



EXPEDIENTE : 92-2017-TSC-OSITRAN
APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CL/0183-2017.

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 30 de noviembre de 2017

SUMILLA: *Procederá el cobro del servicio de uso de área operativa por parte de la Entidad Prestadora luego de vencido el periodo de libre almacenamiento, cuando la permanencia de la carga en las instalaciones del terminal ocurra por causa imputable al usuario.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en adelante, TRAMARSA o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/183-2017 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora) y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 21 de abril de 2017, TRAMARSA interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de las facturas N° 002-159040 y F002-159041 emitidas por un monto total ascendente a US\$ 1 951.72 (mil novecientos cincuenta y uno con 72/100 dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de uso de área operativa – importación (contenedores), argumentando lo siguiente:
 - i. Si bien los contenedores vinculados con las facturas cuestionadas permanecieron horas en exceso dentro de las instalaciones de APM; el cobro que pretende realizar la Entidad Prestadora no se encuentra justificado debido a que dicha permanencia se debió a causas que no le son atribuibles, pues aún actuando con diligencia se encontraba impedido de evitar el referido exceso de permanencia en el Terminal Portuario.



- ii. La permanencia de los contenedores que excedieron el periodo de libre almacenamiento se debió única y exclusivamente a la congestión vehicular existente fuera del Terminal Portuario.
 - iii. Dicha congestión e inconvenientes con el sistema de entrega de contenedores se origina al interior del recinto portuario y no al exterior y se da como consecuencia de la deficiente prestación en el servicio por parte de APM.
 - iv. En efecto, la insatisfacción y acumulación de carga no atendida dentro de los plazos razonables, son consecuencia de un bajo nivel de servicio y productividad de la Entidad Prestadora, lo que viene originando sobrecostos que como usuarios no les corresponde asumir.
 - v. APM debe de realizar un análisis acerca del tiempo promedio de atención en su sistema de atención de camiones, pues ello evidenciaría que no viene cumpliendo con el tiempo exigido en su Contrato de Concesión.
- 2.- A través de la Resolución N° 1, notificada el 2 de junio de 2017, APM resolvió el reclamo presentado por TRAMARSA declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
- i.- El artículo 7.1.1.3.1. del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM y el numeral 1.3.1 señalan lo siguiente:

"7.1.1.3.1 Uso de área operativa-contenedores llenos de desembarque (excepto transbordo) (numeral 1.3.1 del Tarifario).

Este servicio consiste en el uso del área operativa para contenedores llenos de desembarque, excepto transbordo, uso de área operativa que hasta por cuarenta y ocho (48) horas resulta libre de ser facturado por encontrarse incluido en el Servicio Estándar. El tiempo libre se contabilizará a partir del fin de la descarga total de la nave.

El servicio correspondiente al día calendario tres (03) en adelante será facturado por día o fracción de día. Este periodo de almacenamiento es un servicio especial no regulado.

El tiempo de almacenamiento o uso de área operativa se contabilizará a partir del fin de la descarga total de la nave y culminará con la salida del contenedor del patio del Terminal."

Es decir, el periodo de libre almacenamiento para contenedores de desembarque es de 48 horas y su contabilización inicia al finalizar la descarga total de la nave.

- ii.- Los correos electrónicos que TRAMARSA presenta como medios probatorios a fin de acreditar una presunta congestión vehicular, no acreditan que la demora en el recojo



de la carga se hubiese producido por dicha causa y que esta congestión se hubiese producido por hechos atribuibles a APM.

