.12.2015 a las 01:00 horas	22.12.2015 a las 07:00 horas

- 66.- TRAMARSA ha indicado en sus escritos de apelación que llegó a tener conocimiento del ETB de las naves que alega mediante el programa de atraque (*Berthing*) publicado en la página web de APM, enviando sus unidades de acuerdo a lo indicado en dicha programación, aun cuando como se ha señalado precedentemente, la website es un método complementario pero no alternativo ni sustituto del correo electrónico o medio documentado.
- 67.- Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que si bien la programación de amarraderos se encuentra en la página web de APM a disposición de los usuarios, dicha programación no

consigna información completa, como ocurre en el caso de la factura N° 002-58551 entre otros, en el cual se advierte que las Programaciones de atraque, presentadas como medio probatorio por TRAMARSA, no consignan el ETB de la nave FRANCOISE GILOT³¹.

- 68.- De otro lado, de la revisión del expediente no se observa medio probatorio alguno que acredite que la Entidad Prestadora cumplió con comunicar a TRAMARSA mediante correo electrónico u otro medio documentado los ETB de las naves que alega.
- 69.- En ese sentido, los ETB de las naves alegados por APM, sea que estos hubieran sido los correctos desde un principio o producto de una posterior reprogramación, debieron de haber sido comunicados a TRAMARSA por las vías antes señaladas para acreditar fehacientemente que esos eran los ETB bajo los cuales se realizaría el cómputo de las 72 horas de libre almacenamiento.
- 70.- En consecuencia, la Entidad Prestadora debió de transmitir mediante correo electrónico o cualquier otro medio documentado la referida información, esto es, la asignación de amarraderos y lista de arribo de naves, a efectos de permitirle al usuario, en este caso TRAMARSA, calcular la fecha y hora de envío de sus unidades vehiculares al terminal portuario considerando las 72 horas de libre almacenamiento que otorga APM.
- 71.- 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 debidamente a TRAMARSA la hora estimada de atraque de las naves, a efectos de que esta última tome conocimiento oportuno de esta situación y tome las previsiones para no incurrir en la prestación del servicio de uso de área operativa en caso exceda el periodo de libre almacenamiento.
- 72.- Ahora bien, APM también ha señalado que es el agente marítimo quien se encuentra en la obligación de comunicar a los usuarios la información acerca de la programación de atraque de las naves, hecho que supondría que TRAMARSA debía contar con la información suficiente que le permitiera establecer su plan de envío de contenedores. Al respecto, cabe manifestar que tal como se ha señalado anteriormente, es el Reglamento de Operaciones el que establece el deber de la Entidad Prestadora de comunicar a los usuarios respecto de los detalles de las operaciones en las naves, no existiendo ningún dispositivo legal que traslade tal responsabilidad a los Agentes Marítimos.
- 73.- En relación a lo anteriormente señalado, si bien los Agentes Marítimos y/o demás usuarios pueden tener conocimiento de la Programación de Atraque de las naves, ello no implica que conozcan los ETB de cada una de ellas, dado que APM es la única entidad que detenta la información completa.
- 74.- En consecuencia, no corresponde que TRAMARSA asuma los costos generados por la prestación del servicio de uso de área operativa relacionado con la totalidad de sus contenedores detallados en las facturas N° 002-58551, 002-55436, 002-63341, 002-60340 y 002-63333, debido a que APM incumplió con su deber de información.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN³²;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR las resoluciones N° 1 emitidas en los expedientes N° APMTC/CL/122-2016, APMTC/CL/57-2016, APMTC/CL/254-2016, APMTC/CL/141-2016 y APMTC/CL/255-2016; y en consecuencia, declarar **FUNDADOS** los reclamos presentados por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. respecto de las facturas N° 002-58551, 002-55436, 002-63341, 002-60340 y 002-63333 emitidas por el concepto de Uso de área operativa dejando sin efecto su cobro; quedando agotada así la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a TRABAJOS MARÍTIMOS S.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**

¹¹ 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".