



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 160-2020-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE N° : 160-2020-TSC-OSITRAN
APELANTE : RASAN S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/0263-2020

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 20 de setiembre de 2021

SUMILLA: *Habiéndose verificado que la modificación del Plan de Operaciones por parte de la Entidad Prestadora provocó la prolongación de tiempo de atraque de la nave Shelter Island, generando el cobro de cuarenta y seis (46) horas con cincuenta y cinco (55) minutos adicionales por concepto de Uso de Amarradero en perjuicio del usuario, corresponde revocar la resolución de primera instancia, dejando sin efecto dicho cobro.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por RASAN S.A. (en adelante, RASAN o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0263-2020 (en lo sucesivo, Resolución N° 1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

1. El 21 de septiembre de 2020, RASAN presentó reclamo ante APM, solicitando se deje sin efecto parcialmente el cobro de la factura N° Foo4-62900 emitida por el concepto de "Uso de Amarradero" por la suma de US\$ 46,735.33 sin IGV, señalando lo siguiente:
 - i. De acuerdo con el Plan de Operaciones elaborado por APM, la descarga de la mercancía se realizaría en 19 jornadas (152 horas); sin embargo, esta se realizó en 26 jornadas (208 horas), existiendo una diferencia de 56 horas en exceso entre lo planificado y el servicio efectivamente brindado por la Entidad Prestadora.



Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe



- ii. La demora en la descarga de la mercadería se debió a que APM solo realizó la desestiba de la bodega N° 5 durante el día, incumpliendo lo acordado en el Plan de Operaciones, donde se consignó que esta se realizaría durante los tres (3) turnos de trabajo.
 - iii. APM manifestó que la descarga de la bodega N° 5 se ejecutaría solo durante el turno noche, en la medida que la carga se encontraba en condiciones de altura; sin embargo, correspondía a la Entidad Prestadora gestionar y asignar los recursos humanos y operativos a fin de cumplir con lo planificado.
 - iv. Por tal motivo, solicitó se dejara sin efecto parcialmente la factura N° Foo4-62900 por el monto de US\$ 12,766.72 equivalente a las cincuenta y seis (56) horas adicionales que la nave SHELTER ISLAND permaneció en el Terminal Portuario como consecuencia de las demoras atribuibles a APM.
2. Mediante Resolución N° 1 notificada el 8 de octubre de 2020, APM resolvió el reclamo presentado por RASAN, declarándolo infundado, en virtud de los siguientes argumentos:
- i. La factura N° Foo4-62900, se emitió por la prestación del servicio de Uso de Amarradero brindado a la nave SHELTER ISLAND, dentro del alcance del servicio estándar en función de la nave, previsto en su Reglamento de Operaciones.
 - ii. El cobro del servicio de Uso de Amarradero se obtiene al multiplicar la longitud de la eslora de la nave por la cantidad de horas (o fracción de hora) que permanece acoderada en el muelle.
 - iii. Conforme al documento denominado "*Ship's Particular*", la longitud de la eslora de la nave SHELTER ISLAND fue de 199.98 metros; y el tiempo de permanencia de esta en el muelle fue de 205 horas, las cuales se contabilizaron desde la fecha y hora de la primera línea de atraque de la nave en el muelle (24 de agosto de 2020 a las 15:26 horas) hasta la última línea de desatraque (2 de septiembre de 2020 a las 03:40 horas). Por tal motivo, la factura se encuentra correctamente emitida.
 - iv. En el presente caso, se planificó realizar la descarga de la nave SHELTER ISLAND en 19 jornadas establecidas en el Plan de Operaciones; sin embargo, debido a las condiciones de mala estiba de la carga se trabajaron 25 jornadas; dejándose constancia de dicho hecho en los Protestos Informativos N°2021-0124 y N°2021-0125, por lo que el exceso de permanencia de la nave en el Terminal Portuario no resultó atribuible a la Entidad Prestadora.