- iii.- Asimismo, de las imágenes de GPS correspondientes a la ubicación de las unidades de transporte de TRAMARSA fuera del Terminal, no se puede verificar si corresponden a la operación de descarga de la nave MSC CAPELLA y, de ser así; no existe identificación de la fecha y hora en la cual fueron capturadas, del tiempo de permanencia de los camiones de acuerdo a su ubicación o de las demoras en el ingreso de los camiones originados por responsabilidad de APM.
- iv.- La cláusula 8.1 del Contrato de Concesión dispone que APM sólo debe asumir responsabilidad por la prestación de los servicios portuarios que se encuentran bajo su cargo en el Terminal Norte Multipropósito, lo que incluye los actos y omisiones de su personal. En ese sentido, la congestión de unidades en el exterior del puerto no le es atribuible, toda vez que no puede responsabilizarse respecto de hechos u obligaciones ajenos a su competencia.
- v.- En ese sentido, TRAMARSA no ha acreditado la existencia de demoras en la atención en el Terminal Portuario debido a una supuesta congestión interna y/o externa, ni que la alegada congestión o la demora en la atención se hubiese debido a causas imputables a APM, por lo que no podrían asumir dicha la responsabilidad.
- vi.- Con relación al incumplimiento de los Niveles de Servicio y Productividad, en el anexo 3 del Contrato de Concesión (niveles de Servicio y Productividad), se establece que el promedio de atención para el retiro de mercancía no debe ser mayor a 30 minutos, contabilizados desde el ingreso de los camiones al terminal hasta su retiro de las instalaciones de APM. El promedio que viene alcanzando es por la totalidad de sus operaciones durante un trimestre y no por cada operación, por lo que el argumento de TRAMARSA no resulta válido para justificar su exoneración al cobro por uso de área operativa.
- vii.- Por otro lado, la descarga de la nave MSC CAPELLA finalizó el 12 de febrero de 2017 a las 17:45 horas, motivo por el cual los días libres de almacenamiento de la mercadería culminaron el 14 de febrero de 2017 a las 17:45 horas. Luego de dicho plazo, APM se encontraba facultada a cobrar el tiempo adicional de permanencia de la mercadería en sus instalaciones.
- viii.- En ese sentido, cumplió con comunicar a TRAMARSA la fecha y hora de descarga de la nave mediante correo electrónico del 12 de febrero de 2017 a las 18:00 horas.
- ix.- El cobro de la factura N° Foo2-159040 se justifica en tanto que del reporte de movimiento de camiones (autorización N° 252158), se verifica que 41 contenedores fueron retirados fuera del periodo de libre almacenamiento, conforme figura en el detalle de dicha factura.



- x.- Asimismo, respecto de la factura N° Foo2-159041, del reporte de movimiento de camiones (autorización N° 252143) se verifica que 30 contenedores se retiraron fuera del periodo de libre almacenamiento conforme figura en el detalle de factura.
- 3.- Con fecha 22 de junio de 2017, TRAMARSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando además lo siguiente:
- i.- Resulta importante determinar cuáles fueron las causas que generaron el cobro por el uso de área operativa, pues estas no le podrían ser imputables ya que serían responsabilidad de APM.
 - ii.- 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.
 - iii.- La demora en el retiro de la mercadería dentro de las 48 horas de libre almacenamiento se debe a la congestión de unidades fuera del Terminal, lo que fue puesto en conocimiento de APM, a quien se le solicitó brindar apoyo pues sus unidades venían siendo atendidas con cinco a seis horas de retraso.
 - iv.- La existencia de congestión e inconvenientes para el ingreso y salida de camiones del Terminal se debe a la insatisfacción y acumulación de carga no atendida dentro de plazos razonables, como consecuencia de un bajo nivel de servicio y productividad de APM, lo que viene originando sobrecostos que como usuarios no les corresponde asumir.
 - v.- Las unidades de transporte que se observan en las imágenes de GPS, son aquellas que correspondían a la operación de descarga de la nave MSC CAPELLA. En todo caso, APM podría corroborar que los números de las placas corresponden a dichas unidades.
 - vi.- Por otro lado, conforme al correo electrónico enviado por APM, el 7 de enero de 2017, existieron inconvenientes con el sistema de balanzas, lo que habría generado el retraso en el cumplimiento del cronograma establecido; sin embargo, dicha comunicación no fue remitida oportunamente.
 - vii.- Conforme se verifica en la resolución emitida por OSITRAN en el expediente 73-2013, los usuarios tienen derecho a recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que la entidad prestadora brinda a fin de utilizarlos



integralmente. Asimismo, señala dicha resolución que corresponde a APM probar que cumplió con comunicar adecuada y oportunamente a TRAMARSA 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. Dicha información puede ser remitida por correo electrónico o cualquier otro medio.

viii.- La información que APM debe brindar a los usuarios resulta necesaria ya que es en base a esta que planifican el cumplimiento de sus obligaciones a efectos de evitar cobros innecesarios.

