

EXPEDIENTE : 121-2018-TSC-OSITRAN

APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CL/0134-2018.

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 14 de agosto de 2018

SUMILLA: *Corresponde confirmar la Resolución 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/0134-2018 (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 marzo de 2018, TRAMARSA interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo2-253872; emitida por un monto total ascendente a US\$ 2 551.63 (Dos mil quinientos cincuenta y uno con 63/100 dólares de los Estados Unidos de América) por el concepto de uso de área operativa – importación (contenedores), argumentando lo siguiente:
 - i. Manifiesta su disconformidad con la emisión de la factura, toda vez que incurrió en el servicio de Uso de Área Operativa de contenedores vacíos de importación por causas que no le son imputables; consecuencia de lo cual, no corresponde que APM realice el cobro de la referida factura.

- ii. Si bien los contenedores vinculados con la factura cuestionada 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 y, por el cual corresponde el cobro de una tarifa, conforme a lo dispuesto en 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 cuarenta y ocho (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 referido Terminal 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 del 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. La información referida a los niveles de servicio y productividad de la prestación de los servicios brindados por APM es presentada periódicamente a OSITRAN, por lo que de ella puede verificarse que la Entidad Prestadora no cumple con los niveles exigidos en su Contrato de Concesión. Asimismo, los referidos niveles son medidos por APM desde la balanza de ingreso, cuando debería de realizarse desde el antepuerto, dado que este último se encuentra dentro de las instalaciones portuarias
- viii. Presentó correos en los cuales solicita apoyo para la agilización y fluidez de sus unidades, así como capturas de pantalla de la ubicación de sus unidades paralizadas dentro del antepuerto de APM durante la fecha de emisión de la factura reclamada.
- ix. De acuerdo con el artículo 57 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cobro de la factura 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.

- x. Los cobros excesivamente onerosos que APM presente realizar demuestran que la 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.
 - xi. APM debe realizar un análisis ponderado 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 12 de abril 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 que el periodo de libre almacenamiento para contenedores de desembarque es de cuarenta y ocho (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 de acuerdo al Terminal Data Report (TDR) de la nave MSC SASHA de Mfto. 2017-03453¹, ésta culminó la descarga el día 05 de enero de 2018 a las 23:10 horas, por lo que tenía hasta el 07 de enero de 2018 a las 23:10 horas para hacer uso del área operativa sin cobro alguno. Sin embargo, de la revisión del Detalle de la factura Foo2-253872, materia de controversia, se advirtió que treinta (30) contenedores fueron retirados después del vencimiento del plazo de libre almacenamiento; por lo que la mencionada factura ha sido correctamente emitida.
 - iii.- TRAMARSA reconoció la permanencia de horas en exceso dentro del Terminal Portuario atribuyendo dicho hecho a la presunta demora en la recepción y atención de los camiones, presentando en calidad de prueba imágenes de GPS de sus unidades supuestamente paralizadas dentro del antepuerto.
 - iv.- De la revisión de las imágenes GPS presentadas por TRAMARSA se observó que éstas corresponden a la ubicación de su unidad vehicular de placa N° F2E799. De las citadas imágenes no se aprecia que éstas correspondan a las operaciones de los contenedores materia de reclamo. Tampoco prueban que las demoras hayan sido responsabilidad de APM; de acuerdo al criterio asumido por el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos de OSITRAN en la Resolución Final del Expediente N° 205-17-TSC-OSITRAN.

¹ Ver folio 24 del expediente

- v.- Adicionalmente, TRAMARSA presentó un correo electrónico el 07 de marzo de 2018, a las 10:37 horas, a través del cual solicitó mayor fluidez en las balanzas, sin embargo, el mencionado correo fue enviado trece (13) horas antes del vencimiento del periodo de libre almacenamiento, evidenciándose la falta de diligencia de la reclamante; en ese sentido, el citado correo no prueba que haya habido retraso y lentitud atribuible a APM.
- vi.- En ese sentido, TRAMARSA no ha acreditado la existencia de demoras en la atención en el Terminal Portuario ni que la congestión se hubiese debido a causas imputables a APM, por lo que no podría asumir dicha responsabilidad.
- vii.- 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 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.
- viii.- La autorización de retiro de contenedores fue emitida de manera previa al término del periodo de libre almacenamiento, pese a ello, TRAMARSA se acercó a recoger su Autorización N° 342828, un (1) día después de haber finalizado el periodo de libre almacenamiento, actuando sin la debida diligencia pese a encontrarse en la mejor posición para programar el envío de sus camiones.
- ix.- 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 las operaciones realizadas en un trimestre y no por cada operación, de conformidad con lo señalado en las Resoluciones Finales expedidas por el Tribunal de OSITRAN en los expedientes N° 27, 43 y 53-2015-TSC-OSITRAN. 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.
- x.- TRAMARSA señaló que el cobro de la factura materia de reclamo 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 a 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, tal como OSITRAN ha señalado en la Resolución Final emitida en el Exp. N° 170-2017-TSC-OSITRAN.