- v. La condición de mala estiba de la mercancía generó complicaciones en la descarga, por lo que no se pudo trabajar en los turnos de noche, generándose la extensión de la estadía de la nave SHELTER ISLAND.
 - vi. Asimismo, se consideró en el Plan de Operaciones la posibilidad de no operar durante los turnos de madrugada por razones operativas, por lo que no resulta consecuente que RASAN solicite a APM responder por los supuestos sobrecostos que se habrían generado consecuencia de haberse presentado dicho evento.
 - vii. La modificación realizada sobre las operaciones de descarga se produjo en ejercicio de las facultades de APM para organizar las operaciones portuarias. En adición a ello, el artículo 37 del Reglamento de Operaciones de APM señala que el tiempo de suspensión de operaciones debido a la mala estiba de la carga será atribuible a la Nave.
 - viii. Finalmente, con relación al argumento referido a que APM no contó con los equipos necesarios para las operaciones de descarga, manifestó haberse informado al usuario que, debido a las condiciones de estiba de la carga, el personal de APM debía de ingresar con equipos especiales como canastillas de seguridad. Asimismo, mediante correo electrónico del 25 de agosto de 2020, se informó a RASAN que no se podía seguir operando pues el comando de la Nave no estaba proveyendo energía para la grúa.
 - ix. Por tanto, si bien se produjeron demoras durante la descarga de la indicada nave, estas se debieron a eventos que no fueron de responsabilidad de APM, motivo por el cual la factura objeto de análisis se encuentra debidamente emitida.
3. Con fecha 15 de octubre de 2020, RASAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 de APM, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y agregando lo siguiente:
- i. APM pretende argumentar que la prolongación de jornadas en la descarga de la mercancía se debió a la mala estiba de la carga, pretendiendo acreditar ello con los Protestos Informativos; no obstante, estos documentos son utilizados para la comunicación entre la Entidad Prestadora y la Capitanía del Puerto, razón por la cual no tienen sustento técnico para demostrar la supuesta mala estiba, tal como el Tribunal de OSITRAN lo ha señalado en la Resolución Final del Expediente N° 139-2019-TSC-OSITRAN.
 - ii. Resulta claro que el factor que originó la demora en las labores de descarga de la nave no fue la mala estiba de la carga, sino la variación del Plan de Operaciones, en la

medida que APM no dispuso de los recursos adecuados y suficientes para realizar las operaciones de descarga de la bodega N°5, que contenía la mayor mercancía que transportó la nave SHELTER ISLAND.

- iii. Agregó que APM ha reconocido no haber realizado labores de descarga durante los turnos de trabajo de noche y madrugada, por lo que el exceso de permanencia de la nave en el Terminal Portuario se originó por razones atribuibles a APM.
4. El 4 de noviembre de 2020, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC) el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando lo expuesto en la Resolución N° 1.
5. El 8 de setiembre de 2021, se realizó la audiencia de vista de la causa, quedando la causa al voto.
6. Con fecha 13 de setiembre de 2021, APM presentó su escrito de alegatos finales reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1, y agregando lo siguiente:
 - i. Las operaciones de descarga de la nave SHELTER ISLAND, registraron demoras por la mala estiba de la mercadería en la bodega N° 5, hecho que fue reportado en los Protestos N° 2020-0124 y 2020-0125. Agregó que, mediante correo electrónico del 28 de agosto de 2020, se informó al usuario las condiciones en que llegó su mercadería.
 - ii. Los hechos por los cuales se incurrió en la extensión de la estadía de la nave se debieron a: (i) la falta de retiro de la mercadería por parte de los consignatarios; y, (ii) la falta de personal debido a la pandemia del COVID 19, la cual de acuerdo a lo señalado por el propio OSITRAN, es un evento de fuerza mayor que escapa de la responsabilidad de la Entidad Prestadora.

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 emitida por APM.
 - ii. Determinar si corresponde que APM realice una reducción del monto cobrado a RASAN a través de la factura N° Foo4-62900, emitida por concepto de "Uso de Amarradero".

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

8. El presente reclamo versa sobre el cuestionamiento de RASAN respecto al cobro de la factura N° Foo4-62900, emitida por concepto de "Uso de Amarradero", debido a que APM pretendería cobrar un monto mayor al que correspondería por dicho servicio, teniendo en cuenta que la permanencia en exceso de la nave en el muelle del Terminal Portuario se habría producido por causas atribuibles a la Entidad Prestadora; hecho que se encuentra previsto como un supuesto de reclamo referido a la facturación del servicio en el numeral 1.5.3.1 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM¹ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM) y en el literal a) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN² (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
9. De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁵, el plazo que tiene el usuario

¹ **Reglamento de Reclamos de APM**

"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.
(...)"

² **Reglamento de Reclamos de APM**

"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 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 así lo disponga expresamente conforme a ley".