4.- El 14 de julio de 2017, 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° 1 y añadiendo lo siguiente:

i.- El alcance del principio de razonabilidad está previsto para actos de gravamen que una entidad pública puede emitir en contra de los administrados; sin embargo, el cobro por uso de área operativa efectuado por APM es de carácter contractual, conforme a las tarifas y a la potestad del órgano regulador, no constituyendo un acto de gravamen.

ii.- En ese sentido, el cobro de uso de área operativa realizado por APM, no representa una sanción en contra del administrado, sino que es consecuencia de un derecho que le ha sido conferido. Por tanto, el principio de razonabilidad alegado por TRAMARSA no resulta de aplicación en el presente procedimiento.

iii.- Respecto de los presuntos inconvenientes con el sistema de balanzas, los cuales habrían impedido el normal ingreso de camiones al Terminal Portuario, el correo electrónico de fecha 7 de enero de 2017 presentado por TRAMARSA, no guarda relación con el reclamo materia del presente procedimiento, en tanto que las operaciones de la nave MSC CAPELLA fueron efectuadas en el mes de febrero de 2017.

iv.- Asimismo, los correos electrónicos remitidos a APM no acreditarían que la demora en recoger la mercadería se hubiera producido por la alegada congestión vehicular o que esta sea atribuible a APM.

v.- TRAMARSA se dedica a actividades logísticas en puertos, por lo que se encuentra en mejor posición a efectos de destinar sus unidades para el retiro oportuno de sus contenedores dentro del plazo de libre almacenamiento, motivo por el cual debió prever y tomar las acciones correspondientes.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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



- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1 de APM.
- ii.- Determinar si corresponde el cobro realizado a TRAMARSA de las facturas N° Foo2-159040 y Foo2-159041 materia de reclamo, emitidas por concepto de uso de área operativa-importación por parte de APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 6.- De la revisión del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de TRAMARSA respecto del cobro de dos facturas por parte de APM por concepto de uso de área operativa. Al respecto, el artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), establece que el procedimiento de solución de reclamos de usuarios ante las entidades prestadoras, comprende, entre otros, los reclamos sobre la facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura¹. Dicho supuesto también se encuentra recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM² (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM); por lo que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 7.- 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

¹ 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 prestadora¹.

² Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

"3.5.3 Materia de Reclamos

3.5.3.1 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.

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 pura 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



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.

- 8.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 fue notificada a TRAMARSA el 2 de junio de 2017.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo TRAMARSA para interponer el recurso de apelación venció el 23 de junio de 2017.
 - iii.- TRAMARSA apeló con fecha el 22 de junio de 2017, es decir, dentro del plazo legal.
- 9.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas y cuestiones de puro derecho al cuestionarse el cobro realizado a TRAMARSA, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁶.
- 10.- 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

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

- 11.- De acuerdo con el Contrato de Concesión⁷, APM presta dos clases de servicios portuarios: estándar y especial. El literal b) de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece que el servicio estándar a la carga comprende los servicios de descarga o embarque de cualquier tipo de carga, entre ellas, la contenedorizada⁸.

⁶ 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".

⁶ TUO de la LPAG

"Artículo 218 - 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".

⁷ 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.

⁸ 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.

- 12.- La mencionada cláusula también señala 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 en el caso de operaciones de importación⁹.
- 13.- En ese sentido, más allá de estas 48 horas en el caso de importación, se aplicará al servicio de almacenamiento una tarifa preestablecida en el Contrato de Concesión a partir del día calendario 4 al 6 o un precio a partir del séptimo día. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el numeral 1.23.87 del Contrato de Concesión, señala que el monto que cobre APM por el almacenamiento a partir del día 7 lo determina libremente, puesto que no está sujeto a regulación¹⁰.
- 14.- En el presente caso nos encontramos frente al cuestionamiento de facturas emitidas con relación al plazo de libre almacenamiento de carga con destino de importación, por lo que de acuerdo con lo establecido en la referida cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el plazo de dicho periodo se contabilizara una vez que se han culminado las operaciones de descarga de la nave.
- 15.- Ahora bien, tal como se desprende de los actuados en el expediente, TRAMARSA señala que la razón por la cual no se pudo retirar los contenedores de importación relacionados con la factura impugnada dentro del periodo de libre almacenamiento, obedece a causas atribuibles a APM, al existir congestión vehicular al ingreso de las unidades de transporte del recinto portuario, agregado a la lentitud en las balanzas, situación que no fue comunicada oportunamente a fin de cumplir con el cronograma establecido.

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.

⁹ Contrato de Concesión APM

8.19 Servicios Estándar

(...)

