

EXPEDIENTE : 68-2020-TSC-OSITRAN

APELANTE : SOUTH SHIPPING LIMITED S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : SALAVERRY TERMINAL INTERNACIONAL S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° 001-2020/STI-GOC.

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 13 de agosto de 2021

SUMILLA: *En la medida que la Entidad Prestadora se encuentra obligada a brindar el servicio estándar de Acceso a las Naves sin necesidad de contar con una solicitud por parte del usuario, debido que su prestación resulta necesaria e indispensable para permitir que las naves ingresen al Terminal Portuario en condiciones mínimas de seguridad; corresponde confirmar la resolución que declaró infundado el reclamo.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por SOUTH SHIPPING LIMITED S.A. (en adelante, SOUTH SHIPPING o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° 001-2020/STI-GOC (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por SALAVERRY TERMINAL INTERNACIONAL S.A. (en adelante, STI o la Entidad Prestadora) y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 26 de junio de 2020, SOUTH SHIPPING, en su calidad de agente marítimo, interpuso reclamo ante STI a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N° F103-00007106 emitida por un monto de US\$ 25 628.27 (Veinticinco mil seiscientos veintiocho con 27/100 Dólares Americanos), por concepto de servicio de "Acceso a las Naves", argumentando lo siguiente:
 - i. El 6 de junio de 2020, la nave MN IVAR REEFER atracó en el Terminal Portuario a fin de realizar la descarga de 2004.37 TM de Nitrato de Amonio Grado Técnico, realizándose el desatraque el 7 de junio de 2020, habiendo permanecido en el puerto un total de 18 horas.

- ii. La nave MN IVAR REEFER tiene una eslora de 164.33 metros, esto es, una nave pequeña, la cual anteriormente atracó en el Terminal Portuario requiriendo únicamente:
- Calado¹ de arribo: proa 6.80 metros / popa 8.30 metros
 - Calado de zarpe: proa 5.40 metros / popa 8.10 metros
- iii. Con fecha 8 de junio de 2020, STI emitió la factura F103-00004105 por concepto de "Alquiler de Amarradero" por un monto de US\$ 3 759.54 (Tres mil setecientos cincuenta y nueve con 54/100 Dólares Americanos); y, la factura N° F103-00007106 emitida por un monto de US\$ 25 628.27 (Veinticinco mil seiscientos veintiocho con 27/100 Dólares Americanos), por concepto de servicio de "Acceso a las Naves".
- iv. Luego de culminar la descarga en el Terminal Portuario, la nave MN IVAR REEFER atracó en el puerto administrado por Terminal Internacional del Sur (TISUR) en Matarani, cobrándosele un único importe de US\$ 2 551.69 (Dos mil quinientos cincuenta y uno con 00/69 Dólares Americanos) al haber permanecido un total de 23 horas, es decir, 5 horas más que en el Terminal Portuario que opera STI.
- v. Resulta sorprendente que STI pretenda realizar el cobro de US\$ 25 628.27 (Veinticinco mil seiscientos veintiocho con 27/100 Dólares Americanos) a una nave pequeña que únicamente permaneció 18 horas en el Terminal Portuario por el concepto de "Acceso a las Naves", servicio que no fue solicitado ni brindado.
- vi. Si bien STI se encuentra facultada a facturar aquellos servicios que son solicitados por los usuarios, ocurriendo que SOUTH SHIPPING solicitó únicamente el servicio de "Alquiler de Amarradero", no se encontraba obligada al pago de otro servicio adicional.
- vii. Debido a su tamaño, la nave MN IVAR REEFER no requiere un dragado profundo, el cual, de acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, se encuentra comprendido en el servicio de Acceso a las Naves.
- viii. De acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Acceso de OSITRAN, a efectos de determinar los montos correspondientes a los cargos de acceso, STI debe de utilizar como referencia los cargos pagados por el uso de infraestructura de similar naturaleza.
- ix. Si bien STI se encuentra facultada a realizar cobros por los servicios que brinda, estos no deben desalentar el acceso a la contratación de dichos servicios; caso contrario,

¹ Profundidad que alcanza en el agua la parte sumergida de un barco. En <https://dle.rae.es/calado> el 23 de marzo de 2021.

serán considerados barreras de acceso conforme a lo previsto en el Reglamento de Acceso de OSITRAN.