- 3.- Con fecha 03 de mayo de 2018, TRAMARSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- Manifiestan su disconformidad con los fundamentos de la resolución impugnada, toda vez que la generación del servicio de Uso de Área Operativa se debe única y exclusivamente a la mala atención y poca capacidad de gestión de APM.
 - ii.- APM ha desestimado su reclamo señalando que las imágenes GPS presentadas relacionadas a sus tres (3) unidades vehiculares no demuestran las paralizaciones alegadas; sin embargo, es la Entidad Prestadora quien puede corroborar si los argumentos y pruebas presentadas son o no verdaderas, dado que son ellos mismos quienes emiten los tickets de salida.
 - iii.- Si bien es cierto, el giro de TRAMARSA es brindar servicios logísticos relacionados con operaciones marítimas y portuarias, no es cierto que se encuentre en mejor posición que APM para realizar la programación de envío de unidades para el retiro de los contenedores.
 - iv.- Las actividades de TRAMARSA representan solo una porción del total de las actividades realizadas en el puerto; tan es así que de acuerdo a lo declarado por APM ante SUNAT, del promedio de despacho de la carga de importación entre los días 6 y 9 de enero de 2018, la apelante solo tuvo una participación del 14%. Por lo tanto, es APM quien tiene la potestad de coordinar, programar y ordenar el retiro de la carga de su terminal.
 - v.- No es cierto que el retiro de contenedores se haya dado hasta después de dos (2) días de obtenida la autorización, toda vez que el día 06 de enero de 2018, TRAMARSA retiró 32 contenedores de un total de 170.
 - vi.- El 06 de enero de 2018, APM despachó 648 contenedores, de los cuales 32 correspondían a TRAMARSA. La diferencia de 616 contenedores fue retirada por terceros.
 - vii.- TRAMARSA en ningún momento actuó de forma negligente, toda vez que para determinar su responsabilidad, APM deberá evaluar el volumen total de sus operaciones a fin de conocer la situación real de los hechos.
 - viii.- Si APM brindara un servicio óptimo en forma regular, no habría congestión portuaria en la atención de contenedores, dado que al atender en forma esporádica un mayor volumen de éstos, daría cumplimiento al Contrato de Concesión.
 - ix.- Resulta ilógico que APM pretenda atribuir responsabilidad al usuario, toda vez que TRAMARSA actuó en todo momento con la diligencia debida, a fin de evitar sobrecostos.

4.- El 21 de mayo 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.- Resulta incoherente y contradictorio que TRAMARSA señale que su participación del 14% en las operaciones portuarias no la hace responsable de la programación del envío de sus unidades vehiculares para el retiro de sus contenedores, toda vez que mientras cuente con menos participación resulta más fácil para la apelante organizar y programar mejor el envío de sus camiones de forma anticipada.

ii.- Con la finalidad de organizar mejor las labores de despacho, los días 05 y 07 de enero de 2018, APM envió a TRAMARSA el correo denominado "MN MSC SASHA Programación de despacho depósito 3636 TRAMARSA", de fecha 05 de enero de 2018 a las 20:14 horas; sin embargo, la apelante no cumplió con dicho programa, sino que procedió a retirar la mayor cantidad de contenedores el último día del vencimiento del periodo de libre almacenamiento, evidenciándose la falta de diligencia de la apelante.

iii.- Aun cuando APM envió el programa de despacho para evitar que TRAMARSA incurra en Uso de Área Operativa, ésta no programó su despacho de manera anticipada, por lo que generó que 30 de sus contenedores incurran en almacenamiento.

iv.- Con la finalidad de demostrar la responsabilidad de TRAMARSA en la demora del envío de sus unidades, detallan la fecha de emisión de las autorizaciones de descarga directa de contenedores; la cual se dio de manera previa al término del periodo de libre almacenamiento.

5.- El 26 de julio de 2018, se realizó la audiencia de vista de la causa con la asistencia de los representantes de ambas partes, quienes procedieron a presentar sus informes orales, quedando la causa al voto.

6.- El 01 de agosto de 2018, APM presentó su escrito de alegatos finales reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento.

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, de ser el caso, si corresponde el cobro realizado a TRAMARSA de la factura N° Foo2-253872 materia de apelación, emitida por el 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 una (1) factura por parte de APM por el 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 infraestructura². Dicho supuesto también se encuentra recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM³ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM); por lo que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁴, 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 APM⁵, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de quince (15) días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 10.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

² **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN
Artículo 33.-
(...) Los reclamos que versen sobre:
a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la entidad prestadora".

³ **Reglamento de Atención 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.

⁴ **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".

⁵ **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".

⁶ **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".

- i.- La Resolución N° 1 fue notificada a TRAMARSA el 12 de abril de 2018.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo TRAMARSA para interponer el recurso de apelación venció el 04 de mayo de 2018.
 - iii.- TRAMARSA apeló con fecha el 03 de mayo 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)⁷.
- 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 el servicio estándar de carga contenedorizada y el servicio especial de uso de área operativa**

- 13.- De acuerdo con el Contrato de Concesión⁸, 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 contenedorizada⁹.

⁷ 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".

⁸ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao suscrito por 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.

⁹ 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

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.- La mencionada cláusula también señala que dentro del servicio estándar de carga contenedorizada, se incluye el almacenamiento libre de pago de hasta cuarenta y ocho (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 importación¹⁰.
- 15.- 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 portuario¹¹.
- 16.- En ese sentido, más allá de las cuarenta y ocho (48) horas de libre pago, se aplicará al servicio de almacenamiento una tarifa preestablecida en el Contrato de Concesión a partir del día calendario tres (3) al seis (6) o un precio a partir del séptimo (7) 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 siete (7) lo determinará libremente, puesto que no está sujeto a regulación¹².
- 17.- En el presente caso, nos encontramos frente al cuestionamiento de una factura emitida 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.
- 18.- 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 cuarenta y ocho (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 transporte del Terminal Portuario, como consecuencia de los bajos niveles de servicio y productividad de la Entidad Prestadora.

¹⁰ 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 (...)

¹¹ 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".

¹² 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.- 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, 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.

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

- 20.- 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]

- 21.- 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]

- 22.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese

sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado¹³.

- 23.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarias 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) **Respecto del cobro de la factura N° Foo2-253872**

- 24.- De acuerdo con lo manifestado por la Entidad Prestadora, así como de la revisión de los documentos denominados "Terminal Departure Report" (TDR)¹⁴, "Detalle de Factura Almacenamiento" (Storage)¹⁵; y "Reporte de movimiento de camiones"¹⁶, la fecha y hora del término de la descarga, y la fecha y hora del retiro de los contenedores del Terminal Portuario relacionados a la factura N° Foo2-253872 se desarrolló conforme al siguiente detalle:

FACTURA	NAVE	FECHA Y HORA DE TÉRMINO DE LA DESCARGA	FECHA Y HORA LÍMITE DE PERÍODO DE LIBRE ALMACENAMIENTO (48 HRS)	FECHA Y HORA DE RETIRO DE CONTENEDORES
Foo2-253872	MSC SASHA	05/01/2018 a las 23:10 hrs	07/01/2018 a las 23:10 hrs	Entre las 23:20 del 07/01/2018 y las 14:44 del 09/01/2018

- 25.- 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.
- 26.- 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.
- 27.- A efectos de acreditar sus alegaciones, TRAMARSA presentó tres (3) correos electrónicos enviados a APM el 06 y 07 de enero de 2018, así como imágenes GPS¹⁷. Con relación a los citados correos, se evidencia lo siguiente:

¹³ 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.

¹⁴ Ver folio 14 del expediente.

¹⁵ Ver folio del 25 al 27 del expediente.

¹⁶ Ver folio del 32 al 36 del expediente.

¹⁷ Ver folio del 09 al 10 del expediente

- El 06 de enero de 2018 a las 10:08 horas, TRAMARSA solicitó mayor fluidez en el ingreso de sus camiones al Terminal Portuario. Adjuntó una (1) imagen GPS.
 - El 07 de enero de 2018 a las 04:08 y 10:37 horas, TRAMARSA envió dos (2) correos electrónicos a APM comunicándole que habían demoras en la atención de sus unidades vehiculares, solicitando mayor fluidez en el ingreso de camiones al Terminal Portuario. Adjuntó imágenes GPS¹⁸.
- 28.- Al respecto, cabe señalar que en relación a los correos de fechas 06 y 07 de enero de 2018, en el cual TRAMARSA solicita a APM mayor fluidez en el ingreso de camiones, es preciso indicar que, la sola comunicación de hechos como los indicados por la apelante, no acreditan la deficiencia de los servicios prestados por la Entidad Prestadora.
- 29.- Adicionalmente, si bien TRAMARSA presentó imágenes GPS, no obstante, éstas no evidencian la fecha y hora en las que dichas imágenes fueron capturadas, ni acreditan que los vehículos registrados en ellas correspondan a operaciones vinculadas a la factura materia de apelación, ni fundamentalmente, que el ingreso tardío de los vehículos de TRAMARSA al Terminal Portuario se haya debido a ineficiencias o causas atribuibles a APM.
- 30.- Cabe señalar que las demoras que puedan originarse por congestión vehicular fuera de la instalación portuaria no se encuentran dentro del ámbito de gestión de la Entidad Prestadora. No obstante, si los usuarios acreditaran la existencia de deficiencias en el ingreso de carga, que conllevara a que los usuarios no puedan ingresar sus mercancías a tiempo; si correspondería que el Terminal Portuario asuma la responsabilidad de tal situación, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso.
- 31.- Se verifica que TRAMARSA no ha presentado medio probatorio alguno que acredite el ingreso oportuno de sus unidades de transporte al Terminal Portuario y que, por razones atribuibles a la Entidad Prestadora, sus contenedores permanecieron en el interior del terminal portuario más allá del periodo de libre almacenamiento.
- 32.- Debe recordarse que en el presente caso, la carga de probar la existencia de presuntos inconvenientes en el retiro de los contenedores del Terminal Portuario recaía en TRAMARSA.
- 33.- En efecto, el artículo 171 del TUO de la LPAG¹⁹ 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.

¹⁸ Ver folios 08 y 09 del expediente

¹⁹ 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.

- 34.- 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.
- 35.- Por otro lado, en cuanto a la alegación de TRAMARSA referida a que no se encuentra en la capacidad de programar sus operaciones debido a su participación minoritaria en un 14 % respecto del total del despacho de la carga de importación entre los días 6 y 9 de enero de 2018 por parte de APM; corresponde señalar que no es materia de este procedimiento analizar la participación de la apelante en las actividades a cargo de la Entidad Prestadora, sino verificar si existieron condiciones atribuibles a APM que no le permitieron retirar sus contenedores dentro del periodo de libre almacenamiento. Ahora bien, 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 o algún incumplimiento en la planificación previamente acordada con APM le hubiese impedido retirar su mercadería dentro del periodo de libre almacenamiento.
- 36.- Asimismo, cabe precisar que era TRAMARSA, empresa cuyo giro de negocio consiste en brindar servicios logísticos relacionados con operaciones marítimas y portuarias²⁰, quien se encontraba en mejor posición para programar el envío de sus unidades vehiculares, toda vez que son los usuarios quienes se encuentran en la capacidad de decidir el número de unidades de transporte que deben enviar para el retiro de su carga del Terminal Portuario.
- 37.- Con relación a la congestión vehicular que se pueda suscitar fuera del Terminal, cabe señalar que el tráfico de transporte que pueda originarse fuera de la instalación portuaria no se encuentra dentro del ámbito de gestión de la Entidad Prestadora. No obstante, si los usuarios acreditaran la existencia de deficiencias en el ingreso de carga, que conllevara a que los usuarios no puedan ingresar sus mercancías a tiempo; si correspondería que el Terminal Portuario asuma la responsabilidad de tal situación, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso.
- 38.- 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.
- 39.- En cuanto 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 Código²¹, éste tiene como ámbito de aplicación subjetiva

²⁰ <http://www1.tramarsa.com.pe/es-PE/nosotros/>

²¹ 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.

(...)"

al consumidor que se encuentra directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta.

- 40.- 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 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 proveedor²², tal como en este caso lo hace TRAMARSA. En ese sentido, el artículo 57 del citado Código es una norma inaplicable al presente caso.
- 41.- 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 la factura N° Foo2-253872 fue correctamente emitida.

Cuestiones Finales

- 42.- 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 OSITRAN²³, 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).
- 43.- 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,

²² 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."

²³ 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."

corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente²⁴, 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 OSITRAN²⁵;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1, emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A., en el Expediente N°APMTC/CL/0134-2018 que **DECLARÓ INFUNDADO** el reclamo presentado por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. por el cobro de la factura N° 002-253872, emitida 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

²⁴ 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".

²⁵ 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".