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

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

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

¹⁰ Contrato de Concesión APM

1.23.87. Precio

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

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



16.- Por su parte, APM manifiesta que la factura fue correctamente emitida en la medida que la apelante habría procedido a retirar sus contenedores con posterioridad al plazo de libre de almacenamiento, por causas atribuibles a su responsabilidad, correspondiéndole cobrar por el servicio facturado. Asimismo precisó que se cumplió con comunicarle la fecha y hora de descarga y que el medio probatorio presentado por TRAMARSA para acreditar la supuesta lentitud en las balanzas no está relacionado con el presente procedimiento.

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

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

18.- 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".

[El subrayado y resaltado agregado son nuestros]

19.- 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 cuenta. 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.¹¹

- 20.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesaria de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el Contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

c) Con relación al cómputo del plazo de libre almacenamiento para contenedores de importación

- 21.- En la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

"8.19 **SERVICIOS ESTÁNDAR**

Son aquellos servicios que, durante el período de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. Comprenden en el caso de embarque desde que la carga ingresa al Terminal Norte Multipropósito hasta que la Nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de la descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro de la carga por el Usuario.

Asimismo, tanto en el caso de embarque como en 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 cualquier cargo por 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."

[El subrayado y resaltado es nuestro]

- 22.- Como se observa de la referida cláusula, el cómputo del plazo de libre almacenamiento de la carga con destino de importación se inicia una vez que se han culminado las operaciones de descarga total de la nave.

- 23.- Al respecto, el literal b) de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión complementa el artículo antes mencionado, señalando que dentro del servicio estándar de carga contenedorizada, el almacenamiento libre de pago dentro del Terminal Portuario, corresponde al plazo de 48 horas.

- 24.- En ese sentido, luego de las 48 horas contabilizadas a partir del término total de la descarga, se cobrará al servicio de almacenamiento de acuerdo con la tarifa preestablecida en el

¹¹ 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.



Contrato de Concesión a partir del día calendario 4 al 6, y luego se cobrará un precio a partir del séptimo día, tal y como lo establece el numeral 1.23.87 del Contrato de Concesión¹².

d) Con relación al cómputo del plazo del servicio de Uso de Área Operativa

- 25.- Tal y como se desprende de los actuados del expediente, para el desembarque de contenedores, la Entidad Prestadora establece como periodo de libre de almacenamiento 48 horas desde el momento en que se produce el término total de la descarga de la nave. Culminado este plazo, APM empieza a contabilizar el tiempo del servicio de uso de área operativa, cuyo cómputo comienza desde el momento en que finaliza dicho periodo (libre almacenamiento) hasta las 23:59 horas como el primer día del servicio, ocurriendo que en adelante, computa los días desde las 00:00 horas hasta las 23:59 horas.
- 26.- Ahora bien, respecto al cómputo del plazo relacionado con el uso de área operativa, 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:

" (...) si bien el numeral 4 del artículo 183 del Código Civil establece que el cómputo del plazo excluye el día inicial, dicha disposición no sería aplicable para el caso de contenedores, puesto que, como se ha indicado, el Contrato de Concesión prescribe que el plazo libre es de 48 horas, cómputo que está incluyendo el día inicial, con lo cual al término dicho plazo empieza el cómputo del día 3 por el cual APM está autorizada a cobrar, de conformidad con el Anexo 5 de dicho Contrato de Concesión. Realizar el cómputo de otra manera significaría otorgar más de 48 horas libres a los contenedores, situación que no está prevista en el Contrato de Concesión

En tal sentido, bajo el amparo del artículo 184 del Código Civil, en el Contrato de Concesión con relación al cómputo de días libres para contenedores se ha excluido la regla del numeral 4 del artículo 183 de dicho cuerpo normativo. "

[El subrayado es nuestro]

- 27.- Respecto a la fracción de día como un día completo considerado por APM, conviene considerar lo que señala el Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN:

"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

¹² Contrato de Concesión APM

¹³ 1.23.87. Precio

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

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

¹⁴ 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.



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.

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."