- x. El servicio de Acceso a las Naves que pretende cobrar la Entidad Prestadora no existe en otro puerto ni de Perú ni del extranjero, lo que desalienta a las naves a recalar en el terminal portuario administrado por STI.
 - xi. De acuerdo con el principio de competencia recogido en el Reglamento de Acceso de OSITRAN, el cobro por el servicio de Acceso a las Naves no debería de aplicarse por igual a todas las naves que atracan en el Terminal Portuario, pues no todas tienen el mismo tamaño o calado, colocando en una mejor situación a aquellas naves que si requieren un dragado profundo debido a su mayor calado.
 - xii. STI debe cobrar por servicio de acceso únicamente a las naves que requieran el servicio y no a todas las que arriben al Terminal Portuario, lo que constituiría una infracción grave conforme a lo previsto en el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones de OSITRAN.
- 2.- A través de la Resolución Nº 1, notificada el 8 de julio de 2020, STI resolvió el reclamo presentado por SOUTH SHIPPING declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo con el literal a) de la cláusula 8.18 del Contrato de Concesión, los servicios a la nave comprenden dos (2) servicios: i) el uso de amarraderos y, ii) acceso a las naves.
 - ii.- El servicio de estándar Acceso a las Naves comprende el servicio de ingreso de las naves al Terminal Portuario, lo que cubre los costos asociados a los servicios tales como el dragado de mantenimiento del Terminal, abalizamiento, ayuda a la navegación, entre otros.
 - iii.- El servicio de Acceso a las Naves se presta indistintamente a todas las naves que ingresan al Terminal Portuario, aplicándose el tarifario aprobado por OSITRAN.
 - iv.- De acuerdo con el Contrato de Concesión, la Entidad Prestadora se encuentra obligada a efectuar las acciones necesarias para la conservación de la infraestructura portuaria manteniendo los niveles de servicio y productividad, lo que se encuentra representado en un plan de conservación que tiene como finalidad mantener la profundidad operativa en el canal de acceso al Terminal Portuario, programándose para ello obras de dragado.
 - v.- En ese sentido, el servicio de dragado se brinda a todas las naves que ingresan al Terminal Portuario.

- vi.- De acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión, desde la toma de posesión del Terminal Portuario por parte de la Entidad Prestadora hasta que el puerto contó con una profundidad operativa de 10.5 metros, STI no cobró la tarifa correspondiente al servicio estándar de Acceso a las Naves, por lo que tuvo que cumplir con la presentación y aprobación de un expediente de dragado inicial y de mantenimiento por parte de OSITRAN a fin de aplicar la tarifa vigente, no habiendo realizando cobro indebido alguno.
 - vii.- El Reglamento de Acceso únicamente resulta aplicable para los usuarios intermedios que brinden servicios esenciales, tales como practicaaje o remolcaje. En ese sentido, STI no fijó cargo de acceso alguno, sino que viene aplicando la tarifa regulada tanto en el Contrato de Concesión, como en su Tarifario, para el cobro del servicio de Acceso a las Naves.
 - viii.- Si bien el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones de OSITRAN establece que incurre en infracción la Entidad Prestadora que no aplique correctamente las tarifas, STI viene aplicando correctamente la tarifa vigente del servicio estándar de Acceso a las naves, lo que le permite dar continuidad a los servicios portuarios que se brindan en el Terminal Portuario.
 - ix.- STI cumple con las disposiciones establecidas en el Contrato de Concesión, realizando el cobro por los servicios que presta conforme al Tarifario vigente aprobado por OSITRAN, ocurriendo que cada infraestructura portuaria que se encuentra concesionada tiene un Tarifario propio, el cual se encuentra sujeto a revisión por el regulador.
 - x.- De acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Tarifas de OSITRAN, el 8 de marzo de 2019, STI publicó en el diario "La Industria de Trujillo", un aviso mediante el cual comunicaba a todos los usuarios del Terminal Portuario la entrada en vigencia del servicio estándar: *Acceso a las naves a partir del 22 de marzo de 2019*; poniéndose en conocimiento a OSITRAN del Tarifario el mismo 8 de marzo.
 - xi.- Habiéndose cumplido con los requerimientos del Contrato de Concesión y el Reglamento de Tarifas de OSITRAN, STI se encuentra facultada para realizar el cobro por el servicio estándar Acceso a las Naves a partir del 22 de marzo de 2019.
- 3.- Con fecha 23 de julio de 2020, SOUTH SHIPPING interpuso recurso de apelación contra la Resolución Nº 1, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando además lo siguiente:

- i.- El Contrato de Concesión establece que los servicios se brindan cuando los usuarios lo soliciten, separando el servicio de uso de amarradero y el servicio de acceso, brindando al usuario la posibilidad de elegir cual de ambos servicios requiere de acuerdo con sus necesidades, pues no todas las naves requieren un dragado profundo, torres de enfilación, balizamiento y ayudas a la navegación; servicios requeridos por naves de mayor calado.
- ii.- El aplicar indistintamente la tarifa a todas las naves que ingresan al puerto ocasiona una relación asimétrica entre los usuarios del Terminal Portuario, impidiendo su acceso al puerto.
- iii.- Debe de tenerse en cuenta que en caso existan diferentes interpretaciones del Contrato de Concesión, debe elegirse aquella que más favorece a la parte que no elaboró dicha cláusula, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1401 del Código Civil; por lo que únicamente deberá cobrarse el servicio de Acceso a los usuarios que lo soliciten.
- iv.- No se está cuestionando la legalidad de la tarifa, sino su cobro indiscriminado, en la medida que el servicio no se haya solicitado y no exista una prestación efectiva, pues pone en desventaja a las naves que no se benefician del dragado de 10.5 metros.
- v.- La tarifa correspondiente al servicio de Acceso a las Naves estaría cubriendo el costo de acceso de aquellas naves de mayor calado, las que sí se benefician de un dragado profundo.
- vi.- OSITRAN debería de intervenir de oficio a efectos de cautelar que se fijen condiciones claras en la aplicación de la tarifa de acceso, de forma que no se impida a un grupo de usuarios el acceso al Terminal Portuario.
- vii.- Las barreras de acceso son ocasionadas cuando la Entidad Prestadora pretende cobrar una tarifa onerosa, impidiéndoles hacer uso de la infraestructura pública, no pudiendo competir con naves que por su mayor calado aprovechan el dragado que ofrece el Terminal Portuario.
- viii.- El Contrato de Concesión estaría provocando asimetría entre los usuarios, dificultando el acceso al Terminal Portuario a través de cobros irracionales como los que pretende hacer la Entidad Prestadora, resultando necesario que OSITRAN se pronuncie corrigiéndolo.
- ix.- De acuerdo con los principios de “beneficio-costos” y “bienestar de los usuarios” recogidos en el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, resulta posible modificar los

Contratos de Concesión, debido a que son acuerdos a largo plazo, no siendo posible prever los distintos fenómenos que durante la vigencia del contrato ocurrirán. En ese sentido, OSITRAN es la entidad encargada de velar y monitorear la aplicación de los Contratos de Concesión, para lo cual debe adoptar mecanismos que garanticen la corrección de condiciones desventajosas para los usuarios que limiten el acceso de las naves a la infraestructura.