⁴ **Reglamento de Reclamos de APM**

"3.1.2 Recurso de Apelación

Contra la resolución emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A., procede la interposición de recurso de apelación.

El recurso de apelación deberá interponerse ante APM TERMINALS CALLAO S.A. dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución.

Cualquiera de las partes en el procedimiento podrá interponer cuando la impugnación se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, o se sustente en una nulidad, o en aquellos casos en que proceda el silencio administrativo negativo; o cuando teniendo una nueva prueba, no se opte por el recurso de reconsideración".

⁵ **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**

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 se advierte lo siguiente:
 - i. La Resolución N° 1 fue notificada a RASAN el 8 de octubre de 2020.
 - ii. El plazo máximo que tuvo RASAN para interponer su recurso de apelación venció el 29 de octubre de 2020.
 - iii. RASAN apeló con fecha 15 de octubre de 2020, es decir, dentro del plazo legal.
11. Por otro lado, conforme se evidencia del recurso de apelación presentado, este 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 N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS⁶ (en adelante, TUO de la LPAG).
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

III.2.1 Cuestión previa

13. Mediante escrito del 6 de setiembre de 2021, APM solicitó informar oralmente ante este Tribunal los argumentos de su defensa en el presente procedimiento administrativo.
14. Sobre el particular, cabe señalar que, a lo largo del procedimiento, tanto en su primera como segunda instancia, ambas partes han expuesto los fundamentos de su defensa, así como presentado diversos documentos en calidad de medios probatorios.

*"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación
El plazo para la interposición del recurso es de quince (15) días contados a partir de la notificación del acto recurrido o de aplicado el silencio administrativo".*

⁶ **TUO de la LPAG**

"Artículo 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".

15. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal aprecia que, en base a la documentación presentada y los argumentos planteados por las partes, se cuenta con elementos de juicio suficientes para resolver la materia en controversia con plena convicción.
16. En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Reclamos del OSITRAN⁷, corresponde la denegatoria del pedido de informe oral formulado por APM.

III.3.2 De los alcances del servicio de uso de amarradero

17. El Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión), establece en sus cláusulas 1.23.97, 1.23.98 y 1.23.99, las definiciones de Servicios, Servicio Estándar y Servicios Especiales, respectivamente, de la siguiente manera:

1.23.97. Servicios

Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales.

1.23.98. Servicios Especiales

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.

1.23.99. Servicios Estándar

⁷ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN

Artículo 60°

(...)

La notificación de la fecha para la vista de la causa deberá realizarse con una anticipación no menor de cinco (5) días a la fecha de su realización y de ser el caso, la solicitud de informe oral deberá presentarse con una anticipación no menor a tres (3) días a la fecha de su realización, la cual será concedida por el Tribunal de Solución de Controversias de considerar oportuno y necesario contar con elementos de juicio adicionales para la emisión de su pronunciamiento; caso contrario, procederá a resolver la apelación con los medios probatorios presentados por las partes a lo largo del procedimiento. (...).

⁸ **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."

Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3.”

18. 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 y servicios que se brindan a la carga.
19. Con relación a los servicios brindados a la nave, el literal a), del artículo 8.19 del Contrato de Concesión, prescribe lo siguiente:

"8.19. SERVICIOS ESTÁNDAR

a) SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA NAVE:

Comprende la utilización de los Amarraderos del Terminal Norte Multipropósito. La Tarifa por este concepto se aplica por metro de Eslora de la Nave y por 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, La Tarifa incluye el servicio de Amarre y Desamarre de la Nave, La presente Tarifa será cobrada a la Nave”.

20. 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.
21. Por otro lado, entre las prerrogativas que el Contrato de Concesión otorga a APM se encuentra la de adoptar las decisiones que considere más conveniente 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, encontrándose entre ellos, el Reglamento de Operaciones de APM⁸, aprobado por la

⁸ Contrato de Concesión

"REGLAMENTOS INTERNOS

8.12. La SOCIEDAD CONCESIONARIA pondrá en conocimiento del REGULADOR en un plazo no mayor de tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, 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 el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

8.13. Asimismo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar a los tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, para la aprobación de la APN los siguientes documentos:

a) Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.

b) Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN.

La APN contará con un plazo de sesenta (60) Días Calendario para emitir su pronunciamiento, plazo que empezará a computarse a partir de la presentación de los documentos referidos en el párrafo anterior, De no pronunciarse la APN en el plazo establecido, se entenderá que los documentos presentados han sido aprobados.

Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) mediante Resolución de Gerencia General N° 813-2019-APN-GG.

22. Siendo ello así, con relación al uso de amarradero, los artículos 85, 86 y 87 del Reglamento de Operaciones de APM, vigente a la fecha de sucedidos los hechos⁹, señalan lo siguiente:

"Artículo 85.- Este servicio comprende la utilización de los amarraderos de Terminal Portuario, así como el servicio de amarre y desamarre.

Artículo 86.- El servicio de amarre o desamarre de Naves es proporcionado por el personal de gavieros de APMTC para todos sus Amarraderos. APMTC dispondrá de personal de gavieros para el apoyo en el manipuleo de las Naves en muelle, para el atraque, desatraque, cambio de amarradero y corrida de Naves. El personal estará disponible antes de cada maniobra de conformidad con las disposiciones emitidas por la APN. Para realizar las maniobras de amarre y desamarre de Naves, se deberán cumplir con las normas de seguridad recogidas en el artículo 9 de la RAD 009-2011- APN/DIR.

Artículo 87.- La tarifa por este concepto será cobrada de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial.

La longitud total de la Nave (LOA), será confirmada por su Ship's Particulars".

23. En consecuencia, conforme a lo expuesto, APM 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 Operaciones y Tarifario de APM.

III.2.3 Sobre la organización de los servicios que brinda APM

24. En virtud del Contrato de Concesión¹⁰ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹¹. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

(...)"

⁹ Reglamento de Operaciones de APM versión 5.2, vigente desde el 22 de octubre de 2019 (aprobado mediante Resolución N° 813-2019- APN-GG).

¹⁰ *Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao entre APM y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.*

¹¹ *Contrato de Concesión*

"DEFINICIONES

1.23. En este Contrato de Concesión, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

1.23.26. *Concesión*

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

8.1.- *La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho (...) 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. Para el cumplimiento de tal obligación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá observar, como mínimo, los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos.*

(...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene 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]

25. 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 es nuestro]

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

Es la relación jurídica de derecho público que se establece entre el CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA a partir de la Fecha de Suscripción de los Contratos, mediante la cual el CONCEDENTE otorga a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el derecho a explotar y la obligación de diseñar construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito, durante el plazo de vigencia del Contrato de Concesión. (...)"

SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

4.1. *La Concesión del Terminal Norte Multipropósito, se otorga por un plazo de treinta (30) años, contado desde la Fecha de Suscripción de los Contratos".*

dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado¹².

27. En razón de ello, APM 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.
28. En esa misma línea, el artículo 7 del Reglamento de Operaciones de APM, señala lo siguiente:

“Artículo 7.- Es responsabilidad de APMTTC planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, así como identificar, ubicar y custodiar la carga al interior del Terminal Portuario, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión. Asimismo, es responsable de gestionar adecuada y oportunamente los recursos humanos espacios y equipamiento portuario, disponibles para las operaciones a realizar dentro del Terminal Portuario.
(...)”

[El subrayado es nuestro]

29. En ese sentido, APM como Entidad Prestadora es responsable sobre la adecuada planificación y organización de las operaciones de descarga que se realicen dentro del Terminal Portuario.

III.2.4 Sobre el cobro de la factura N°Foo4-62900

30. En el presente caso, RASAN solicitó se dejara sin efecto parcialmente la factura N° Foo4-62900, por un monto equivalente a las cincuenta y seis (56) horas que adicionalmente a lo previsto la nave SHELTER ISLAND debió permanecer en el Terminal Portuario, debido a que APM no realizó labores de descarga de la bodega N°5 durante los tres (3) turnos de trabajo acordados, lo cual implicó un incumplimiento del Plan de Operaciones de parte de la Entidad Prestadora.
31. Por su parte, APM señaló que, si bien se registraron demoras durante las operaciones de la nave SHELTER ISLAND, estas se debieron a la mala estiba de la mercancía de RASAN, conforme fue reportado en los Protestos Informativos N°2021-0124 y N°2021-0125, no resultándole por ello atribuible. Asimismo, manifestó que dejó de efectuar labores de descarga durante los turnos de madrugada por razones operativas, lo que fue debidamente informado a RASAN.

¹² 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.