- 28.- Como se verifica en el mencionado informe, las áreas técnicas de OSITRAN han precisado que la regla establecida en el numeral 4 del artículo 183 del Código Civil, no aplica para computar el plazo relacionado con el uso del área operativa, puesto que, tal como lo permite el artículo 184 del referido texto legal¹⁴, dicha condición ha sido modificada por el Contrato de Concesión, el cual establece de manera expresa que finalizado el periodo de libre almacenamiento de la carga contenedorizada, APM tiene derecho al cobro de la tarifa correspondiente.
- 29.- A la luz de lo expuesto anteriormente, este Tribunal considera que culminadas las 48 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 23:59 horas de ese mismo día, 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 horas¹⁵.
- 30.- Ahora bien, considerar una interpretación en contrario, esto es, que desde el momento del día en que finaliza el periodo de libre almacenamiento (por ejemplo desde las 20:40 horas hasta las 23:59 horas de dicho día) no se cobre el servicio de uso de área operativa, implicaría extender el plazo de 48 horas contrariamente a lo establecido en el Contrato de Concesión.
- 31.- En efecto, 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 y por ende, desde qué

¹⁴ Código Civil

"Reglas extensivas al plazo legal o convencional

Artículo 184.- Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente".

¹⁵ Contrato de Concesión

ANEXO 5

REGIMEN TARIFARIO

I. ESTRUCTURA TARIFARIA Y NIVEL TARIFARIO

(...)

Servicio Especiales con Tarifas

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



momento se habilita a la Entidad Prestadora a realizar el cobro por sus servicios, en este caso, por el de uso de área operativa.

- 32.- En tal sentido, habiéndose determinado la manera correcta de contabilizar tanto el periodo de libre almacenaje, como el cómputo del plazo del servicio de uso de área operativa; corresponde determinar si la factura objeto de cuestionamiento fue emitida correctamente.

e) **De la operación de descarga, periodo de libre almacenamiento y retiro de contenedores**

- 33.- En el documento denominado "Terminal Data Report" (TDR) presentado en el expediente, se verifica que el término de la descarga de la nave MSC CAPELA se desarrolló conforme al siguiente detalle:

FACTURA	NAVE	MANIFIESTO	F. TERMINO DESCARGA	H. TERMINO DESCARGA
002-159040	MSC CAPELA	2017-00352	12/02/2017	17:45
002-1159041	MSC CAPELA	2017-00352	12/02/2017	17:45

- 34.- Ahora bien, de acuerdo con el documento denominado "Detalle de Factura Almacenamiento", se logra apreciar que el periodo de libre corresponde al siguiente detalle:

FACTURA	NAVE	FECHA Y HORA DE TERMINO DESCARGA	FECHA Y HORA LÍMITE DE PERIODO DE LIBRE ALMACENAMIENTO
002-159040	MSC CAPELA	12/02/2017 17:45	14/02/2017 17:45
002-159041	MSC CAPELA	12/02/2017 17:45	14/02/2017 17:45

- 35.- Conforme al detalle antes indicado, se considerará como fecha límite de periodo libre de almacenamiento, el 14 de febrero de 2017 a las 17:45 indicado por APM, lo que no ha sido cuestionado por TRAMARSA, razón por la cual no constituye un punto controvertido del presente procedimiento.

f) **Respecto del cobro de las facturas F002-159040 y F002-159041**

- 36.- Mediante las facturas N° 002-159040 y N° 002-159041, APM efectuó el cobro del servicio de uso de área operativa fuera del periodo de libre almacenamiento en el que habrían incurrido los contenedores descargados de la nave MSC CAPELLA, verificando del movimiento de camiones¹⁶ que los mismos fueron retirados entre el 14 de febrero de 2017 a las 17:51 horas y el 15 de febrero de 2017 a las 08:53 horas.

- 37.- Ahora bien, de los correos electrónicos presentados por TRAMARSA y APM relacionados con la nave MSC CAPELLA, se evidencia lo siguiente:

¹⁶ Ver fojas 105 al 108 y 112 y 113



- El término total de la descarga de la nave MSC CAPELLA, corresponde al 12 de febrero de 2016 a las 17:45 horas.
- El 12 de febrero de 2017 a las 18:01 horas APM comunicó a TRAMARSA el término de la descarga de la nave MSC CAPELLA
- El 14 de febrero de 2017 a las 19:05 horas, TRAMARSA envió un correo electrónico a APM solicitando la optimización en el tráfico vehicular indicando la existencia de congestión con los accesos al Terminal Portuario, precisando que 25 de sus unidades se encontraban a la espera de ser atendidas.
- El 14 de febrero de 2017 a las 19:22 horas, TRAMARSA envió un nuevo correo electrónico a APM solicitando su apoyo para el ingreso de sus camiones los cuales se habrían encontrado esperando por más de dos (2) horas debido a la existencia de congestión en las instalaciones del Terminal Portuario, situación que impediría el retiro de descarga.
- El 14 de febrero de 2017 a las 20:15 horas, TRAMARSA remitió nuevamente un correo electrónico a APM reiterando que 30 de sus unidades se encontrarían en el antepuerto esperando por más de tres (3) horas debido a la congestión vehicular existente.

