



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

EXPEDIENTE : 123-2013-TSC-OSITRAN

APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 2 del expediente APMTC/CS/433-2013.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 10 de diciembre 2014

SUMILLA: De conformidad con lo dispuesto por el Contrato de Concesión y el Reglamento de Operaciones de APM Terminals Callao S.A., el servicio de uso de amarradero, no solo comprende a las naves que efectivamente son amarradas en el muelle, sino también a aquellas que son abarloadas dentro del Terminal Portuario.

El usuario debe pagar por los servicios de uso de amarradero que la Entidad Prestadora le brinda de conformidad con las tarifas preestablecidas y demás condiciones comerciales vigentes, las cuales deben encontrarse conforme con lo estipulado en el respectivo Contrato de Concesión.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en adelante, TRAMARSA o la apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CS/433-2013 (en lo sucesivo, la Resolución N° 2) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora) y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 11 de junio de 2013, TRAMARSA interpuso reclamo ante APM, solicitando que se anule la factura N° 003-0002220 cuyo importe total asciende a U\$S 978,04 (novecientos setenta y ocho con 04/100 dólares de los Estados Unidos de América) emitida por el concepto de "uso o alquiler de amarradero" aduciendo que este cobro resulta indebido, por los siguientes argumentos:
 - i.- TRAMARSA no utilizó el servicio denominado uso de amarradero, dado que la nave B/T TRAMAX (en lo sucesivo, TRAMAX) no estuvo amarrada al muelle del Terminal Portuario y tampoco recibió servicio alguno por parte de APM, como por ejemplo el amarre y desamarre de espías, resultando evidente que no corresponde que se le realice el cobro por el referido servicio de uso de amarradero.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

- ii.- Afirma que, si bien los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM, señalan que para el caso de las naves que son abarloadas en el Terminal Portuario se aplica el mismo tratamiento que a aquellas que utilizan efectivamente el uso de amarradero, para el caso de la nave TRAMAX, no aplicaría dicho tratamiento puesto que ésta únicamente brinda servicios de abastecimiento de combustible a otras naves, sin perjuicio de que estén amarradas o abarloadas, hecho que evidencia que TRAMARSA no estaba realizando labores comerciales como el resto de embarcaciones que sí utilizan el servicio de uso de amarradero.
 - iii.- Siendo así, resulta claro que la nave TRAMAX no realizó operaciones comerciales inherentes al negocio naviero, por lo que no correspondería el cobro por el servicio de uso de amarradero al haber quedado acreditado que no utilizó dicho servicio.
 - iv.- Por otro lado, conforme se observa del artículo 88 del Reglamento de Operaciones de APM, el servicio de suministro de combustible se encuentra contemplado como un servicio complementario, el que además es distinto al servicio de uso de amarradero. Señala que si bien el referido artículo solo hace referencia a servicios brindados por camiones y no naves, ello no impide que nuevos servicios puedan ser agregados a dicho reglamento.
 - v.- En tal sentido, al no haberse regulado aún el servicio de suministro de combustible en la zona portuaria por parte de las naves, APM no debería realizar cobros por dicho concepto y mucho menos aplicar una tarifa que no corresponde, como es el caso del abarloadamiento.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/433-2013 (en lo sucesivo, Resolución N° 1), debidamente notificada con fecha 25 de junio de 2013, APM desestimó el reclamo de TRAMARSA, señalando que el cobro por el "uso o alquiler de amarradero" se efectuó debido a que la nave TRAMAX ingresó a la infraestructura portuaria para realizar el servicio de abarloadamiento y desabarloadamiento, por lo que de conformidad con los artículos 72 y 73 de su Reglamento de Tarifas y Política Comercial, correspondió emitir la factura materia de cuestionamiento.
- 3.- Con fecha 16 de julio de 2013, TRAMARSA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, señalando lo siguiente:
- i.- El Anexo 2 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN (en adelante, REMA) establece cuáles son aquellos servicios considerados como esenciales, encontrándose, entre otros, el referido a la prestación del servicio de abastecimiento de combustible.
 - ii.- Siendo el abastecimiento de combustible un servicio esencial, el acceso al Terminal Portuario (facilidad esencial) para su efectiva prestación, resulta ser obligatoria para APM, correspondiendo, no el cobro de un servicio, sino el pago o la determinación de un cargo de acceso.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