32. Ahora bien, de la revisión del expediente se aprecia que obra el Plan de Operaciones elaborado por APM para la descarga de la nave SHELTER ISLAND, en el cual se consignó que la secuencia de la descarga de la mercancía se iba a realizar en diecinueve (19) jornadas de trabajo; y que, las operaciones de descarga en la bodega N°5 se realizarían en las primeras quince (15) jornadas de trabajo, tal como se muestra a continuación:

SECUENCIA DE DESCARGA													
CANT.	BODEGA NRO.5			BODEGA NRO.4			BODEGA NRO.3		BODEGA NRO.2		BODEGA NRO.1		Q
	TUBOS	BARRAS	HUACALES	ALAMBRO	PLANCHAS	BOBINAS	HUACALES	BOBINAS	BOBINAS	HUACALES	HUACALES	BOBINAS	
TOTAL TM	6,708.739 TM			6,632.160 TM			2,896.696 TM		8,208.524 TM		8,613.667 TM		
JORNADAS	2,720	52	972	522	73	632	442	98	836	272	2,377	10	
JORNADA 1	250										250		2
JORNADA 2	250										250		2
JORNADA 3	250										250		2
JORNADA 4	250										250		2
JORNADA 5	250						250						2
JORNADA 6	250						192	⇒ 98					2
JORNADA 7	250										250		2
JORNADA 8	250										250		2
JORNADA 9	250										250		2
JORNADA 10	250										250		2
JORNADA 11	220	⇒ 30									250		2
JORNADA 12		22	⇒ 222								127	⇒ 10	2
JORNADA 13			250	450									2
JORNADA 14			250						180				2
JORNADA 15			250						180				2
JORNADA 16				72	⇒ 73	⇒ 92			180				2
JORNADA 17						180			180				2
JORNADA 18						180			116	⇒ 22			2
JORNADA 19						180				250			2
	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	38

Ritmos de descarga supeditados a la estiba abordo y condición de arribo, así como espacios disponibles para arrumaje de carga en muelle y zonas.
LA DESCARGA DEBE SER DE PLAN SIN DEJAR CARGA EN ALTURA.

33. Sin embargo, se aprecia que en la Resolución N° 1 expedida por APM, materia de cuestionamiento por parte de RASAN, la Entidad Prestadora reconoció que las operaciones de descarga de la nave SHELTER ISLAND se realizaron en veinticinco (25) jornadas de trabajo, conforme se aprecia a continuación:

"(...)

2.3.1 Supuesta modificación en el Plan de Trabajo de 19 jornadas programadas a 26 empleadas

"(...)

Es importante mencionar que para este operativo se programaron 19 jornadas, pero debido a las condiciones de mala estiba se en 25 jornadas.

"(...)"

[El subrayado es nuestro]

34. Asimismo, se aprecia que, mediante dicho Plan de Operaciones, APM informó al usuario que las operaciones de descarga iban a iniciar a las 15:30 horas del 24 de agosto de 2020, debiendo culminar a las 23:00 horas del 30 de agosto de 2020.
35. No obstante, de la revisión del expediente, se aprecia que obra el "Reporte Final de Operaciones" de la nave SHELTER ISLAND, documento en el cual se consignó que la descarga de la mercancía finalmente se inició a las 17:40 horas del 24 de agosto de 2020 y culminó a las 21:55 horas del 01 de septiembre de 2020.
36. De igual modo, en el citado "Reporte Final de Operaciones" se puede verificar que no se realizó labores de descarga de la bodega N°5 durante siete (07) jornadas de trabajo, tal como se aprecia a continuación:

Reporte Final de Operaciones de la nave SHELTER ISLAND

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	24/08/2020	17:40 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	01/09/2020	21:55 horas

N° Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo ¹³	B1	B2	B3	B4	B5
1	24/08 (17:40 - 23:00)	X	X	X		
2	24/08 (23:00 - 07:00)	X		X		
3	25/08 (07:00 - 15:00)	X		X		X
4	25/08 (15:00 - 23:00)		X		X	
5	25/08 (23:00 - 07:00)		X		X	
6	26/08 (07:00 - 15:00)	X				X
7	26/08 (15:00 - 23:00)	X			X	X
8	26/08 (23:00 - 07:00)		X		X	
9	27/08 (07:00 - 15:00)	X				X
10	27/08 (15:00 - 23:00)	X	X		X	X
11	27/08 (23:00 - 07:00)	X			X	
12	28/08 (07:00 - 13:00)	X				X
13	28/08 (15:00 - 23:00)	X				X
14	28/08 (23:00 - 07:00)	X	X			X
15	29/08 (07:00 - 13:00)	X	X			X