38.- Al respecto, cabe señalar que de los medios probatorios presentados, no se acredita que sus unidades de transporte hayan ingresado al Terminal Portuario oportunamente y que hubieran permanecido en dichas instalaciones, por razones atribuibles a APM, durante una extensión de tiempo que generara que su mercadería permaneciera en el interior del terminal más allá del plazo de libre almacenamiento.

39.- En efecto, TRAMARSA no ha acreditado fehacientemente a lo largo del procedimiento, que la congestión alegada le hubiese impedido retirar su mercadería dentro del periodo de libre almacenamiento, ni que dicha congestión fuera atribuible a APM.

40.- TRAMARSA ha manifestado que en el presente caso, correspondía que APM les hubiera comunicado adecuada y oportunamente; cualquier aspecto relevante que generara que el desembarque se realizaría más allá de las 48 horas de libre almacenamiento, conforme al criterio establecido por este Tribunal al resolver el expediente 73-2016-TSC-OSITRAN.

41.- Al respecto, cabe señalar que dicho criterio fue establecido en un procedimiento en el cual se tramitó un reclamo vinculado a un cobro por uso de área operativa – exportación (estando vigente las 48 horas de libre almacenamiento), en el cual se evidenciaba que una vez ingresada la mercancía al terminal portuario por parte del usuario, el embarque de dicha mercadería quedaba bajo la esfera de control del operador portuario. En atención a ello, el Tribunal consideró que correspondía a APM comunicar oportunamente al usuario sobre las



circunstancias de la operación que pudieran provocar que el embarque de contenedores excedería las 48 horas de libre almacenamiento.

- 42.- Sin embargo, en el presente caso, el procedimiento ventilado se refiere a un cobro por uso de área operativa – importación, en donde la esfera de control del recojo de la mercancía está en el usuario –excepto deficiencias operativas internas del operador portuario-, desde el momento en el cual se inicia el transcurso del periodo de las 48 horas de libre almacenamiento, cuya fecha y hora debió de ser adecuada y oportunamente comunicada por la Entidad Prestadora. En efecto, correspondía al usuario, en el presente caso TRAMARSA, realizar las gestiones necesarias y adoptar las precauciones del caso para el retiro oportuno de su mercancía del terminal portuario. En atención a lo expuesto, corresponde desestimar el argumento formulado por TRAMARSA en este extremo.
- 43.- De otro lado, en referencia a los bajos niveles de servicio y productividad en la prestación del servicio alegados, el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN¹⁷, establecen que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización es la encargada de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes como la atención de camiones).
- 44.- En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, respecto de los niveles de servicio y productividad a los que está obligada APM contractualmente, se advierte algún incumplimiento por parte de ésta última, corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente¹⁸, no correspondiendo al Tribunal pronunciarse sobre dicha materia al no encontrarse dentro de sus competencias.
- 45.- En consecuencia, verificándose que TRAMARSA no ha logrado acreditar lo alegado a lo largo del procedimiento administrativo, corresponde confirmar la Resolución N° 1, emitida

¹⁷ Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2. - Definiciones

(...)

g) *Órgano Supervisor: Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras".*

"Artículo N° 08. - Supervisión de aspectos operativos

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

(...)

e) *Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidos contractualmente para la infraestructura de transporte."*

¹⁸ Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN

"Artículo 7° *Órganos competentes*

El órgano competente para la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores es la Gerencia de Supervisión.

El órgano resolutorio, en primera instancia es la Gerencia General de OSITRAN.

El órgano resolutorio, en segunda instancia es el Consejo Directivo de OSITRAN."



por APM, en la medida que la factura objeto de cuestionamiento fue correctamente emitida.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁹;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0183-2017, que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A. por el cobro de la factura N° 002-159040 y 002-159041, emitidas por el servicio de uso de área operativa – contenedores de importación.

SEGUNDO.- DECLARAR que con la presente resolución queda agotada la vía administrativa.

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

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

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**

¹⁹ **Reglamento de Reclamos de 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".