- iii.- Para el presente caso, APM no cuenta con un reglamento de acceso para el servicio de abastecimiento de combustible, como si ocurre para el caso de otros servicios, como son el practicaje y remolcaje. En ese sentido, el usuario no tiene conocimiento del procedimiento de solicitud de acceso, ni tampoco existe un contrato que estipule algún cargo de acceso, ni las bases y requisitos que deba cumplir un usuario. Por lo tanto, sería evidente que no se habría establecido la forma en la cual se podría cobrar el cargo de acceso.
 - iv.- Con relación al cobro de uso de amarradero, señala que, si bien el cobro por uso de amarradero se realiza en virtud de los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM, la aplicación de ambos para el presente caso no sería correcta en la medida que el abarloadamiento de la embarcación TRAMAX se produjo como consecuencia de la prestación del servicio esencial denominado abastecimiento de combustible.
 - v.- En el supuesto negado de que nuestra empresa debiese de ser facturada por dicho servicio, dado que la nave TRAMAX tuvo que abarloadarse a efectos de suministrar combustible, resulta necesario que dicho supuesto sea contemplado en el Tarifario de APM, puesto que el actual tarifario solo se limita a establecer el cobro por uso de amarradero.
- 4.- Mediante Resolución N° 2, notificada el 14 de agosto de 2013, APM resolvió el recurso de reconsideración presentado por TRAMARSA declarándolo infundado, alegando lo siguiente:
- i.- El servicio de uso o alquiler de amarradero a la nave TRAMAX, fue efectivamente brindado por la Entidad Prestadora y el cobro fue aplicado de conformidad con los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM.
 - ii.- La operación de abarloadamiento/desarloadamiento consiste en amarrar una nave menor y unirla a otra con grandes dimensiones, la misma que se encuentra atracada en el muelle del terminal y viceversa, con la finalidad de proveerla de algún insumo necesario para la continuidad de sus operaciones.
 - iii.- Para que los usuarios puedan realizar las labores de provisión de los mencionados insumos, como en este caso ocurrió con TRAMARSA, solicitan al área de operaciones de APM la autorización de ingreso de la embarcación menor. Asimismo, la Entidad Prestadora autoriza y brinda un espacio para las operaciones de la referida embarcación y dicho servicio se le denomina uso de amarradero.
 - iv.- Con relación al uso de amarradero, el Reglamento de Operaciones establece claramente los criterios que ésta debe considerar para brindar dicho servicio y su posterior facturación. Siendo ello así, para las naves que abarloadan/desarloadan se les aplica las mismas condiciones de servicio y facturación de una nave convencional que acodera en el Terminal Portuario.
 - v.- En el presente caso, quedó acreditado que el servicio de uso de amarradero fue solicitado y brindado TRAMARSA, la cual utilizó las instalaciones de APM para realizar sus operaciones.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