¹³ Conforme con lo establecido en el Reglamento de Operaciones de APM, las jornadas laborales comprenden los siguientes horarios: 07:00 horas, 15:00 horas y 23:00 horas)

16	29/08 (15:00 - 23:00)	X	X			X
17	29/08 (23:00 - 07:00)		X			X
18	30/08 (07:00 - 13:00)		X			X
19	30/08 (15:00 - 23:00)					X
20	30/08 (23:00 - 07:00)	X				X
21	31/08 (07:00 - 13:00)	X				X
22	31/08 (15:00 - 23:00)	X				X
23	31/08 (23:00 - 07:00)	X			X	
24	01/09 (07:00 - 13:00)	X			X	X
25	01/09 (15:00 - 23:00)	X				X

37. Del análisis en conjunto del Plan de Operaciones y del Reporte Final de Operaciones se desprende lo siguiente:
- Pese a haberse acordado que las labores de descarga de la nave SHELTER ISLAND se realizarían en un total de diecinueve (19) jornadas, finalmente se llevaron a cabo en veinticinco (25) jornadas de trabajo, es decir, en seis (6) jornadas adicionales.
 - Habiéndose planificado la culminación de las operaciones de descarga para las 23:00 horas del 30 de agosto de 2020, se constata que estas culminaron a las 21:55 horas del 01 de septiembre de 2020, esto es, cuarenta y seis (46) horas con cincuenta y cinco (55) minutos después de lo planificado inicialmente por la Entidad Prestadora.
 - Pese a haberse acordado en el Plan de Operaciones que las operaciones de descarga de la bodega N°5 se trabajarían de manera continua en las primeras quince (15) jornadas, se paralizaron las operaciones de descarga de la bodega N°5 durante siete (07) jornadas de turnos de noche y de madrugada.
38. Como se observa, los hechos señalados evidencian el incumplimiento del Plan de Trabajo, en la medida que: i) las labores de descarga se realizaron en veinticinco (25) jornadas en lugar de la diecinueve (19) jornadas acordadas; ii) no se culminó la descarga en la fecha y hora programada; y, iii) se paralizaron las operaciones de descarga correspondientes a la bodega N°5 en siete (07) jornadas de trabajo, todo lo cual alteró la secuencia de la descarga de la nave SHELTER ISLAND y ocasionó una extensión de tiempo de Uso de Amarradero de la citada nave.
39. Ahora bien, APM manifestó que la prolongación de las operaciones de descarga de la nave SHELTER ISLAND no se debió a hechos que le fueran atribuibles, sino debido a que la mercancía de RASAN se habría encontrado mal estibada, razón por la cual presentó como medios probatorios los Protestos Informativos N° 2020-0124 y 2020-0125 ante la Capitanía del puerto del Callao; documentos en los cuales consignó dicha condición de la mercancía.

40. Al respecto, cabe indicar que, si bien constan en el expediente los citados Protestos Informativos, en los cuales se consignó que la mercadería se encontraba mal estibada; dichos documentos no acreditan fehacientemente que este hecho ocasionó que la descarga de la nave finalizara cuarenta y seis (46) horas con cincuenta y cinco (55) minutos después de lo planificado inicialmente por la Entidad Prestadora.
41. En efecto, APM no ha presentado medio probatorio alguno que demuestre la existencia de causalidad entre la señalada mala estiba de la mercadería y las demoras en la descarga por más de un (01) día; así como tampoco que esta guarde relación con las paralizaciones que registró la bodega N° 5 alegada por RASAN a lo largo del procedimiento administrativo.
42. Si bien en sus alegatos finales APM presentó correos electrónicos enviados a RASAN el 28 de agosto de 2020, en los cuales informó acerca de la mala estiba de su mercadería transportada en la SHELTER ISLAND; en los citados correos se aprecia que la Entidad Prestadora únicamente señaló que la alegada mala estiba ocasionaría que su personal realice maniobras exigidas que podrían ocasionar daños a la carga, sin acreditar que este hecho podría provocar una sobrestadía de la nave en el terminal portuario.
43. En efecto, cabe recordar que de acuerdo con el inciso 2 del artículo 173 del TUO de la LPAG¹⁴, corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones, lo que no ha ocurrido en el presente procedimiento, pues APM no ha demostrado que la sobrestadía de la nave SHELTER ISLAND hubieran ocurrido por causas imputables al usuario.
44. Consecuentemente, se desprende que la paralización de las operaciones de descarga de la bodega N° 5, modificando el Plan de Operaciones, prolongó las operaciones más allá de lo previsto inicialmente, provocando la prolongación de tiempo de atraque de la nave SHELTER ISLAND, lo que a su vez generó el cobro de cuarenta y seis (46) horas con cincuenta y cinco (55) minutos adicionales por concepto de Uso de Amarradero.
45. Finalmente, sobre el particular, APM justificó en sus alegatos finales las demoras en las operaciones de descarga de la nave SHELTER ISLAND, en la falta de personal provocada por la exposición o contagio con el virus COVID-19, alegando que lo ocurrido se encontraba