- 4.- El 6 de agosto de 2020, STI 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.
- 5.- El 17 de junio de 2021, se llevó a cabo la Audiencia de Vista de la causa, contando con el informe oral por parte del representante de STI, quien reiteró los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.
- 6.- Mediante memorando N° 137-2021-GRE-OSITRAN de fecha 3 de agosto de 2021, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN (en adelante, "GRE") absolvió la consulta efectuada por la Secretaría Técnica por encargo del TSC mediante el Memorando N° 094-21-STO-OSITRAN de fecha 23 de julio de 2021.

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 STI.
 - ii.- Determinar si corresponde el cobro realizado a SOUTH SHIPPING de la factura materia de reclamo, emitida por concepto de servicio de "Acceso a las Naves", por parte de STI.

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 verifica que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de SOUTH SHIPPING respecto de la pertinencia del cobro de una factura por concepto de "Acceso a las Naves" por parte de STI. 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 STI³ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de STI); 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 23 del Reglamento de Reclamos de STI⁵, 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 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:
- i.- La Resolución N° 1 fue notificada a SOUTH SHIPPING el 8 de julio de 2020.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo SOUTH SHIPPING para interponer el recurso de apelación venció el 30 de julio de 2020.
 - iii.- SOUTH SHIPPING apeló con fecha el 23 de julio de 2020, es decir, dentro del plazo legal.

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 STI

Artículo 6°.- Materia de Reclamos

El reclamo podrá recaer respecto de servicios regulados o, servicios derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, que son responsabilidad de la Entidad Prestadora siempre que se encuentren bajo la supervisión de OSITRAN. En el marco de lo previsto en el artículo N° 33° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, entre otros, 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 STI.

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 STI

Artículo 23°.- Recurso de Apelación

Podrá interponerse recurso de apelación, cuando la impugnación se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trata de cuestiones de puro derecho, o se sustente en una nulidad, o en aquellos casos en que proceda el silencio administrativo negativo.

Procede la apelación ante el Tribunal de Solución de Controversias y atención de Reclamos del OSITRAN contra la resolución de primera instancia administrativa de STI. Dicho recurso deberá interponerse dentro de los quince (15) días de notificada la resolución de primera instancia.

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".

- 11.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, este se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas y cuestiones de puro derecho al cuestionarse el cobro realizado a SOUTH SHIPPING, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, 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 DEL RECURSO DE APELACIÓN

a) Sobre el servicio estándar de acceso a la nave

- 13.- El Contrato de Concesión para la Modernización y Desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry (en adelante, el Contrato de Concesión), establece en sus cláusulas 1.19.105, 1.19.107 y 1.19. 108, las definiciones de Servicios, Servicio Especial y Servicios Estándar, respectivamente, de la siguiente manera:

"1.19.105 Servicios

Son todos los servicios portuarios que CONCESIONARIO, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. La definición de los Servicios comprende los Servicios Estándar y los Servicios Especiales y Servicios No Portuarios.

1.19.107. Servicios Especiales

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que el CONCESIONARIO está facultada a prestar directamente o a través de terceros, siendo responsable de la prestación de los mismos y deberá ser facturado por él de manera obligatoria a todo Usuario que los solicite y por los cuales el CONCESIONARIO tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. Cuando se cobre una Tarifa se denominarán "Servicios Especiales sujetos a regulación tarifaria".

1.19. 108. Servicios Estándar

Son todos los servicios portuarios que el CONCESIONARIO, directa o indirectamente, deberá de prestar de manera obligatoria a todo Usuario que lo solicite, tanto a la Nave como a la carga y a los pasajeros, respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. EL CONCESIONARIO deberá facturar directamente por la prestación de los mismos al Usuario y será el único responsable frente al CONCEDENTE, Usuarios y terceros.

⁷ 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.

Estos servicios se caracterizan por ser necesarios e indispensables para el embarque y/o descarga de cada tipo de carga y embarque y desembarque de pasajeros que ingresen al Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, conforme a lo dispuesto por la vigésima sexta disposición transitoria y final de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional."

