



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 061-2018-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 061-2018-TSC-OSITRAN
APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CL/0544-2017.

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 30 de mayo de 2018

SUMILLA: *Corresponde confirmar la Resolución N° 1 emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A., que declaró infundado el reclamo presentado por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A., en la medida que procede el cobro del servicio de uso de área operativa-importación 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 portuario ocurre por causas imputables 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/0544-2017 (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 diciembre de 2017, TRAMARSA interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de las facturas N° Foo2-230205, Foo2-230210 y Foo2-23022; emitidas por un monto total ascendente a US\$ 15 670.88 (Quince mil seiscientos setenta con 88/100 dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de uso de área operativa – importación (contenedores), argumentando lo siguiente:
 - i. Manifiestan su disconformidad con la emisión de las facturas, toda vez que incurrieron en el servicio de Uso de Área Operativa de contenedores llenos de importación por causas no imputables a TRAMARSA; consecuencia de lo cual, no corresponde que APM realice el cobro de las facturas.



- ii. Si bien los contenedores vinculados con las facturas cuestionadas permanecieron más de cuarenta y ocho (48) horas dentro de las instalaciones de APM, incurriendo en el servicio especial regulado de uso de área operativa, por el que corresponde el cobro de una tarifa, de conformidad con el artículo 7.1.1.3.1 y el literal b) del artículo 2.1.1 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM; debe tenerse presente que aún cuando ello se encuentre regulado, no implica que el cobro que pretende realizar APM sea justificado y legítimo.
- iii. La permanencia de los contenedores más de las 48 horas señaladas se debió única y exclusivamente a la demora en la recepción y atención de los camiones destinados a recoger mercadería del Terminal Portuario; por lo que el exceso de permanencia en el Terminal Portuario se debió a causas no atribuibles a TRAMARSA.
- iv. La demora en la atención por parte de APM es la causa generadora de grandes colas fuera del Terminal Portuario, sin embargo, la Entidad Prestadora pretende desconocer dicho hecho valiéndose en el Contrato de Concesión, señalando que solo es responsable por las operaciones portuarias, así como por los actos y omisiones del personal a cargo de las operaciones dentro del recinto portuario.
- v. La congestión e inconvenientes en la entrega de contenedores se originan al interior del recinto portuario y no al exterior, dado que las colas no son solo externas, sino que se originan en el antepuerto y ocurren como consecuencia de la deficiente prestación del servicio por parte de APM.
- vi. Es innegable que existe congestión vehicular, así como grandes colas para el ingreso y salida de las distintas unidades de transporte; asimismo, la congestión al ingreso y salida del Terminal Portuario es generada por la acumulación de carga no atendida dentro de los plazos razonables, como consecuencia de los bajos niveles de servicio y productividad de la Entidad Prestadora, lo que viene originando sobrecostos que como usuario no le corresponde asumir.
- vii. Como prueba de sus afirmaciones, presentó capturas de pantalla de la ubicación de sus unidades paralizadas dentro del antepuerto de APM durante las fechas de emisión de las facturas reclamadas.
- viii. De acuerdo con el artículo 57 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cobro de las facturas objeto de reclamo constituye una práctica abusiva, debido a la situación de desventaja del usuario frente a APM, en la medida que en sus operaciones de comercio exterior debe de utilizar necesariamente sus servicios.
- ix. Los cobros excesivamente onerosos que APM pretende efectuar demuestran que dicha Entidad Prestadora no considera las circunstancias especiales que se vinculan a la prestación de sus servicios, las cuales representan una situación de desventaja para el usuario y una de ventaja económica para el proveedor.



- x. APM debe de realizar un análisis acerca del tiempo promedio 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 15 de enero de 2018, APM resolvió el reclamo presentado por TRAMARSA declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
- i.- El artículo 7.1.1.3.1. de su Reglamento de Tarifas y Política Comercial y el numeral 1.3.1 del referido Reglamento 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.- Analizando el cómputo de los plazos para la aplicación del cobro del servicio de uso de área operativa – importación (contenedores), APM verificó que las facturas N° Foo2-230205 (71 contenedores), Foo2-23010 (42 contenedores) y Foo2-230221 (75 contenedores) habían sido correctamente emitidas.
- iii.- TRAMARSA reconoció la permanencia de horas en exceso dentro del Terminal Portuario atribuyendo dicho hecho a la presunta demora en la atención de los camiones, presentando en calidad de prueba imágenes de GPS de sus unidades paralizadas dentro del antepuerto; al respecto, de dichas imágenes no se aprecian la fecha, hora ni el tiempo de permanencia de dichas unidades en el antepuerto, así como tampoco que dicha demora haya sido responsabilidad de APM; por lo que las fotografías presentadas no acreditan que las demoras alegadas hubieran sido responsabilidad de la Entidad Prestadora.