¹⁴ TUO DE LA LPAG

Artículo 173.- Carga de la prueba

(...)

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

fuera de su control, en la medida que se presentó dentro de una situación de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, esto es, un caso fortuito o de fuerza mayor.

46. En este punto, cabe recordar que en virtud del numeral 8.1 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión¹⁵, APM tiene entre sus prerrogativas adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del Terminal Portuario, entre ellas la de emitir sus políticas comerciales y operativas, por lo que no solo se presenta como una Entidad Prestadora de servicios sino además como la administradora del Terminal Portuario, habiendo establecido en su Reglamento de Operaciones procedimientos debidamente determinados para la correcta atención de la mercancía de los usuarios.
47. Asimismo, como administradora del Terminal Portuario, APM debe destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarias de manera autónoma; entregándole el Contrato de Concesión en su cláusula 8.2¹⁶ la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales, así como las normas legales vigentes.
48. En ese contexto, el Contrato de Concesión y el Reglamento de Operaciones de APM establecen que es responsabilidad de la propia Entidad Prestadora realizar la planificación de las operaciones considerando los recursos con los que cuenta el Terminal Portuario, planificación que incluye la adopción de medidas de acuerdo a la magnitud de la operación y los recursos necesarios, así como también la asignación de muelles y amarraderos; ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora, respondiendo frente a los usuarios respecto de cualquier hecho o circunstancia que pueda afectar el normal desarrollo de las actividades portuarias.
49. Teniendo en cuenta lo indicado, si bien se aprecia que APM cuenta con facultades para modificar el Plan de Operaciones inicialmente previsto, los costos derivados de dicha modificación, no corresponde sean asumidos por el usuario sino por la Entidad Prestadora, al ser la encargada y responsable de la planificación de las operaciones en el Terminal Portuario; más aún si en el presente caso no se ha acreditado con medio probatorio alguno

¹⁵ Contrato de Concesión

8.1. -"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."

¹⁶ Contrato de Concesión

8.2. 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.

que la prolongación en las operaciones que ocasionaron la modificación del Plan de Trabajo inicialmente previsto, haya ocurrido por razones atribuibles al usuario.

50. Siendo ello así, no corresponde que los costos derivados de la variación del Plan de Trabajo y paralización de las operaciones de descarga de la bodega N° 5 de la nave SHELTER ISLAND, imputable a la Entidad Prestadora, que ocasionó la prolongación de las operaciones previstas, así como del tiempo de atraque de la nave y del uso de amarradero, sean asumidas por el usuario.
51. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto el cobro realizado a RASAN por concepto de Uso de Amarradero, por el periodo de las cuarenta y seis (46) horas con cincuenta y cinco (55) minutos indebidamente facturado.
52. En ese sentido, corresponde revocar la Resolución N° 1 de APM, mediante la cual se declaró infundado el reclamo.

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/ CL/0263-2020; y en consecuencia, declarar **FUNDADO EN PARTE** el reclamo presentado por RASAN S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., dejándose sin efecto el cobro de la factura N° Foo4-62900 , emitida por concepto de "Uso de Amarradero", debiendo la Entidad Prestadora emitir una nueva factura por dicho concepto descontando el monto equivalente a cuarenta y seis (46) horas con cincuenta y cinco (55) minutos correspondientes a la permanencia en exceso de la nave SHELTER ISLAND en el Terminal Portuario.

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

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

¹⁷ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...) La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- a) Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- b) Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- c) Integrar la resolución apelada;
- d) Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda."

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa. Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia. (...)"



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 160-2020-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

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

NT2021084641

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>



Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe