

: 137-2019-TSC-OSITRAN

APELANTE : INKABOR S.A.C.

ENTIDAD PRESTADORA : DP WORLD CALLAO S.R.L.

ACTO APELADO : Decisión contenida en la Carta
DAC.DPWC.108.2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 30 de marzo de 2020

SUMILLA: *Si se acredita que el exceso de permanencia de la mercancía del usuario dentro de las instalaciones de la Entidad Prestadora es consecuencia de la cancelación del atraque de la nave por la línea naviera sin que existan hechos atribuibles a la Entidad Prestadora, corresponde el cobro por el uso de área operativa al usuario únicamente por el periodo de permanencia en exceso de la misma dentro del terminal portuario.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por INKABOR S.A.C. (en adelante, INKABOR o la apelante) contra la decisión contenida en la Carta DALC.DPWC.108.2019, emitida por DP WORLD CALLAO S.R.L. (en adelante, DP WORLD o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I. **ANTECEDENTES:**

1. El 4 de junio de 2018, INKABOR presentó un reclamo contra DP WORLD solicitando dejar sin efecto la factura N° F002-00278160 emitida por el importe de S/ 18 109.30 (Dieciocho Mil Ciento Nueve con 30/100 Soles) a su agente marítimo Trabajos Marítimos S.A. (en adelante, TRAMARSA) por concepto de Uso de Área Operativa - Exportación, señalando lo siguiente:
 - i.- El 28 de febrero de 2018 ingresaron al Terminal Portuario sus doce (12) contenedores destinados a exportación, cuyo embarque se encontraba programado para el 1 de marzo de 2018 en la nave Dublin Express 0011N.
 - ii.- Mediante correo electrónico enviado a las 19:01 horas del 28 de febrero de 2018, DP WORLD comunicó que el Terminal Portuario había cerrado sus instalaciones desde las 18:55 horas de dicho día por factores climáticos (niebla).

- iii.- El 2 de marzo de 2018, la línea naviera Hapag-Lloyd Peru S.A.C. (en adelante, Hapag-Lloyd), encargada del transporte de su mercancía, le informó que la nave Dublin Express 0011N no iba recalar en el muelle para realizar el embarque debido a persistentes condiciones climáticas adversas.
 - iv.- El cierre del Terminal Portuario ocasionó que su mercancía permanezca en exceso dentro de las instalaciones de DP WORLD entre el 1 de marzo de 2018, fecha en la que culminó el plazo de libre almacenamiento, y el 8 de marzo de 2018, fecha en la que fue posible embarcar sus contenedores en la nave JPO Libra.
 - v.- Posteriormente, TRAMARSA les envió la factura F075 N° 00017024 con la finalidad de obtener el reembolso del pago que realizó directamente a DP WORLD por el servicio de uso de área operativa generado por la permanencia en exceso de su mercancía en las instalaciones portuarias en atención al cobro previamente realizado por la Entidad Prestadora a TRAMARSA a través de la factura N° F002-00278160.
 - vi.- La permanencia de su mercancía en las instalaciones portuarias de DP WORLD después del vencimiento del plazo de libre almacenamiento se debió al cierre del puerto por mal clima (niebla), evento que constituye un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible que no le resulta atribuible en su condición de usuario, no correspondiéndole asumir el costo del servicio de uso de área operativa inicialmente pagado por TRAMARSA.
2. A través de la Carta DALC.DPWC.145.2018 de fecha 15 de junio de 2018, DP WORLD declaró improcedente el reclamo presentado por INKABOR, de acuerdo con los siguientes argumentos:
 - i.- La factura N° F002-00278160 fue emitida por DP WORLD a nombre de TRAMARSA, a quien se le brindó el servicio de uso de área operativa de veintiséis (26) contenedores.
 - ii.- TRAMARSA constituye una persona jurídica distinta de INKABOR, por lo que para que esta última pueda presentar un reclamo respecto de aquella, debe contar con un poder de representación que lo faculte para ello; el cual no fue presentado en el procedimiento.
 - iii.- Con relación al cobro realizado por TRAMARSA a INKABOR mediante factura electrónica F075 N° 00017024, carece de competencia para pronunciarse sobre ello.
 3. El 11 de julio de 2018, INKABOR presentó recurso de apelación contra la Carta DALC.DPWC.145.2018 emitida por DP WORLD, reiterando los argumentos señalados en su reclamo y agregando lo siguiente:
 - i.- Contrató a TRAMARSA a fin de que le provea servicios logísticos para el embarque de mercancía de su propiedad para su exportación a través del Terminal Portuario que administra DP WORLD.

- ii.- El reclamo a través del cual cuestiona la emisión de la factura N° Foo2-00278160 fue presentado en su condición de usuario final de los servicios portuarios prestados por DP WORLD.
 - iii.- DP WORLD ha considerado erradamente que únicamente TRAMARSA se encuentra habilitada para interponer el reclamo, por lo que dicho pronunciamiento adolece de un vicio que acarrea su nulidad.
4. El 25 de julio de 2018, DP WORLD elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el Tribunal) el expediente administrativo reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento, agregando lo siguiente:
- i.- Para poder efectuar la anulación de la factura N° Foo2-00278160 o efectuar una devolución de lo pagado por TRAMARSA, el Reglamento de Comprobantes de Pago aprobado por la Resolución de Superintendencia N° 007-99/SUNAT establece que resulta necesario emitir una nota de crédito al mismo adquirente o usuario.
 - ii.- En la medida que en el presente caso la factura N° Foo2-00278160 fue emitida a nombre de TRAMARSA, la cual figura como usuario en dicho documento, y que el pago de dicha factura fue realizada por ésta, cualquier solicitud de anulación o devolución de lo pagado debe ser realizada por la misma TRAMARSA o por quien ésta autorice, máxime si dicha factura fue emitida por la prestación de un servicio relacionado con veintiséis (26) contenedores, es decir, un número mayor a los que reclama INKABOR, correspondiendo confirmar la improcedencia del reclamo presentado por este último.
5. Mediante Resolución N° 1 del 10 de junio de 2019, emitida en el Expediente N° 168-2018-TSC-OSITRAN, este Tribunal señaló que tiene legitimidad para accionar ante DP WORLD en un supuesto de reclamo relacionado con la facturación y cobro por uso de la infraestructura, derivado de la prestación efectiva de un servicio brindado por la Entidad Prestadora el usuario dueño de la carga o su representante; en el presente caso INKABOR, en su calidad de dueño de la mercancía objeto de reclamo.
6. Asimismo, en la referida resolución, el Tribunal señaló que en dicho caso se verificaba que el servicio de uso de área operativa brindado por DP WORLD a la carga de propiedad de INKABOR se materializó en la emisión de una factura a nombre de TRAMARSA para efectos de cobro, el cual manifestó INKABOR le estaba trasladando su pedido de que asumiera dicho pago mediante la emisión de una segunda factura; de lo que se evidenciaba el interés de INKABOR en tener como pretensión de su reclamo la anulación de la factura emitida por DP WORLD a fin de que TRAMARSA no le traslade su cobro.
7. Finalmente, en dicha resolución el Tribunal determinó que habiéndose verificado que INKABOR en su condición de dueño de la mercancía materia de reclamo, fue el usuario final del servicio de uso de área operativa brindado por DP WORLD, y que tenía como pretensión que se dejara sin efecto la factura emitida por dicho concepto a nombre de su representante TRAMARSA, a fin de que este no le traslade su cobro; INKABOR contaba con legítimo interés para interponer su reclamo ante DP WORLD.

8. Atendiendo a lo expuesto, en la indicada resolución el Tribunal declaró la nulidad de oficio de la decisión contenida en la Carta DALC.DPWC.145.2018 emitida por DP WORLD el 15 de junio de 2018, disponiendo retrotraer el estado del procedimiento al momento de la expedición de la referida carta, declarando nulos los actos administrativos expedidos con posterioridad al 15 de junio de 2018, ordenando que la Entidad Prestadora emitiera un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.
9. Con fecha 1 de julio de 2019, INKABOR presentó un escrito ante DP WORLD señalando lo siguiente:
 - i.- Mediante correo electrónico enviado a las 19:01 horas del 28 de febrero de 2019, DP WORLD comunicó que el Terminal Portuario había cerrado sus instalaciones por problemas climáticos desde las 18:55 horas del mismo día, sin especificar la fecha en la que aquellas reabrían para el desarrollo de las actividades portuarias.
 - ii.- Los problemas climáticos continuaron durante los días siguientes por lo que la línea naviera Hapag-Lloyd, encargada del transporte de su mercancía, comunicó que la nave Dublin Express 0011N no iba a recalar en el muelle para realizar el embarque correspondiente.
 - iii.- Por dicho motivo, posteriormente la línea naviera asignó la nave JPO Libra para el transporte de su mercancía, estableciéndose como fecha de zarpe el 8 de marzo de 2018.
10. Atendiendo a lo ordenado por el Tribunal, mediante Carta N° DALC.DPWC.108.2019 notificada a INKABOR el 12 de julio de 2019, DP WORLD emitió un pronunciamiento de fondo declarando infundado el reclamo presentado por los siguientes argumentos:
 - i.- Mediante Resolución de Capitanía N° 056-2018/MGP/DGCG/CO, la Capitanía del Puerto del Callao dispuso el cierre temporal del Puerto del Callao a partir de las 18:55 horas del 28 de febrero de 2018 y mediante Resolución de Capitanía N° 0572018/MGP/DGCG/CO ordenó su apertura desde las 09:25 horas del 1 de marzo de 2018.
 - ii.- Posteriormente, mediante Resolución de Capitanía N° 058-2018/MGP/DGCG/CO, la Capitanía del Puerto del Callao dispuso el cierre temporal del Puerto a partir de las 18:45 horas del 1 de marzo de 2018 y mediante Resolución de Capitanía N° 0602018/MGP/DGCG/CO ordenó su apertura desde las 10:30 horas del 2 de marzo de 2018.
 - iii.- Inicialmente, el atraque de la nave Dublin Express 0011N, encargada de transportar la mercancía de INKABOR, estuvo programado para las 10:00 horas del 1 de marzo de 2018.

- iv.- Posteriormente, debido a las medidas de cierre del Puerto del Callao por condiciones climáticas, se realizaron reprogramaciones del atraque y zarpe de la referida nave, los cuales fueron debidamente comunicadas a la línea naviera Hapag-Lloyd, ocurriendo que, de acuerdo a la fecha de apertura del puerto establecida por la Capitanía, la programación final de atraque de la nave Dublin Express 0011N se fijó para las 11:00 horas del 2 de marzo de 2018.
- v.- La línea naviera Hapag-Lloyd aceptó esta última programación de atraque mediante correo electrónico enviado a las 5:29 horas del 1 de marzo de 2018, sin embargo, mediante correo electrónico enviado a las 11:56 horas del 2 de marzo de 2018, dicha línea naviera comunicó que la nave Dublin Express 0011N había cancelado su recalada en el muelle asignado.
- vi.- La cancelación de la recalada de la referida nave se produjo cuando el muelle se encontraba operativo y ya no existían medidas de cierre del puerto por razones climáticas.
- vii.- En efecto, si bien las medidas de cierre del puerto dispuestas los días 28 de febrero y 1 de marzo de 2018 afectaron la programación inicial de atraque de la nave Dublin Express 0011N establecida inicialmente para el día 1 de marzo a las 10:00 horas, la cancelación de su recalada no fue consecuencia del cierre del puerto pues esta se produjo cuando sus instalaciones ya se encontraban abiertas y operando.
- viii.- La factura N° F002-00278160 fue emitida por DP WORLD a nombre de TRAMARSA por concepto de uso de área operativa de veintiséis (26) contenedores de exportación siendo dicha empresa quien realizó el pago de dichos servicios. Del referido grupo de contenedores facturados a TRAMARSA solamente doce (12) corresponden a INKABOR.
- ix.- El tarifario de DP WORLD establece que el servicio de área operativa - exportaciones posee un periodo libre de 48 horas antes del "cut off" indicado por la línea naviera o de 72 horas antes del atraque de la nave.
- x.- En el presente caso, DP WORLD ha podido verificar que los doce (12) contenedores materia de reclamo ingresaron dentro del "cut off" de la nave Dublin Express 0011N, por lo que no correspondía realizar cobro alguno por concepto de uso de área operativa por la permanencia de dichos contenedores en el Terminal Portuario desde su ingreso el 28 de febrero de 2018 hasta el 2 de marzo de 2018, fecha de la última programación de atraque de dicha nave.
- xi.- Teniendo en cuenta ello, el servicio de uso de área operativa de los contenedores cuyo cobro es materia de cuestionamiento por INKABOR se brindó del 3 al 8 de marzo de 2018, periodo en el cual la mercancía permaneció dentro de las instalaciones de DP WORLD.

- xii.- En el presente caso no era necesario que los contenedores materia de reclamo permanecieran dentro de las instalaciones de DP WORLD luego de la cancelación del atraque de la nave Dublin Express 0011N, existiendo la opción de almacenar la mercancía en un depósito temporal, en este caso, en el depósito temporal de TRAMARSA, y hasta que la línea naviera dispusiera embarcar la mercancía en otra nave, opción frecuentemente utilizada por los depósitos temporales cuando se producen cancelaciones de reserva de embarque por parte de las líneas navieras a fin de evitar incurrir en el servicio de uso de área operativa.
11. El 1 de agosto de 2019, INKABOR presentó recurso de apelación contra la Carta N° DALC.DPWC.108.2019 emitida por DP WORLD, reiterando los argumentos señalados en su reclamo y agregando lo siguiente:
- i.- Los contenedores de INKABOR ingresaron al Terminal Portuario un día antes de la fecha prevista para el atraque de la nave Dublin Express 0011N en el muelle asignado, esto es, dentro del periodo de libre almacenamiento, por lo que de no haberse cerrado el puerto por factores climatológicos no hubiera resultado necesario brindar el servicio de uso de área operativa.
 - ii.- La cancelación de atraque de la nave Dublin Express 0011N por parte de la línea naviera Hapag-Lloyd se produjo en un contexto de inseguridad al haberse realizado previamente siete (7) reprogramaciones de atraque y ante la posibilidad de otras disposiciones de cierre del Terminal Portuario.
 - iii.- DP WORLD no cumplió con comunicar que en caso su mercancía fuera embarcada en una nave distinta a la nave Dublin Express 0011N, no se otorgaría otro periodo de libre almacenamiento a favor de INKABOR.
 - iv.- Corresponde que DP WORLD deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo200278160 o en su defecto, realice un nuevo cálculo de su monto descontándose el periodo de libre almacenamiento vinculado a la nave JPO Libra, en la cual fueron finalmente embarcados sus doce (12) contenedores.
12. El 21 de agosto de 2019, DP WORLD elevó al Tribunal el expediente administrativo reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento y agregando lo siguiente:
- i.- DP WORLD desconoce las razones comerciales y operativas por las cuales la línea naviera canceló la recalada de la nave Dublin Express 0011N, sin embargo, cualquiera hubieran sido estas, queda claro que no fue una consecuencia directa del cierre del puerto, pues al momento de producirse dicha cancelación, el puerto ya se encontraba abierto y operando.

- ii.- Asimismo, se debe tener en cuenta que ante el mismo escenario de cierre y reapertura sucesiva del puerto ocurrido en las mismas fechas, otros usuarios realizaron sus actividades con normalidad al levantarse la medida de cierre dispuesta por la Capitanía, lo que desvirtúa el alegado contexto de inseguridad para los usuarios formulado por INKABOR.
 - iii.- No obstante, en el presente caso corresponde realizar un nuevo cálculo del monto cobrado por concepto de uso de área operativa de los doce (12) contenedores de INKABOR, el cual debe de considerar el periodo de libre almacenamiento de 72 horas relacionado al atraque de la nave JPO Libra.
 - iv.- En ese sentido, teniendo en cuenta que la referida nave atracó a las 08:00 horas del 8 de marzo de 2018 a fin de embarcar la mercancía de INKABOR, el plazo de libre almacenamiento de 72 horas inició a las 08:00 horas del 5 de marzo de 2018, incurriendo el usuario en el servicio de uso de área operativa desde las 00:00 horas del 3 de marzo de 2018 hasta las 07:00 horas del 5 de marzo de 2018; por lo que corresponde que DP WORLD realice una devolución parcial del monto cobrado a través de la factura N° Foo2-00278160.
 - v.- Para efectuar dicha devolución se debe tener en cuenta que la factura N° Foo200278160 fue emitida a nombre de TRAMARSA y pagada por esta, por lo que tal devolución solo podría realizarse a favor de TRAMARSA, quien no es parte del presente procedimiento administrativo, salvo disposición distinta del Tribunal.
13. El 16 de enero de 2020 se realizó la Audiencia de Vista de la Causa contándose con la participación del representante de DP WORLD, quien expresó los argumentos de su defensa, quedando la causa al voto.
14. El 21 de enero de 2020, INKABOR presentó un escrito reiterando argumentos expuestos anteriormente.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

15. Corresponde dilucidar en la presente resolución lo siguiente:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto por INKABOR contra la decisión contenida en la Carta DALC.DPWC.108.2019.
 - ii.- Determinar, de ser el caso, si corresponde amparar el reclamo presentado por INKABOR.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

16. De la revisión del expediente administrativo se aprecia que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de INKABOR al cobro de la factura Foo2-00278160 emitida el 12 de marzo de 2018 por concepto de Uso de Área Operativa - Exportación, lo que involucra un supuesto de reclamo por facturación y cobro de servicios previsto en el literal a) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹ (en adelante, Reglamento de Reclamos del OSITRAN) y en el numeral 6.1 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de DP WORLD² (en adelante, Reglamento de Reclamos de DP WORLD), por lo que en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
17. De conformidad con el literal b) del artículo 26 del Reglamento de Reclamos de DP WORLD⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, 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.
18. Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
 - i.- La Carta DALC.DPWC.108.2019 fue notificada a INKABOR el 12 de julio de 2019.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo INKABOR para interponer su recurso de apelación venció el 6 de agosto de 2019.
 - iii.- INKABOR apeló el 1 de agosto de 2019, es decir, dentro del plazo legal establecido.

¹ **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**

"(...) 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 Reclamos de DP WORLD**

"6. Materia de Reclamos

6.1. La facturación y et cobro de los servicios por uso de la INFRAESTRUCTURA PORTUARIA".

³ **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**

"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 asilo disponga expresamente conforme a ley".

⁴ **Reglamento de Reclamos de DP WORLD**

"Artículo 26°.- Medios impugnatorios

b.- Recurso de Apelación

Contra la resolución emitida por DP WORLD CALLAO que resolvió el reclamo o recurso de reconsideración, procede la interposición de recurso de apelación. El recurso de apelación deberá interponerse ante DP WORLD CALLAO dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución (...)"

19. Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas y cuestiones de puro derecho, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley NO 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG)⁵.
20. Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

III.2.- EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

21. De acuerdo con el Contrato de Concesión⁶, DP WORLD presta dos clases de servicios portuarios: estándar y especial. El literal b) de la cláusula 8.14 del Contrato de Concesión establece que el servicio estándar a la carga comprende los servicios de descarga o embarque del contenedor⁷.

⁵ **TUO DE LA LPAG**

"Artículo 220.- 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"

⁶ Contrato suscrito el 24 de julio de 2006.

⁷ **Contrato de Concesión**

"8.14 Servicios Estándar

b. SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA:

Comprende los servicios de descarga y/o embarque del contenedor, mediante el uso de la grúa pórtico del Muelle, así como la utilización de la infraestructura del Terminal, La Tarifa por este concepto se aplica por contenedor e incluye:

- (i) *El servicio de tracción entre el costado de la Nave y el área de almacenaje, o viceversa en el embarque.*
- (ii) *El servicio de manipuleo- en el área de almacenaje- para la recepción del contenedor de la Nave y carguío al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque; y,*
- (iii) *El servicio de pesaje.*

Los contenedores podrán permanecer hasta cuarenta y ocho (48) horas depositadas en el Terminal a libre disposición del Usuario. Transcurrido dicho plazo, el CONCESIONARIO podrá cobrar el servicio de almacenaje, en aplicación a lo dispuesto en la Cláusula 8,15, se precisa que no corresponde cobro retroactivo por las cuarenta y ocho (48) horas previas.

El CONCESIONARIO deberá atender cada Nave con un número no menor de dos grúas pórtico de muelle, salvo que no sea posible en razón de las características de la estiba de los contenedores en la Nave.

Los Usuarios no podrán exigir al CONCESIONARIO la prestación separada o parcial de uno o más de los servicios que forman parte de los Servicios Estándar. No obstante, el CONCESIONARIO podrá atender la solicitud de los Usuarios en este sentido, en cuyo caso será considerado como un Servicio Especial.

El CONCESIONARIO podrá ofrecer descuentos y promociones tarifarias a los Usuarios, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN y lo dispuesto en la Cláusula 2.11 del presente Contrato".

22. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de DP WORLD, el tiempo de libre disponibilidad del área operativa para el caso de exportaciones comprende 48 horas antes del "cut off" indicado por la línea naviera o 72 horas antes del atraque de la nave, conforme se aprecia a continuación:

"Servicios Especiales (No Regulados) — Uso de Área Operativa Contenedores y Servicios Depósito Temporal Aduanero

3.3 Uso de Área Operativa—Exportaciones: El periodo libre es de 48 horas antes del 'cut off' indicado por la línea o 72 horas antes del atraque.

3-3.1 Días: 0 - 3 (Tiempo libre - incluido en el Servicio Estándar): Sin costo.

3.1.2 Días: 3 - 7 (Tarifa por día o fracción de día): A ser facturado por TEU/día.

3.1.3 Días: 8 — 14 (Tarifa por día o fracción de día): A ser facturado por TEU/día".

[El subrayado es nuestro]

23. Asimismo, el Contrato de Concesión establece que transcurrido el plazo que corresponda según el tipo de carga, la Entidad Prestadora podrá cobrar el servicio de almacenaje portuario⁸.
24. Como se puede apreciar de lo antes expuesto, para el servicio estándar de carga contenedorizada con destino de exportación, el Contrato de Concesión y el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de la Entidad Prestadora establecen que la mercadería de los usuarios podrá permanecer dentro del Terminal Portuario por un período de libre almacenamiento de 48 horas antes del "cut off" o 72 horas antes del atraque de la nave, sin que éstos tengan que pagar por tal servicio, y finalizado dicho período, la Entidad Prestadora tiene el derecho a cobrar una determinada tarifa.

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

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

"La Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur por el CONCESIONARIO constituye un derecho en la medida que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recuperará su inversión en las Obras, así como un deber en la medida en que el CONCESIONARIO está obligado a mantener la operatividad de dicha Infraestructura Portuaria y prestar los Servicios a los Usuarios dentro de los estándares especificados en el Expediente Técnico y en los anexos del Contrato.

⁸ **Contrato de Concesión**

"8.14.B SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA:

(...) Transcurrido dicho plazo, el CONCESIONARIO podrá cobrar el servicio de almacenaje (...)"

El CONCESIONARIO tiene derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur y a tomar las decisiones que considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento respetando los términos condiciones del presente Contrato y las Leyes y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad del CONCESIONARIO en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato y en las Leyes y Disposiciones Aplicables".

[El subrayado es nuestro]

26. Vinculado con lo anterior, el numeral 8.2 de la cláusula 8 del referido Contrato señala:

"Corresponde al CONCESIONARIO diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato y en el Expediente Técnico".

27. De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de DP WORLD 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 resultado⁹.
28. En razón de ello, DP WORLD puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el Contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

Sobre el cobro de la factura N° Foo2-00278160

29. En el presente caso INKABOR solicitó se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo200278160 emitida por concepto de Uso de Área Operativa-Exportación en el extremo referido a la prestación de dicho servicio a doce (12) contenedores, manifestando que el uso de las instalaciones de DP WORLD más allá del periodo de libre almacenamiento fue consecuencia del cierre del Terminal Portuario debido a condiciones climatológicas adversas que constituyeron un evento imprevisible e irresistible que no justificaría el cobro realizado.

⁹ 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.

30. Por su parte, DP WORLD señaló que si bien el Terminal Portuario cerró sus instalaciones en varias oportunidades debido a condiciones climáticas adversas, lo que generó reprogramaciones para el atraque de la nave designada para transportar la mercancía de INKABOR, la línea naviera canceló su recalada en el muelle asignado cuando el puerto ya se encontraba operando con normalidad y ya no habían medidas de cierre por razones climáticas, por lo que el exceso de permanencia de la mercancía en sus instalaciones justificó la emisión de la factura por concepto de uso de área operativa.
31. De lo manifestado por las partes a lo largo del procedimiento se verifica que los doce (12) contenedores de propiedad de INKABOR ingresaron al Terminal Portuario con fines de exportación el 28 de febrero de 2018, encontrándose previsto su embarque en la nave Dublin Express 0011N cuyo atraque estaba programado para el 1 de marzo de 2018 a las 10:00 horas; no obstante lo cual, dicha mercancía fue embarcada finalmente en la nave JPO Libra cuyo atraque se realizó el 8 de marzo de 2018 a las 08:00 horas, permaneciendo así la mercancía del reclamante dentro del Terminal Portuario del 28 de febrero al 8 de marzo de 2018.
32. Ahora bien, de la revisión del expediente se aprecia que obra la Resolución de Capitanía N° 056-2018/MGP/DGCG/CO¹⁰ de fecha 28 de febrero de 2018, a través de la cual la Capitanía del Puerto del Callao dispuso el cierre del Terminal Portuario desde las 18:55 horas de dicho día, así como también la Resolución de Capitanía N° 057-2018/MGP/DGCG/CO¹¹ de fecha 1 de marzo de 2018, a través de la cual dicha entidad dispuso la apertura del Terminal a partir de las 09:25 horas de dicho día.
33. Adicionalmente, se aprecia que obra la Resolución de Capitanía N° 0582018/MGP/DGCG/CO¹² de fecha 1 de marzo de 2018, a través de la cual la Capitanía dispuso el cierre del Terminal Portuario desde las 18:45 horas de dicho día, así como también la Resolución de Capitanía N° 060-2018/MGP/DGCG/CO¹³ de fecha 2 de marzo de 2018, a través de la cual dicha entidad dispuso la apertura definitiva del Terminal Portuario a partir de las 10:30 horas de dicho día 2 de marzo de 2018.
34. Respecto al cierre de las instalaciones del Terminal Portuario dispuesta por la Capitanía del Puerto del Callao, se aprecia que INKABOR manifestó en su reclamo que mediante correo electrónico enviado a las 19:01 horas del 28 de febrero de 2018, DP WORLD le comunicó que el terminal había cerrado sus instalaciones desde las 18:55 horas de dicho día por factores climáticos (niebla).
35. En tal sentido, se verifica que INKABOR había sido informada del cierre del Terminal Portuario de acuerdo a lo dispuesto por la Capitanía del Puerto del Callao.

¹⁰ Ver fojas 178 del expediente.

¹¹ Ver fojas 179 del expediente.

¹² Ver fojas 180 del expediente.

¹³ Ver fojas 181 del expediente.

36. Ahora bien, como consecuencia del cierre del Terminal Portuario se constata que DP WORLD reprogramó varias veces el atraque de la nave Dublin Express 0011N verificándose que la última fecha de atraque fue programada para las 11:00 horas del 2 de marzo de 2018, esto es, inmediatamente después de que el Terminal Portuario abriera definitivamente sus instalaciones, lo que estaba previsto para las 10:30 horas del 2 de marzo de 2018 conforme a lo dispuesto por la Capitanía del Puerto.
37. No obstante ello, conforme lo ha manifestado INKABOR en su reclamo, el 2 de marzo de 2018 la línea naviera Hapag-Lloyd encargada del transporte su mercancía le informó que la nave Dublin Express 0011N no recalaría en el muelle para realizar el embarque y que esta sería transportada en la nave más próxima al Puerto del Callao, lo que se contrasta con el documento de fecha 2 de marzo de 2018 que obra en el expediente en el cual consta dicha comunicación, de lo que se verifica que INKABOR también tuvo conocimiento de dicha cancelación al haber sido informada por la propia línea naviera.
38. Asimismo, de la revisión del expediente¹⁴ se aprecia que obra la cancelación del atraque de la nave Dublin Express 0011N comunicada por la línea naviera Hapag-Lloyd a DP World a las 11:56 horas del 2 de marzo de 2018, esto es, aproximadamente una (1) hora y media después de que el puerto reabriera definitivamente sus instalaciones, no constituyendo ello un hecho controvertido.
39. Atendiendo a lo expuesto, se constata que la cancelación del atraque de la nave Dublin Express 0011N por decisión de la línea naviera, no se produjo cuando el Puerto del Callao se encontraba cerrado sino cuando este ya había sido reabierto, verificándose que dicha cancelación no tuvo relación con una presunta paralización de las operaciones portuarias derivada de las condiciones climáticas como ha alegado el usuario; de lo que se evidencia que ésta no fue la causa de la permanencia de la mercancía dentro del Terminal más allá del periodo de libre almacenamiento.
40. Cabe recordar que de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Operaciones de DP WORLD, la responsabilidad del transporte de las mercancías desde el puerto de embarque hasta el puerto de descarga es de las navieras¹⁵, encontrándose acreditado en el presente caso que fue precisamente la línea naviera Hapag-Lloyd contratada por INKABOR para el transporte de su mercancía quien canceló el atraque de la nave Dublin Express 0011N, hecho que generó la permanencia en exceso de dicha mercadería dentro del Terminal Portuario.

¹⁴ Ver fojas 182 del expediente.

¹⁵ Información disponible en la siguiente dirección electrónica:
<https://www.dpworldcallao.com.pe/uploads/procedimientos/operativos/reglamento-de-operaciones-v2.pdf>

41. Teniendo en cuenta que la cancelación del atraque de la nave en la que iba a embarcarse la mercancía de INKABOR con destino de exportación generó la permanencia en exceso de la mercancía dentro del Terminal Portuario, no se verifica que el cobro del servicio de uso de área operativa por parte de DP World haya ocurrido debido a alguna deficiencia en el servicio brindado por la Entidad Prestadora o algún hecho que le resulte atribuible; consecuentemente resulto justificado.
42. Ahora bien, a efectos de realizar el cálculo del monto a pagar por INKABOR por concepto de uso de área operativa, debe tenerse en cuenta que en la Carta N° DALC.DPWC.108.2019 objeto de apelación, DP WORLD señaló que pudo verificar que los doce (12) contenedores materia de reclamo ingresaron dentro del "cut off" de la nave Dublin Express 0011N, por lo que no correspondía realizar cobro alguno por concepto de uso de área operativa por la permanencia de dichos contenedores en el Terminal Portuario desde su ingreso el 28 de febrero de 2018 hasta el 2 de marzo de 2018, fecha de la última programación de atraque de dicha nave.
43. Teniendo en cuenta lo indicado por la propia Entidad Prestadora, INKABOR no se encuentra obligada al pago del servicio de uso de área operativa durante el periodo comprendido entre el 28 de febrero y el 2 de marzo de 2018; sin embargo, en la medida que la mercancía del usuario permaneció dentro del Terminal Portuario hasta el 8 de marzo de 2018, corresponde realizar el cálculo del monto a pagar por el periodo comprendido entre el 3 de marzo y el 8 de marzo de 2018.
44. Con la finalidad de realizar dicho cálculo, debe tenerse en cuenta que la nave JPO Libra atracó en el Terminal Portuario a las 08:00 horas del 8 de marzo de 2018, por lo que descontando las 72 horas del periodo de libre almacenamiento establecido en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de DP WORLD, dicha mercancía se encontraba exonerada de pago por concepto de uso de área operativa desde las 08:00 horas del 5 de marzo de 2018.
45. Asimismo, teniendo en cuenta que mediante la Resolución de Capitanía N° 060-2018/MGP/DGCG/CO¹⁶ de fecha 2 de marzo de 2018, la Capitanía del Puerto del Callao dispuso la apertura definitiva del Terminal Portuario a partir de las 10:30 horas del 2 de marzo de 2018, correspondería que el pago por concepto de uso de área operativa se contabilice desde dicha fecha y hora.
46. En ese sentido, se constata que la mercancía de INKABOR permaneció en exceso dentro de las instalaciones de DP WORLD desde las 10:30 horas del 2 de marzo hasta las 08:00 horas del 5 de marzo de 2018.

¹⁶ Ver fojas 181 del expediente.

47. No obstante, cabe resaltar que en el escrito de fecha 21 de agosto de 2019, mediante el cual DP WORLD elevó el expediente administrativo a este Tribunal, dicha Entidad Prestadora indicó que efectivamente correspondía realizar un nuevo cálculo del monto cobrado por concepto de uso de área operativa a través de la factura N° Foo2-00278160, manifestando expresamente que la permanencia en exceso de la mercancía de INKABOR dentro de sus instalaciones ocurrió entre las 00:00 horas del 3 de marzo de 2018 y las 07:00 horas del 5 de marzo de 2018.
48. En ese sentido, verificándose que el periodo de permanencia en exceso de la mercadería de INKABOR dentro del terminal calculado por DP WORLD (00:00 horas del 3 de marzo a 07:00 horas del 5 de marzo de 2018) resultó menor al señalado precedentemente (10:30 horas del 2 de marzo a 08:00 horas del 5 de marzo de 2018); únicamente corresponde que en su condición de titular de la mercancía, INKABOR realice el pago por concepto de uso de área operativa equivalente al referido periodo transcurrido entre las 00:00 horas del 3 de marzo y las 07:00 horas del 5 de marzo de 2018.
49. Consecuentemente, corresponde REVOCAR EN PARTE la decisión contenida en la Carta N° LC.DPWC.108.2019, debiendo anularse el cobro de la factura N° Foo2-00278160 en el extremo referido a la mercancía de INKABOR y emitirse una nueva factura considerando el cobro de un monto equivalente al periodo transcurrido entre las 00:00 horas del 3 de marzo y las 07:00 horas del 5 de marzo de 2018.
50. Finalmente, en atención a lo señalado, correspondería que DP WORLD devolviera a TRAMARSA el monto cobrado en exceso a través de la factura N° Foo2-00278160 por concepto de uso de área operativa, en la medida que corresponde que el cobro por el periodo de permanencia de la mercancía dentro de sus instalaciones sea el señalado en el párrafo precedente.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN¹⁷;

¹⁷ Reglamento de Reclamos del 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".*

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR EN PARTE la decisión contenida en la carta DALC.DPWC.108.2019 expedida por DP WORLD CALLAO S.R.L. a través de la cual se declaró infundado el reclamo presentado, debiendo anularse el cobro de la factura N° Foo2-00278160 en el extremo referido a la mercancía de INKABOR S.A.C. y emitirse una nueva factura considerando el cobro de un monto equivalente al periodo transcurrido entre las 00:00 horas del 3 de marzo y las 07:00 horas del 5 de marzo de 2018.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a INKABOR S.A.C. y a DP WORLD CALLAO S.R.L., 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, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Francisco Javier Coronado Saleh.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN

NT 2020027949