- iv.- En ese sentido, TRAMARSA no ha acreditado la existencia de demoras en la atención en el Terminal Portuario, ni que la alegada congestión o la demora en la atención se hubiese debido a causas imputables a APM, por lo que no podría asumir dicha responsabilidad.
- v.- Como empresa dedicada al rubro logístico portuario, TRAMARSA se encontraba en mejor posición de destinar unidades para el retiro de sus contenedores, tal como OSITRAN lo ha señalado en las resoluciones finales correspondientes a los expedientes N° 082-2016-TSC-OSITRAN, 083-2016-TSC-OSITRAN, 084-2016-TSC-OSITRAN, 085-2016-TSC-OSITRAN y 086-2016-TSC-OSITRAN.
- vi.- Todas las autorizaciones de retiro de contenedores fueron emitidas de manera previa al término del periodo de libre almacenamiento; sin embargo, TRAMARSA retiró sus contenedores del Terminal Portuario hasta dos (02) días después de entregadas las autorizaciones, actuando sin la debida diligencia.
- vii.- Con relación al incumplimiento de los Niveles de Servicio y Productividad señalado por TRAMARSA, el anexo 3 del Contrato de Concesión establece que el tiempo promedio de atención que debe cumplir APM para el retiro de las mercancías de sus usuarios no debe ser mayor a 30 minutos, contados desde el ingreso de los camiones al terminal hasta su retiro de las instalaciones de APM. El tiempo promedio que viene alcanzando es calculado a partir de la totalidad de sus operaciones realizadas en un trimestre y no por cada operación; en consecuencia, el argumento expuesto por TRAMARSA no resulta válido para justificar su exoneración del cobro por uso de área operativa, dado que APM viene cumpliendo con los niveles establecidos.
- viii.- TRAMARSA señaló que el cobro de las facturas materia de controversia constituiría una práctica abusiva contemplada en el artículo 57 del Código de Protección y Defensa del Consumidor; al respecto, el mencionado código solo resulta aplicable para relaciones de consumo entre proveedores y consumidores finales, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial; por lo que TRAMARSA no califica como consumidor para exigir la aplicación del Código de Protección al Consumidor, en la medida que es una empresa dedicada al rubro logístico portuario.
- 3.- Con fecha 02 de febrero de 2018, TRAMARSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando además lo siguiente:
- i.- APM ha señalado reiteradas veces que en su calidad de administrador portuario no puede ser responsable por las demoras en las afueras del recinto portuario, sin embargo, dichas demoras no se originan fuera del recinto portuario sino en el antepuerto, es decir, dentro de las instalaciones portuarias, siendo consecuencia directa de la falta de capacidad de la Entidad Prestadora para administrar el puerto,



debido a que no se toman acciones para disminuir los ratios de atención y la satisfacción de la demanda actual.

- ii.- Si bien el incumplimiento de los niveles de servicio y productividad de APM son verificados a través de los resultados de evaluación de OSITRAN, éstos arrojan resultados desfavorables para el puerto.
- iii.- La medición de los niveles de servicio y productividad que se realiza actualmente son distintos a los criterios pre-establecidos en el Contrato de Concesión, al existir variables que no están siendo consideradas, tales como, la satisfacción de los usuarios, el nivel de demanda actual y la implementación de infraestructura para la prestación del servicio.
- iv.- A modo de ejemplo, OSITRAN mide los niveles de servicio y productividad desde la balanza de ingreso hasta la balanza de salida, sin tomar en consideración el tiempo de permanencia de los camiones en el antepuerto, pese a que dicha zona forma parte de las instalaciones portuarias.
- v.- La existencia de congestión e inconvenientes para el ingreso y salida de camiones del Terminal Portuario 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.
- vi.- El Tribunal de Solución de Controversias deberá considerar la "Teoría de Colas", que consiste en un estudio matemático de las líneas de espera dentro de un sistema, evaluando factores como el tiempo de espera en las colas o la capacidad de trabajo del sistema sin que este llegue a colapsar. En ese sentido, deberán considerarse los siguientes factores: a) tiempo de servicio, b) capacidad del sistema, c) cola o línea de atención y d) demanda.
- vii.- Resulta ilógico que APM pretenda atribuir responsabilidad al usuario, desconociendo la insatisfacción en la atención del servicio brindado, por lo que deberá realizar un análisis ponderado del promedio de atención de camiones desde el ingreso al antepuerto, lo que evidenciará que los niveles de atención se encuentran muy por encima del tiempo de atención.
- viii.- Asimismo, no se ha efectuado un análisis real de sus argumentos, lo que constituye un vicio de nulidad del acto administrativo al haberse vulnerado el derecho a la legítima defensa. En atención a lo expuesto, TRAMARSA solicitó la nulidad de la Resolución N° 1 y que, revocándose el sentido de la misma se declare fundado su reclamo.



- 4.- El 23 de febrero de 2018, 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.- Si bien TRAMARSA señala que existen variables que no están siendo consideradas en la medición de los Niveles de Servicio y Productividad, esta evaluación forma parte de la función supervisora de OSITRAN, por lo que APM solo se basa en lo dispuesto en el Anexo 3 del Contrato de Concesión.
 - ii.- En cuanto al estudio matemático de las líneas de espera dentro de un sistema, denominado Teoría de Colas, es OSITRAN la autoridad competente para considerar si corresponde la aplicación de la señalada teoría, por lo que APM no se pronunciará al respecto.
 - iii.- TRAMARSA está intentando justificar su falta de diligencia en las operaciones de despacho, señalando que la existencia de colas al exterior del Terminal Portuario son consecuencia directa de las operaciones al interior del mismo; sin embargo no ha acreditado sus argumentos, máxime si existen dos (2) terminales cuyas colas comparten la misma vía de acceso.
- 5.- El 10 de mayo de 2018, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de los representantes de ambas partes, quienes procedieron a presentar sus informes orales, quedando la causa al voto.
- 6.- El 15 de mayo de 2018, APM presentó su escrito de alegatos finales reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento y agregando que APM cumplió con los Niveles de Servicio y Productividad establecidos en el Contrato de Concesión, toda vez que el tiempo promedio de atención en cada factura fue el siguiente:
- Factura N° Foo2-230205: 19 minutos y 03 segundos
 - Factura N° Foo2-230210: 13 minutos y 15 segundos
 - Factura N° Foo2-230222: 10 minutos y 11 segundos

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 7.- 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 declarar la nulidad de la Resolución N° 1 emitida por APM.



- iii.- Determinar, de ser el caso, si corresponde el cobro realizado a TRAMARSA de las facturas N° Foo2-230205, Foo2-230210 y Foo2-230221 materia de reclamo, emitidas por concepto de uso de área operativa - importación (contenedores) por parte de APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 8.- 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 tres (3) 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.
- 9.- 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.

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 prestadora".

² 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.

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".



- 10.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 fue notificada a TRAMARSA el 15 de enero de 2018.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo TRAMARSA para interponer el recurso de apelación venció el 05 de febrero de 2018.
 - iii.- TRAMARSA apeló con fecha el 02 de febrero de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
- 11.- 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 General (TUO de la LPAG)⁶.
- 12.- 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 DE TRAMARSA

a) Sobre la nulidad de la Resolución N° 1 solicitada por TRAMARSA

- 13.- Como se observa de los antecedentes, en el recurso de apelación, TRAMARSA solicitó la nulidad de la Resolución N° 1 señalando que ésta habría sido emitida vulnerando su derecho a la Legítima Defensa, en la medida que APM no efectuó un análisis real de sus argumentos.
- 14.- Al respecto, si bien de conformidad con el numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la LPAG⁷, los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernen por medio de los recursos administrativos previstos por Ley; dicho planteamiento debe encontrarse sustentado en alguno de los vicios establecidos como causal de nulidad en el artículo 10 del referido TUO⁸.

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 TUO de la LPAG

"Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

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

(...)

⁸ TUO de la LPAG

Artículo 10.- Causales de nulidad

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

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.



- 15.- En el presente caso, la solicitud de nulidad realizada por TRAMARSA en el recurso de apelación no señala expresamente el vicio insubsanable en el cual se habría incurrido en la Resolución N° 1 expedida por APM al no haber precisado cuál de sus argumentos no fue analizado o fue insuficientemente analizado, lo que haría referencia a un defecto en la motivación que a su juicio vulneró su derecho a la legítima defensa.
- 16.- En cuanto al referido derecho a la legítima defensa, cabe señalar que el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso⁹. De igual manera el mismo Tribunal ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa¹⁰.
- 17.- En atención a lo señalado, de la revisión del expediente se advierte que TRAMARSA no estuvo impedida de ejercer su derecho de legítima defensa pues luego de que con fecha 15 de enero de 2018 fuera notificada con la Resolución N° 1, en la que se le informó acerca de los medios impugnatorios a los que tenía derecho; el 02 de febrero de 2018 presentó el recurso de apelación¹¹ que viene siendo materia de análisis en el presente procedimiento.
- 18.- Consecuentemente, corresponde desestimar la pretensión de nulidad formulada por TRAMARSA.
- b) **Sobre el servicio estándar de carga contenedorizada y el servicio especial de uso de área operativa**
- 19.- De acuerdo con el Contrato de Concesión¹², 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 contenedorizada¹³.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

⁹ STC N.º 06260-2005-HC/TC

¹⁰ Exp. N.º 0582-2006-PA/TC y Exp. N.º 5175-2007-HC/TC.

¹¹ Ver folio 79 al 101 del expediente administrativo.

¹² 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.

¹³ **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 trínca o destrínca.

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



- 20.- 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 importación¹⁴.
- 21.- Asimismo, el Contrato de Concesión en la mencionada Cláusula 8.19 establece que transcurrido el plazo que corresponda según el tipo de carga, la Entidad Prestadora podrá cobrar el servicio de almacenaje portuario¹⁵.
- 22.- En ese sentido, más allá de las 48 horas de libre de pago, se aplicará al servicio de almacenamiento una tarifa preestablecida en el Contrato de Concesión a partir del día calendario 3 al 6 o un precio a partir del séptimo día. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el numeral 1.23.87 del Contrato de Concesión, señala que el monto que cobre APM por el almacenamiento a partir del día 7 lo determinará libremente, puesto que no está sujeto a regulación¹⁶.
- 23.- 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 contabilizará una vez que se han culminado las operaciones de descarga de la nave.
- 24.- Ahora bien, tal como se desprende de los actuados en el expediente, TRAMARSA señala que la razón por la cual no pudo retirar sus contenedores de importación dentro de las 48 horas del periodo de libre almacenamiento obedece a causas atribuibles a APM, al existir demoras en la atención, congestión vehicular al ingreso y salida de las unidades de

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.

¹⁴ **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 (...)*

¹⁵ **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".

¹⁶ **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]



transporte del Terminal Portuario, como consecuencia de los bajos niveles de servicio y productividad de la Entidad Prestadora.

- 25.- Por su parte, APM manifiesta que las facturas fueron correctamente emitidas 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, más aún si TRAMARSA no acreditó que el retiro tardío de sus contenedores fuera responsabilidad suya. Asimismo, APM precisó que viene cumpliendo con el tiempo promedio de los niveles de servicio y productividad establecido en el Contrato de Concesión.

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

- 26.- 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]

- 27.- 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 agregados son nuestros]

- 28.- 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 resultado¹⁷.

- 29.- 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.

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

- 30.- 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]

- 31.- 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.
- 32.- 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.

¹⁷ 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.



- 33.- 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 Contrato de Concesión a partir del día calendario 3 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 Concesión¹⁸.

e) **Respecto del cobro de las facturas N° Foo2-230205, Foo2-230210 y Foo2-230221**

- 34.- De acuerdo con lo manifestado por la Entidad Prestadora, así como de la revisión de los documentos denominados "Terminal Departure Report" (TDR)¹⁹ y "Detalle de Factura Almacenamiento" (Storage)²⁰, la fecha y hora del término de la descarga, y la fecha y hora del retiro de los contenedores del Terminal Portuario relacionados a las facturas N° Foo2-230205, Foo2-230210 y Foo2-230221, se desarrolló conforme al siguiente detalle:

FACTURA	NAVE	FECHA Y HORA DE TÉRMINO DE LA DESCARGA	FECHA Y HORA LÍMITE DE PERIODO DE LIBRE ALMACENAMIENTO (48 HRS)	FECHA Y HORA DE RETIRO DE CONTENEDORES
Foo2-230205	MSC BRANKA	27/10/2017	29/10/2017	Entre las 19:20 del 29/10/2017 y las 00:25 del 31/10/2017
		18:58 hrs.	18:58 hrs.	
Foo2-230210	KOTA LAYANG	27/10/2017	29/10/2017	Entre las 14:46 del 30/10/2017 y las 12:08 del 31/10/2017
		23:45:00 hrs	23:45:00 hrs	
Foo2-230221	KMARIN AQUA	28/10/2017	30/10/2017	Entre las 01:30 del 31/10/2017 y las 12:13 del 01/11/2017
		13:46 hrs.	13:46 hrs.	

- 35.- Cabe señalar que las fechas de término de la descarga y de vencimiento del periodo de libre almacenamiento no han sido cuestionadas por TRAMARSA, razón por la cual no constituyen un punto controvertido del presente procedimiento.
- 36.- Sin embargo, TRAMARSA ha manifestado que si bien retiró sus contenedores fuera del plazo de libre almacenamiento, ello habría obedecido a causas atribuibles a APM, al señalar la existencia de demoras en la atención y congestión vehicular al ingreso y salida de las unidades de transporte del Terminal Portuario, debido a los bajos niveles de servicio y productividad de la Entidad Prestadora.
- 37.- A efectos de acreditar sus alegaciones, TRAMARSA presentó diversos correos electrónicos enviados a APM el 29, 30 y 31 de octubre de 2017.

¹⁸ **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].

¹⁹ Ver folio 31 al 33 del expediente.

²⁰ Ver folio 34 al 49 del expediente.



- 38.- Al respecto, cabe señalar que los dos (2) correos presentados por TRAMARSA de fecha 30 de octubre de 2017 fueron remitidos a APM a las 18:10 horas y 21:24 horas; y los cinco (5) correos presentados de fecha 31 de octubre del 2017 fueron remitidos a APM a las 04:17 horas, 09:03 horas, 09:05 horas, 18:34 horas y 19:14 horas; es decir, cuando ya habían transcurrido las 48 horas de libre pago. Por tal motivo, no corresponde sean analizados en el presente procedimiento pues responden a hechos ocurridos con posterioridad al vencimiento del periodo de libre almacenamiento.
- 39.- Con relación a los correos de fecha 29 de octubre de 2017, se evidencia lo siguiente:
- El 29 de octubre de 2017 a las 12:47 horas, TRAMARSA envió un correo electrónico a APM en relación con las naves MSC BRANKA, KOTA LAYANG, KMARIN AQUA y ADELAIDE, solicitando mayor fluidez en el ingreso de camiones al Terminal Portuario y la habilitación de más balanzas; adjuntando una (1) imagen GPS²¹
 - El 29 de octubre de 2017 a las 10:17 horas, TRAMARSA envió un correo electrónico a APM en relación a las naves MSC BRANKA y KOTA LAYANG, comunicando las demoras en el retiro de su carga entre 09 y 12 horas; asimismo, informó su imposibilidad de realizar el doble ciclo de retiro de su carga. Adjuntó una (1) imagen GPS²² y un (1) ticket de atención de la nave MSC ADELAIDE.
- 40.- Conforme se advierte de los documentos expuestos, TRAMARSA envió a APM dos (2) correos electrónicos el 29 de octubre de 2017, en relación con las naves MSC BRANKA, KOTA LAYANG y KMARIN AQUA; comunicando las demoras en la atención y la congestión en el Terminal Portuario, lo que manifiesta provocó que no hubiera podido retirar su mercadería dentro del plazo de libre almacenamiento.
- 41.- En relación a éstos dos (2) correos electrónicos enviados a APM, a los cuales adjuntó imágenes GPS y un ticket de atención a fin de acreditar que sus camiones no habrían podido ingresar al Terminal Portuario como consecuencia de las demoras en la atención; cabe señalar que las imágenes GPS presentadas no evidencian la fecha y hora en la cual fueron capturadas, ni que los vehículos registrados en ellas correspondan a operaciones vinculadas a las facturas materia de apelación, ni fundamentalmente, que el ingreso tardío de los vehículos de TRAMARSA al Terminal Portuario se haya debido a causas atribuibles a APM.
- 42.- De igual forma, TRAMARSA también adjuntó a su correo de fecha 29 de octubre de 2017 la imagen de un ticket; al respecto se puede advertir que el ticket corresponde a la nave MSC ADELAIDE (régimen exportación), nave que no ha sido materia de cuestionamiento, por lo que no corresponde sea considerada en el presente procedimiento.
- 43.- Cabe señalar que TRAMARSA no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que sus unidades de transporte ingresaron al Terminal Portuario oportunamente y que por

²¹ Ver folio 93 y 95 del expediente

²² Ver folio 94 del expediente



razones atribuibles a la Entidad Prestadora sus contenedores permanecieron en el interior del terminal portuario más allá del periodo de libre almacenamiento, advirtiéndose de los "TDRs" y "Detalle de Factura Almacenamiento (Storage)" que la apelante retiró sus contenedores hasta después de 29 horas de transcurrido el periodo de libre almacenamiento.

- 44.- Cabe recordar que en el presente caso, la carga de probar la existencia de presuntos inconvenientes en el retiro de sus contenedores del Terminal Portuaria recaía en TRAMARSA.
- 45.- En efecto, el artículo 171 del TUO de la LPAG²³ señala que corresponde a los administrados la aportación de pruebas en el procedimiento, mediante la presentación de documentos, informes, o las que éste considere conveniente.
- 46.- De acuerdo con lo señalado, TRAMARSA era la responsable del retiro de sus contenedores dentro del periodo de libre almacenamiento, por lo que debió realizar las gestiones necesarias y adoptar las precauciones del caso para su retiro oportuno.
- 47.- En cuanto a la alegación de TRAMARSA respecto a que correspondía aplicar al presente caso la denominada "teoría de las colas"; cabe señalar que de los actuados en el expediente se evidencia que TRAMARSA no ha acreditado a lo largo del procedimiento que algún defecto en el servicio prestado por APM le hubiese impedido retirar su mercadería dentro del periodo de libre almacenamiento, por lo que corresponde desestimar dicho argumento.
- 48.- Considerando lo expuesto, TRAMARSA no ha acreditado fehacientemente a lo largo del procedimiento, que las demoras en la atención y la congestión alegadas le hubiesen impedido retirar sus contenedores dentro del periodo de libre almacenamiento, ni que dicha demora y congestión fueran imputables a APM.
- 49.- Respecto al argumento de TRAMARSA en el extremo que el cobro de la factura apelada constituye una práctica abusiva contemplada en el artículo 57 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, es pertinente señalar que de acuerdo con el numeral 1 del Artículo III del Título Preliminar del citado Código²⁴, éste tiene como ámbito de aplicación subjetiva al consumidor que se encuentra directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.
- 50.- En relación a ello, el artículo IV del Título Preliminar del Código ha dispuesto que se entiende por consumidor a las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como

²³ TUO de la Ley N° 27444

Artículo 171.- Carga de la prueba

171.1. La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

171.2. Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

²⁴ **Código de Protección y Defensa del Consumidor**

"Artículo III.- Ámbito de aplicación

1. El presente Código protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.

(...)"



destinatarios finales productos o servicios, en beneficio propio, actuando en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; no calificando como consumidor a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor²⁵, tal como en este caso lo hace TRAMARSA. En ese sentido, el artículo 57 del citado Código es una norma inaplicable al presente caso.

- 51.- En consecuencia, verificándose que TRAMARSA no ha logrado acreditar lo alegado a lo largo del procedimiento administrativo, corresponde confirmar la Resolución N° 1, emitida por APM, en la medida que las facturas N° Foo2-230205, Foo2-230210 y Foo2-23022 fueron correctamente emitidas.

Cuestiones Finales

- 52.- Por otro lado, en referencia a la medición y a los bajos niveles de servicio y productividad en la prestación del servicio alegado, el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN²⁶, 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).
- 53.- 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 correspondiente²⁷,

²⁵ Código de Protección y Defensa del Consumidor

"Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios

1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio.

1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta."

²⁶ 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."

²⁷ Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN

"Artículo 7º 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".



no correspondiendo al Tribunal pronunciarse sobre dicha materia al no encontrarse dentro de sus competencias.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN²⁸;

SE RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución N° 1 del expediente N°APMTC/CL/0544-2017, emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A., que **DECLARÓ INFUNDADO** el reclamo presentado por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. por el cobro de las facturas N° 002-230205, 002-230210 y 002-230221, 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

²⁸ **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".