- 14.- De acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se brindan a la nave, a la carga y a los pasajeros.
- 15.- Con relación a los servicios brindados a la nave, el literal a), del artículo 8.18 del Contrato de Concesión, prescribe lo siguiente:
- "8.18. SERVICIOS ESTÁNDAR**
- a) SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA NAVE:**
- i) *Uso de Amarradero. La tarifa se aplica por: (i) metro de eslora de la Nave; y, (ii) hora o fracción de hora. Se calcula por el tiempo total que la Nave permanezca amarrada a muelle, computándose a partir de la hora en que pase la primera espía en la operación de atraque hasta la hora que largue la última espía en la operación de desatraque. Esta tarifa incluye el servicio de amarre y desamarre de la Nave. La presente tarifa será cobrada a la Nave.*
- ii) *Acceso a las Naves: Comprende el servicio de ingreso a las Naves al TPMS, el dragado de mantenimiento, las torres de enfilación, balizamiento y ayudas a la navegación que no sean de competencia de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI). La tarifa por este concepto se aplica por unidad de arqueo bruto (UAB) de las Naves que acceden al TPMS. La presente tarifa será cobrada a la Nave"*
- 16.- De la lectura de las cláusulas citadas, se puede advertir que el Contrato de Concesión prevé que los servicios que se brindan en el Terminal Portuario son, en principio, servicios portuarios, respecto de los cuales la Entidad Prestadora se encuentra legitimada a cobrar una tarifa o un precio.
- 17.- Por otro lado, entre las prerrogativas que el Contrato de Concesión otorga a STI, se encuentra la de adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del Terminal Portuario, entre ellas, las de establecer sus políticas comerciales y operativas, emitiendo para tales efectos, reglamentos internos, entre los cuales se encuentra, el Reglamento de Aplicación de Tarifas de STI ⁸.

⁸ Contrato de Concesión

8.11. EL CONCESIONARIO pondrá en conocimiento del REGULADOR en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la fecha de cierre, el procedimiento de aplicación de tarifas, así como sus políticas comerciales y operativas, los mismos que deberán cumplir con lo dispuesto en las Normas Regulatorias, incluyendo en Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

- 18.- Siendo ello así, con relación al servicio de Acceso a las Naves, el numeral 1.1.2 de la sección 1, del capítulo VII del Reglamento de Aplicación de Tarifas de STI, vigente a la fecha de sucedidos los hechos⁹, señala lo siguiente:

"1.1.2 Servicio de Acceso: Comprende el servicio de ingreso a las Naves al TPMS, el dragado de mantenimiento, las torres de enfilación, balizamiento y ayudas a la navegación que no sean de competencia de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI). La tarifa por este concepto se aplica por unidad de arqueo bruto (UAB) de las Naves que acceden al TPMS. La presente tarifa será cobrada a la Nave".

- 19.- En consecuencia, conforme a lo expuesto, STI se encuentra habilitada a realizar el cobro por el referido servicio, el cual forma parte de los servicios brindados a las naves, de acuerdo con lo establecido tanto en el Contrato de Concesión, como en el Reglamento de Aplicación de Tarifas de STI.

b) Sobre la organización de los servicios que brinda SALAVERRY TERMINAL

- 20.- En virtud del Contrato de Concesión suscrito con el Estado Peruano, STI tiene entre sus prerrogativas adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del Terminal Portuario, entre las cuales se encuentra la facultad de emitir sus políticas comerciales y operativas, ostentando la explotación exclusiva de los bienes y servicios de la Infraestructura Portuaria:

"2.7. Sin perjuicio de las declaraciones contenidas en la Cláusula 3.2, el CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que: (i) la entrega en Concesión para el diseño, financiamiento, ejecución de inversiones, conservación, explotación y transferencia del TPMS se encuentra dentro de los alcances de lo dispuesto en el numeral 10.3 y 11.3 del artículo 10 y 11 de la LSPN respectivamente, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1022, (ii) el TPMS califica como infraestructura portuaria nueva, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo adoptado por el Directorio de la APN en Sesión Nº 435 de fecha 24 de julio de 2017 y (iii) el CONCESIONARIO tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los servicios que se puedan brindar dentro del TPMS (...)"

"8.1. La explotación del TPMS por el CONCESIONARIO constituye un derecho, así como un deber, en la medida en que el CONCESIONARIO está obligado a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario y prestar el servicio a los usuarios. Para el cumplimiento de tal obligación, el CONCESIONARIO deberá observar, como mínimo, lo establecido en el Contrato y en sus Anexos. La explotación será el único mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recuperará las inversiones y gastos que realice en el TPMS.

El CONCESIONARIO tiene derecho a disponer la organización de los servicios dentro del TPMS y a tomar las decisiones que considere más conveniente para su adecuada operación y

⁹Diciembre de 2018.

funcionamiento, respetando los términos y condiciones del presente Contrato y las Leyes y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad de CONCESIONARIO en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites contenido en el presente Contrato y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.

"DOCUMENTOS INTERNOS

8.11. EL CONCESIONARIO pondrá en conocimiento del REGULADOR en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la fecha de cierre, el procedimiento de aplicación de tarifas, así como sus políticas comerciales y operativas, los mismos que deberán cumplir con lo dispuesto en las Normas Regulatorias, incluyendo en Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

8.12. Asimismo el CONCESIONARIO deberá de presentar en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la fecha cierra, para la aprobación de las autoridades competentes, los siguientes documentos:

- a) Reglamento de operaciones del TPMS, el cual deberá incluir todos los procedimientos operativos por tipo de carga y nave, así como la descripción de todas aquellas operaciones relacionadas con las actividades, servicios y acceso a los usuarios, dentro del terminal portuario.
(...)"

"5.4. El CONCESIONARIO tendrá derecho a la explotación de los bienes de la Concesión, para la prestación de los servicios, así como el ejercicio de los derechos que sean necesarios sobre tales bienes para que cumpla con las obligaciones a su cargo establecidas en el Contrato las Leyes y Disposiciones Aplicables".

[El subrayado y énfasis es nuestro]

- 21.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 5.4 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de STI 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 resultado.¹⁰

¹⁰ 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.

- 22.- En razón de ello, STI 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.
- 23.- Por lo tanto, como administradora del Terminal Portuario, STI se encuentra facultada para establecer procedimientos para la correcta atención de los usuarios.

c) **Respecto del cobro de la factura materia de reclamo**

- 24.- SOUTH SHIPPING indicó que corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura Nº F103-00007106, emitida por concepto de Acceso a las Naves, pues el respectivo servicio no fue solicitado ni brindado por la Entidad Prestadora, en la medida que la nave MN IVAR REEFER no requiere por su tamaño de un dragado profundo para su ingreso al Terminal Portuario, habiendo contratado únicamente el servicio de uso de amarraderos.
- 25.- SOUTH SHIPPING agregó que el cobro del servicio de acceso realizado por parte de STI a todas las naves por igual, sin considerar aspectos como el tamaño o calado; la colocan en desventaja frente a otros competidores, desalentando su ingreso al Terminal Portuario.
- 26.- STI manifestó que el servicio de acceso se brinda a todas las naves que ingresan al Terminal Portuario, pues de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión que tiene suscrito con el Estado, se encuentra obligada de realizar obras de mantenimiento en el Terminal Portuario, lo que incluye el dragado en las áreas acuáticas de la zona portuaria.
- 27.- Sobre el particular, resulta preciso indicar que, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el servicio de Acceso a las Naves califica como un servicio estándar que la Entidad Prestadora brinda a la nave.
- 28.- En esa misma línea, el literal a), del artículo 8.18 del Contrato de Concesión, señala que el servicio de acceso comprende el servicio de ingreso de las naves al Terminal Portuario, el dragado de mantenimiento, las torres de enfilación, balizamiento y ayudas a la navegación que no sean de competencia de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas.
- 29.- Con relación a los servicios que comprende el Acceso a las Naves, el artículo 64 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, Decreto Supremo Nº 003-2004-MTC, establece lo siguiente:

*"Artículo 64.- **Son servicios generales del puerto aquellos servicios comunes que presta la Autoridad Portuaria competente y de los que se benefician los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud.** Estos servicios también podrán ser prestados directamente o*

tercerizados. La Autoridad Portuaria competente prestará en las áreas comunes del puerto, entre otros, los siguientes servicios generales:

a. Ordenación, coordinación y control del tráfico portuario marítimo y terrestre.

b. Señalización, balizamiento y otras ayudas a la navegación para el acceso de la nave al puerto.

c. Vigilancia y seguridad.

d. Dragado de las áreas comunes.

f. Limpieza

g. Prevención y control de emergencias.

h. Contra incendios en naves a flote.

Los compromisos contractuales a que se refieren los artículos 10 y 11 de la Ley podrán establecer que el administrador portuario asuma uno o más servicios generales, sin que esto sea considerado tercerización. El administrador portuario podrá a su vez tercerizar estos servicios, bajo su responsabilidad, de acuerdo a las directivas técnicas que emita la Autoridad Portuaria correspondiente.

[el resaltado y subrayo es nuestro]

- 30.- Cabe precisar que el dragado es el servicio que se presta en las áreas acuáticas de las zonas portuarias, con la finalidad de asegurar la profundidad necesaria para que las naves puedan navegar en condiciones mínimas de seguridad por los canales de ingreso y salida del Terminal Portuario¹¹.
- 31.- Asimismo, la señalización, balizamiento y otras ayudas a la navegación (incluyendo las torres de enfilación), son el conjunto de dispositivos que conforman el sistema de señalización náutica en las zonas portuarias y sirven para brindar mayor seguridad en la navegación¹².
- 32.- En atención a lo indicado, el dragado, las torres de enfilación, balizamiento y las ayudas a la navegación, permiten que las naves ingresen al Terminal Portuario en condiciones mínimas de seguridad, por lo que su prestación beneficia a todos los usuarios.
- 33.- Cabe precisar que todos estos servicios son brindados por la Autoridad Portuaria; no obstante, resulta posible que, de acuerdo con los compromisos contractuales suscritos por el Estado, se pueda establecer que el Concesionario del Terminal Portuario asuma su prestación, tal como sucede en el caso del puerto que administra STI.
- 34.- En efecto y, conforme a lo señalado precedentemente, de acuerdo con el Contrato de Concesión suscrito entre STI y el Estado, el servicio de Acceso a las Naves califica como un servicio estándar que la Entidad Prestadora brinda a la nave, el cual resulta necesario e indispensable para el embarque y/o descarga de cada tipo de carga y embarque y desembarque de pasajeros que ingresen al Terminal Portuario.

¹¹ <https://www.apn.gob.pe/site/servicios-portuarios/servicios-generales/dragado.aspx>

¹² <https://www.apn.gob.pe/site/servicios-portuarios/servicios-generales/señalización-balizamiento.aspx>

- 35.- Consecuentemente, la Entidad Prestadora se encuentra obligada a brindar el referido servicio sin necesidad de contar con una solicitud por parte del usuario, debido que su prestación resulta necesaria e indispensable para permitir que las naves ingresen al Terminal Portuario en condiciones mínimas de seguridad.
- 36.- En esa línea, SOUTH SHIPPING no se encontraba en la posibilidad de elegir que STI le brindara o no el servicio de Acceso a la Nave, toda vez que su prestación resultaba necesaria a efectos de salvaguardar el ingreso de la nave MN IVAR REEFER al Terminal Portuario en condiciones seguras.
- 37.- Cabe precisar que la prestación del servicio por parte de STI a los usuarios, no se encuentra condicionada al calado o tamaño de la nave, de modo que no todas las naves aprovecharan la profundidad completa del dragado que ofrece el Terminal Portuario. No obstante, ello no implica que no se preste el correspondiente servicio.
- 38.- En atención a lo expuesto, STI brindó a favor de SOUTH SHIPPING el servicio de "Acceso a las Naves".
- 39.- Adicionalmente, SOUTH SHIPPING manifestó que el cobro por parte de STI, del servicio de acceso a todas las naves por igual sin considerar aspectos como su tamaño o calado, la colocan en desventaja frente a otros competidores, desalentando su ingreso al Terminal Portuario.
- 40.- Sobre el particular, mediante memorando N° 137-2021-GRE-OSITRAN, la GRE señaló, en atención a la consulta realizada por la Secretaría Técnica por encargo del TSC, lo siguiente:

"Conforme a la información proporcionada en el anexo del documento de la referencia, la factura N° F103-00007106 emitida el 8 de junio de 2020 por STI corresponde a la prestación del Servicio Estándar de "Acceso a las Naves". En esta factura se indica que STI brindó el referido servicio a 14 406,00 Unidades de Arqueo Bruto (en adelante, UAB) y, siendo que el precio unitario para dicho servicio fue de USD 1,779, el cobro total correspondiente por la prestación de este servicio fue de USD 25 628,27.

Con respecto a la tarifa cobrada por la prestación del servicio de "Acceso a las Naves", es preciso señalar que, en la fecha de emisión de la factura (8 de junio de 2020) correspondía aplicar la versión 7 del Tarifario del TPMS que estuvo vigente desde el 3 de febrero de 2020 hasta el 29 de octubre de 2020, según el cual la tarifa a cobrar por la prestación del referido servicio fue de USD 1,779 por cada UAB.

Cabe mencionar que la cláusula 8.18 del Contrato de Concesión del TPMS señala que el Servicio Estándar de "Acceso a las Naves" se encuentra dentro del grupo de Servicios Estándar a la Nave y que la tarifa por este concepto se aplica por UAB de las naves que acceden al TPMS.

Asimismo, es importante precisar que, en aplicación de lo establecido en el último párrafo del punto 3 del Anexo 5 del Contrato de Concesión del TPMS, el cobro por este servicio se encuentra vigente a partir del 22 de marzo de 2019, es decir, desde la versión 3 del Tarifario del TPMS, luego de que, tal como consta en acta de fecha 7 de marzo de 2019, la Autoridad Portuaria Nacional recibió la obra de dragado inicial en el TPMS.

En conclusión, se observa que la tarifa cobrada por STI por la prestación del servicio de "Acceso a las Naves" en el TPMS se encuentra de acuerdo con lo indicado en el Tarifario vigente en la fecha de emisión de la factura y conforme con lo señalado en el último párrafo del punto 3 del Anexo 5 y la cláusula 8.18 del Contrato de concesión del TPMS."

- 41.- Conforme se advierte de lo señalado por la GRE, la tarifa cobrada por STI al usuario mediante la factura N° F103-00007106 emitida por un monto de US\$ 25 628.27 (Veinticinco mil seiscientos veintiocho con 27/100 dólares americanos) por el servicio de "Acceso a las Naves", fue realizada de acuerdo a lo previsto en la Versión 7 del Tarifario vigente de la Entidad Prestadora, así como conforme a lo dispuesto por el Contrato de Concesión.
- 42.- Consecuentemente, corresponde desestimar lo alegado por el usuario en este extremo del reclamo y, en consecuencia, confirmar la Resolución N° 1 emitida por la Entidad Prestadora.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹³;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° 001-2020/STI-GOC, que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por SOUTH SHIPPING LIMITED S.A. contra SALAVERY TERMINAL INTERNACIONAL S.A., por el cobro de la factura N° F103-00007106, emitida por el servicio de "Acceso a las Naves".

¹³ 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".

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

TERCERO.- NOTIFICAR a SOUTH SHIPPING LIMITED S.A. y a SALAVERRY TERMINAL INTERNACIONAL 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, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Humberto Ángel Zúñiga Schroder.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN**

NT: 2021072351

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico firmado digitalmente, archivado por el OSITRÁN, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://servicios.ositran.gob.pe:8443/SGDEntidades/login.jsp>