- vi.- Respecto del argumento de la apelante, referido a que el servicio de abastecimiento de combustible es un servicio esencial en virtud de lo establecido por el REMA de OSITRAN, precisa que de conformidad con la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, el referido REMA solo resulta aplicable para el caso de los servicios de practicaje y remolcaje, y no para el servicio de abastecimiento de combustible, el cual no es brindado por APM, sino por otros operadores y por el cual ésta no efectúa cobro alguno.
- vii.- Finalmente, de acuerdo con el Reglamento de Tarifas de APM, no existe excepción para ninguna persona natural o jurídica de derecho público o privado que utilice la infraestructura, del pago de los precios y tarifas respectivas, estableciendo expresamente dicho reglamento que el pago por la prestación de los servicios (uso de amarradero) debe realizarse de manera integral y de acuerdo con los montos previstos.
- 5.- Con fecha 3 de septiembre de 2013, TRAMARSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2. Dentro de los argumentos esgrimidos en dicho recurso, la apelante cuestionó el cobro por el servicio de uso de área operativa.
- 6.- El 24 de septiembre de 2013, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 2 que declaró infundado el reclamo de TRAMARSA, añadiendo lo siguiente:
- i.- Los argumento señalados en el recurso de apelación de TRAMARSA, difieren de los hechos que son materia del presente reclamo, puesto que en dicho recurso se cuestiona el servicio de uso de área operativa, mientras que la factura cuestionada está referida al servicio de uso o alquiler de amarradero.
- ii.- Para que los usuarios puedan realizar las labores de provisión de los mencionados insumos, como en este caso ocurrió con TRAMARSA, solicitan al área de operaciones de APM la autorización de ingreso de la embarcación menor. Asimismo, la Entidad Prestadora autoriza y brinda un espacio para las operaciones de la referida embarcación, a dicho servicio se le denomina uso de amarradero.
- iii.- Respecto del argumento de la apelante, referido a que el servicio de abastecimiento de combustible es un servicio esencial en virtud de lo establecido por el REMA de OSITRAN, precisa que de conformidad con cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, el referido REMA solo es aplicable para el caso de los servicios de practicaje y remolcaje, y no para el servicio de abastecimiento de combustible, el cual no es brindado por APM, sino por otros operadores y por el cual, ésta no efectúa cobro alguno.
- iv.- Sin perjuicio de ello, la prestación del servicio de uso de amarradero puede ser requerida por el usuario que se encuentre interesado en que el mismo le sea brindado por el Administrador Portuario. De esta manera, TRAMARSA, al haber cursado la solicitud para la prestación del servicio objeto de análisis, mostró su conformidad respecto de los servicios y condiciones dispuesto en el Reglamento de Operaciones de APM.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

- v.- El servicio de uso de amarradero para las naves que abarloan/desabarloan en el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao, contará con las mismas condiciones de servicio y facturación aplicables a una nave convencional que acodere en el terminal. Por ello, APM viene siguiendo las especificaciones señaladas en su Contrato de Concesión, Reglamento de Tarifas y Reglamento de Operaciones, con la finalidad de realizar el cobro del servicio de uso de amarradero a los usuarios que lo solicitan, lo que es de pleno conocimiento de TRAMARSA.
- vi.- En tal sentido, no resulta viable incluir en el Reglamento de Tarifas de APM o en el Tarifario una referencia al servicio de uso de amarradero para suministro de combustible "...puesto que no es operativamente viable realizar este tipo de diferenciaciones en función a la operación a realizar, e incluirlas en el referido Reglamento que es un documento de alcance general y un documento dinámico...".
- 7.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), la audiencia de conciliación no se llevó a cabo el 11 de junio de 2014 por la inasistencia de ambas partes.
- 8.- Con fecha 13 de junio de 2014 se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de APM, quedando la causa al voto.
- 9.- Mediante escrito de fecha 18 de junio de 2014, APM presentó alegatos finales, reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del presente procedimiento.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 2 de APM.
- ii.- Determinar si corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura N° 003-0002220, por parte de APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 11.- Al respecto, del análisis del expediente administrativo se establece que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de TRAMARSA respecto del cobro de la factura N° 003-0002220. Dicha situación se encuentra prevista como supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.1 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM¹ (en lo sucesivo,

¹ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

1.5.3. Materia de Reclamos

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

Reglamento de Reclamos de APM) y en el literal a), del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN² (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

12.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁵, el plazo que tiene el 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.

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

i.- La Resolución N° 2 fue notificada a TRAMARSA el 14 de agosto de 2013.

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.*

(...)”.

² 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.*

(...)”.

³ 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”.

⁴ 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”.

⁵ 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”.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

- ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 5 de septiembre de 2013.
- iii.- TRAMARSA apeló con fecha 2 de septiembre de 2013, es decir, dentro del plazo legal.
- 14.- 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 LPAG⁶.
- 15.- 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

- 16.- De la revisión del expediente técnico se verificó que en el recurso de apelación interpuesto por TRAMARSA, si bien ésta hace referencia a una factura por la suma de U\$S 978,04 (novecientos setenta y ocho con 04/100 dólares de los Estados Unidos de América), la cual fue objeto de su reclamación, posteriormente expone argumentos correspondientes a un supuesto cobro indebido por uso de área operativa.
- 17.- Al respecto, este Tribunal considera conveniente realizar el análisis de hecho y de derecho que corresponde a las cuestiones que son materia del reclamo, reconsideración y apelación, esto es, al presunto cobro de la factura N° 003-0002220, por la suma de U\$S 978,04 (novecientos setenta y ocho con 04/100 dólares de los Estados Unidos de América).

Respecto de los alcances del servicio de uso de amarradero

- 18.- Es menester recalcar, previamente, que el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) establece en sus cláusulas 1.23.97, 1.23.98 y 1.23.99, las definiciones de Servicios, Servicio Estándar y Servicios Especiales, respectivamente, de la siguiente manera:

"1.23.97 Servicios

Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales.

⁶ 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".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

UNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

1.23.98. Servicios Especiales

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.

1.23.99. Servicios Estándar

Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

- 19.- Asimismo, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se brindan a la nave (uso de amarraderos) y servicios que se brindan a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).
- 20.- Con relación a los servicios brindados a la nave el literal a), del artículo 8.19 del Contrato de Concesión prescribe lo siguiente:

"8.19. SERVICIOS ESTÁNDAR

a) SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA NAVE:

Comprende la utilización de los Amarraderos del Terminal Norte Multipropósito. La Tarifa por este concepto se aplica por metro de Eslora de la Nave y por hora o fracción de hora, Se calcula por el tiempo total que la Nave permanezca amarrada a Muelle, computándose a partir de la hora en que pase la primera espía en la operación de Atraque hasta la hora que largue la última espía en la operación de Desatraque, La Tarifa incluye el servicio de Amarre y Desamarre de la Nave, La presente Tarifa será cobrada a la Nave".

- 21.- De la lectura de las cláusulas citadas se puede advertir que el Contrato de Concesión prevé que los servicios que se brindan en el Terminal Portuario son, en principio, servicios portuarios, respecto de los cuales la Entidad Prestadora se encuentra legitimada a cobrar una tarifa o un precio.
- 22.- Por otro lado, entre las prerrogativas que el Contrato de Concesión otorga a APM, se encuentra la de adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del Terminal Portuario, entre ellas las de establecer sus políticas comerciales y operativas, emitiendo para tales efectos reglamentos internos, encontrándose entre ellos, el Reglamento de Operaciones de APM⁷, aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) mediante Resolución de Gerencia General N° 486-2011-APN/GG.

Contrato de Concesión

"REGLAMENTOS INTERNOS

Página 8 de 14

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

- 23.- Es importante recordar que el Reglamento de Operaciones, es aquel documento que tiene por objetivo regular el funcionamiento operativo y la prestación de los servicios que APM brindará a los usuarios dentro del Terminal Portuario.
- 24.- Siendo así, con relación al uso de amarradero, los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM, vigente a la fecha de sucedidos los hechos⁸, señalan lo siguiente:

"USO DE AMARRADERO

Artículo 72º.- Comprende la utilización de los amarraderos del Terminal Portuario. La tarifa por este concepto se aplica por metro de eslora de la nave y por hora o fracción de hora. Se calcula por el tiempo total que la nave permanezca amarrada al muelle, computándose a partir de la hora en que pase la primera espía en la operación de atraque hasta la hora que largue la última espía en la operación de desatraque. La tarifa incluye el servicio de amarre y desamarre de la nave. La presente tarifa será cobrada a la nave.

La longitud total de la nave (LOA), a ser confirmada por su "International Tonnage Certificate" o en su defecto, Ships Particular. El uso de amarradero a contar desde la recepción de la primera espía de la nave hacia la bita, hasta el desamarre de la última espía antes del zarpe.

Artículo 73º.- En el caso de naves abarloadas, el uso de amarradero se considerará de acuerdo a los criterios antes mencionados".

- 25.- Tal y como se observa del referido reglamento, en lo que se refiere al servicio de uso de amarradero, el alcance de este servicio no solo comprende a las naves que efectivamente son amarradas en el muelle, sino también a aquellas que son abarloadas dentro del Terminal Portuario.
- 26.- Cabe precisar que el abarloamiento es una operación que consiste en amarrar una nave a otra que se encuentra atracada a muelle o fondeada en el área de operaciones acuática de un Terminal⁹.

8.12. La SOCIEDAD CONCESIONARIA pondrá en conocimiento del REGULADOR en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, el procedimiento de aplicación de Tarifas, así como sus políticas comerciales y operativas, los mismos que deberán cumplir con lo dispuesto en las Normas Regulatorias, incluyendo el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

8.13. Asimismo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar a los tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, para la aprobación de la APN los siguientes documentos:

- a) Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.
- b) Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN.

La APN contará con un plazo de sesenta (60) Días Calendario para emitir su pronunciamiento, plazo que empezará a computarse a partir de la presentación de los documentos referidos en el párrafo anterior, De no pronunciarse la APN en el plazo establecido, se entenderá que los documentos presentados han sido aprobados.

(...)"

⁸ Cabe señalar que con fecha 30 de septiembre de 2013 se aprobó el nuevo Reglamento de Operaciones de APM, aprobado mediante Resolución N° 458-2013-APN/GG..

⁹ Véase esta definición en <http://www.aeropac.com.uy/terminospor.html>.

- 27.- Si bien en principio, correspondería afirmar que la definición relacionada con la operación de abarloadamiento, no calzaría dentro del supuesto que debe ocurrir para que la Entidad Prestadora pueda ejercer su derecho al cobro del servicio de uso de amarradero, esto es, que la nave sea amarrada al muelle del Terminal Portuario, tal como se desprende de la lectura de los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM, una nave que realiza una acción de abarloadamiento, cumple con las mismas condiciones de una nave que efectivamente es amarrada al muelle.
- 28.- En tal sentido, resulta razonable que APM realizara el cobro del servicio de uso de amarradero, aun cuando las naves hayan sido abarloadas a otras, en la medida que así lo establece el referido reglamento, el cual además, ha sido aprobado por la APN, ente encargado de regular las actividades y servicios que se brindan dentro de los terminales portuarios, en el presente caso, el Terminal Norte del Callao.
- 29.- Por otro lado, en su artículo 7.1.1.1.1, el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM¹⁰ (en lo sucesivo, Reglamento de Tarifas), señala las condiciones en las que se efectúa el cobro por el uso de amarradero. Asimismo, en la sección 1.1 del Tarifario de APM, se indica que el monto a cobrarse por el referido servicio asciende a U\$S 0.71 por hora o fracción, contados desde la recepción de la primera espía de la nave hasta el desamarre de la última espía antes del zarpe de esta última.
- 30.- Es importante recalcar, que la apelante no podría alegar desconocimiento de las estipulaciones establecidas en el Reglamento de Operaciones, Reglamento de Tarifas y Tarifario de APM, puesto que, tal y como este Tribunal ha establecido en casos anteriores,¹¹ las condiciones comerciales de las Entidades Prestadoras son cláusulas generales de contratación que van regir la relación contractual entre el prestador del servicio y el usuario, las que conjuntamente son aceptadas por las partes.
- 31.- Siendo así, APM se encuentra facultado a realizar el cobro por concepto de uso de amarradero, al haberse verificado que la nave TRAMAX tuvo que ser abarloada a la nave MN OCEAN PROSPERITY, a efectos de brindar el servicio de suministro de combustible a esta última.

Respecto del abastecimiento de combustible como "servicio esencial" y la inaplicación del REMA

- 32.- En el punto iii) de la Cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, se establece que "la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada

¹⁰ Versión 1.9, vigente a la fecha de sucedidos los hechos.

¹¹ En ese sentido, en la Resolución N° 3 emitida en el Expediente N° 012-2009-TSC-OSITRAN se señaló lo siguiente: "Dentro de este contexto, las reglas del tarifario de ENAPU, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1392 del Código Civil, constituyen cláusulas generales de contratación, que de ser aceptadas por el usuario, serán las condiciones contractuales que regirán su relación con la entidad prestadora respecto de los servicios que se brinden. Estas condiciones serán aquellas que estuvieron vigentes al momento de perfeccionarse el contrato, vale decir al momento de la aceptación. La finalidad de este tipo de mecanismos contractuales es disminuir los costos de transacción para arribar a un contrato" (considerando 31 de la Resolución).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

uno de los Servicios que se pueden brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión

- 33.- De ello, se deriva que APM está facultado a brindar los Servicios que considere pertinente en condiciones de exclusividad. No obstante, de la lectura de la citada cláusula 1.23.97, que regula la definición de Servicios, el concesionario está en libertad de declinar este derecho y permitir que otras empresas ingresen a prestarlos:

"1.23.97 Servicios

Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales."

[Subrayado nuestro]

- 34.- Cabe señalar que, de conformidad con el artículo 65 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional (en adelante, RLSPN), aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC y sus modificatorias, el abastecimiento de combustible constituye un servicio portuario, por lo que el mismo, en línea con las cláusulas 1.29.97 y 2.7 del Contrato de Concesión, podrá ser prestado por APM de manera directa (exclusiva) o mediante terceros, sin perder, en este último caso la Entidad Prestadora, la responsabilidad por la adecuada prestación del servicio, de acuerdo con la cláusula 2.8 de dicho Contrato de Concesión¹².
- 35.- Ahora bien, debe tenerse presente que, y como bien han señalado las partes, en situaciones normales, para el ingreso de terceros a la infraestructura esencial a fin de que puedan prestar el referido servicio, es necesaria la aplicación del REMA de OSITRAN, aprobado por Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias. De acuerdo al reglamento, el abastecimiento de combustible constituye una servicio esencial (Anexo 2 del REMA), para lo cual resulta indispensable el uso de facilidades esenciales (Anexo 1 del REMA)¹³, pudiendo en este caso la Entidad Prestadora y el usuario intermedio, firmar un contrato de acceso u OSITRAN, en caso no exista acuerdo entre las partes, disponer un mandato de acceso con el correspondiente cargo de acceso (pago por el uso de las facilidades esenciales).



¹² "La SOCIEDAD CONCESIONARIA es la única responsable frente al CONCEDENTE del cumplimiento de las obligaciones que le impone el presente Contrato de Concesión, por lo que no estará exenta de responsabilidad aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de los contratos que celebre con sus contratistas o proveedores o de las acciones de éstos."

¹³ Anexo 1: Lista de Facilidades Esenciales sujetas al REMA

PUERTOS

- * Señalización portuaria.
- * Obras de abrigo o defensa.
- * Poza de maniobras y rada interior.
- * Muelles.
- * Amarraderos.
- * Vías y áreas de tránsito interno.
- * Áreas para atención de pasajeros y equipaje.
- * Áreas de Maniobras.
- * Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución.
- * Áreas de parqueo de equipos.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

- 36.- Sin embargo, en el presente caso esta posibilidad no es aplicable debido a que la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión claramente ha excluido la aplicación del REMA:

"Cláusula 2.7

(...)

Las Partes y la APN reconocen que en aplicación de lo establecido en el numeral 11.3 del artículo 11 de la LSPN modificado por el Decreto Legislativo N°1022, no serán de aplicación al presente Contrato de Concesión las normas del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N°014-2003-CD/OSITRAN, modificado por la Resolución del Consejo Directivo N°054-2005-CD/OSITRAN o aquella norma que la sustituya, salvo en el caso de los servicios de practica y remolaje.

[Subrayado y sombreado es nuestro]

- 37.- En consecuencia, podemos concluir que para la prestación del servicio de abastecimiento de combustible en el Terminal Portuario, APM está facultado a proveer dicho servicio portuario de manera exclusiva o a través de terceros, no siendo de aplicación en este último caso, las reglas del REMA por disposición expresa del contrato de concesión suscrito entre el Estado y APM.
- 38.- En efecto, en el caso de que el servicio de abastecimiento de combustible fuera brindado de manera exclusiva por APM, sí correspondería la fijación de una tarifa, puesto que constituiría un servicio portuario.
- 39.- Por otro lado, si el servicio de abastecimiento de combustible fuera brindado en condiciones de competencia, APM estaría facultada a cobrar un precio.
- 40.- Sin embargo, el servicio de abastecimiento de combustible que TRAMARSA brinda en el Terminal Portuario en calidad de tercero, no está sujeto a una tarifaria o a un precio y tampoco a un cargo de acceso en virtud de lo establecido en el artículo 2.7 del Contrato de Concesión.

Respecto de la inclusión en el Tarifario de APM del servicio denominado "uso de amarradero para suministro de combustible"

- 41.- Al respecto, TRAMARSA señaló que en caso APM se encontrara habilitada para el cobro de uso de amarradero, en el supuesto de que un usuario utilizara la infraestructura portuaria para brindar servicios de abastecimiento de combustible, tal facultad tendría que estar contemplada expresamente en el Tarifario de la Entidad Prestadora.
- 42.- Sobre el particular, el artículo 4° del Reglamento de Tarifas de OSITRAN (en adelante, RETA), aprobado por Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias, establece lo siguiente:

"Artículo 4.- Ámbito de aplicación

El presente Reglamento es de aplicación al procedimiento de fijación, revisión y desregulación de las tarifas de las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, ya sea en virtud a título legal o contractual."

[Subrayado es nuestro].

- 43.- A su vez, el artículo 3 del RETA define los términos "Fijación de Tarifas" e "Infraestructura de Transporte de Uso Público" de la siguiente manera:

"Fijación de Tarifas: Es el procedimiento administrativo que lleva a cabo el OSITRAN, conducente a la determinación de las Tarifas, peajes o cobros similares, aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público por parte de las Entidades Prestadoras, cuando se haya determinado previamente que los servicios en cuestión no se prestan en condiciones de competencia en el mercado."

"Infraestructura de Transporte de Uso Público: Es el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o se permite el intercambio modal, y por el cual se cobra una contraprestación. La infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, vial u otras infraestructuras públicas de transporte."

- 44.- De esta manera, el RETA establece que los servicios brindados por las Entidades Prestadoras, únicamente serán materia de fijación tarifaria, en caso resulten derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público. En tal sentido, en la medida que la habilitación a terceros del acceso a la infraestructura, no constituye un servicio, no correspondería que sea materia de regulación tarifaria, en todo caso, calificaría como un supuesto de acceso a facilidades esenciales, cuyo régimen se regula por el REMA.
- 45.- En el presente caso, se puede advertir que lo propuesto por TRAMARSA (fijar una tarifa para el uso de muelle con el fin de que los usuarios puedan brindar el servicio de abastecimiento de combustible), configuraría en realidad, establecer un cargo de acceso, puesto que está relacionada con la prestación de un servicio esencial (abastecimiento de combustible).
- 46.- Al respecto, la cuestión planteada por TRAMARSA no resulta procedente ya que APM, puesto que como hemos señalado en los considerandos 36 al 40 de la presente resolución, APM no realiza cobro alguno por la prestación del servicio de abastecimiento de combustible en la medida que no lo brinda de manera exclusiva, ni en competencia y tampoco está facultada a cobrar un cargo de acceso, en virtud de la referida cláusula 2.7 del Contrato de Concesión.
- 47.- Finalmente, es importante recalcar que la factura N° 003-0002220, materia del presente reclamo, no fue emitida en virtud de la prestación del servicio de abastecimiento de combustible, sino, únicamente, por el servicio de uso de amarradero derivado de la acción de abarloadamiento que realizó la nave TRAMAX de TRAMARSA.
- 48.- En consecuencia, conforme a lo expuesto a lo largo de la presente resolución, APM se encuentra habilitada a realizar el cobro de dicha factura, como parte de los servicios brindados a las naves, de acuerdo con lo establecido tanto en el Contrato de Concesión, como en el Reglamento de Operaciones y Tarifario de APM.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 123-2013-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

49.- Siendo así, al haber verificado que APM brindó el servicio de uso de amarradero a TRAMARSA de conformidad con lo establecido en Reglamento de Operación y Tarifario de APM, corresponde desestimar el recurso de apelación presentado por la apelante.

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente APMTTC/CS/433-2013, expedida por APM TERMINALS CALLAO S.A. que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. relacionado con factura N° 003-0002220 referido al cobro por el servicio de uso de amarradero; quedando así agotada 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
OSITRAN

¹⁴ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:
Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Integrar la resolución apelada;
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".