



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° 072-2020-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 072-2020-TSC-OSITRAN
APELANTE : FARGOLINE S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CL/0167-2020

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 23 de octubre de 2020

SUMILLA: *Habiéndose verificado que el usuario retiró su mercancía luego de vencido el periodo de libre almacenamiento por causas que no resultan atribuibles a la Entidad Prestadora, se confirma la resolución apelada correspondiendo efectuar el cobro del servicio de Uso de Área Operativa – Importación (contenedores).*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por FARGOLINE S.A. (en adelante, FARGOLINE o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0167-2020 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 04 de junio de 2020, FARGOLINE interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo2-530938 emitida por un monto ascendente a US\$ 4,770.74 (Cuatro Mil setecientos setenta con 74/100 dólares de los Estados Unidos de América) por el concepto de uso de área operativa - importación (contenedores), argumentando lo siguiente:
 - i. De acuerdo con el Portal Web de SUNAT, la fecha de descarga de la mercancía consignada en el Manifiesto N° 2020-00804 fue el 5 de abril de 2020 a las 22:44 horas,



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

por lo que el periodo de libre almacenamiento vencía el 7 de abril de 2020 a las 22:44 horas; sin embargo, en la factura materia de reclamo indebidamente se consigna como fecha término de descarga el 4 de abril de 2020 a las 21:00 horas. En ese sentido, el conteo del plazo de libre almacenamiento debía contabilizarse en función a la información consignada en el Portal Web de SUNAT.

- ii. Si bien se realizó el retiro de contenedores vencido el periodo de libre almacenamiento; esto es, desde el 13 de abril a las 14:15 horas hasta el 17 de abril de 2020 a las 17:56 horas, ello se debió a la situación de emergencia sanitaria actual, lo que escapa de su control en las operaciones que realiza.
- iii. Asimismo, en atención a las disposiciones de toque de queda y población vulnerable dictadas por el Estado, APM no ha estado ofreciendo la prestación de sus servicios dentro de los horarios regulares ni con la cantidad de personal suficiente, ocasionando retraso en el despacho y retiro de la mercancía del Terminal Portuario.
- iv. Sus unidades vehiculares partieron hacia el Terminal Portuario desde el 7 de abril de 2020 a fin de ingresar con 5 o 6 horas de antelación a las citas programadas; sin embargo, debido a la congestión vehicular en la zona, finalmente ingresaron al puerto con posterioridad a lo programado.
- v. Mediante mensaje remitido vía WhatsApp, APM le comunicó que cerraría el antepuerto el 15 de abril de 2020 a partir de las 18:00 horas; no obstante, sus unidades vehiculares se encontraban en camino por lo que tuvieron que esperar más de un día para lograr ingresar al Terminal Portuario.
- vi. Finalmente, APM debe tener en cuenta que no corresponde aplicar los procedimientos y plazos regulares para el uso de área operativa, toda vez que el retiro extemporáneo de la mercadería ocurre dentro de una situación de fuerza mayor que escapa del control de los usuarios debido a la situación de emergencia sanitaria actual. En ese sentido, solicitó la devolución del pago efectuado por la factura N° F002-530938, en la medida que su cobro resulta indebido acorde con lo establecido en el artículo 1267 del Código Civil¹.

¹ Código Civil

Artículo 1267º.- El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió.

2.- A través de la Resolución N° 1, notificada el 2 de julio de 2020, APM resolvió el reclamo presentado por FARGOLINE declarándolo infundado de acuerdo a los siguientes argumentos:

i.- El artículo 7.1.1.3.1. de su Reglamento de Tarifas y Política Comercial y el numeral 1.3.1 del referido Reglamento señalan lo siguiente:

"7.1.1.3.1 Uso de área operativa-contenedores llenos de desembarque (excepto transbordo) (numeral 1.3.1 del Tarifario).

Este servicio consiste en el uso del área operativa para contenedores llenos de desembarque, excepto transbordo, uso de área operativa que hasta por cuarenta y ocho (48) horas resulta libre de ser facturado por encontrarse incluido en el Servicio Estándar. El tiempo libre se contabilizará a partir del fin de la descarga total de la nave.

El servicio correspondiente al día calendario tres (03) en adelante será facturado por día o fracción de día. Este periodo de almacenamiento es un servicio especial no regulado.

El tiempo de almacenamiento o uso de área operativa se contabilizará a partir del fin de la descarga total de la nave y culminará con la salida del contenedor del patio del Terminal."

Es decir, el periodo de libre almacenamiento para contenedores de desembarque es de 48 horas y su contabilización inicia al finalizar la descarga total de la nave.

ii.- En el presente caso, de acuerdo al Terminal Data Report (TDR) de la nave MSC ALIYA de Mfto. 2020-00804, la descarga de la mercadería de FARGOLINE culminó el día 5 de abril de 2020 a las 22:44 horas, por lo que tenía hasta el 7 de abril de 2020 a las 22:44 horas para hacer uso del área operativa sin cobro alguno. En ese sentido, todos los contenedores retirados después del vencimiento del plazo de libre almacenamiento; esto es, con posterioridad al 7 de abril de 2020 a las 22:44 horas se encontraban afectos al cobro de Uso de Área Operativa, por lo que la factura ha sido correctamente emitida.

iii.- FARGOLINE reconoció la permanencia de horas en exceso dentro del Terminal Portuario atribuyendo dicho hecho a la presunta falta de atención en los horarios regulares por parte de APM, así como que la prestación de los servicios se realizó con la mitad de su capacidad. Sin embargo, FARGOLINE no aportó prueba alguna a fin de sustentar lo alegado.

- iv.- Asimismo, si bien durante la actual situación de emergencia se ha suspendido y limitado el ejercicio de labores para determinados sectores, ello no ha sucedido con el servicio de transporte de mercancías, por lo que FARGOLINE pudo continuar con sus labores y programar el retiro de su mercadería dentro del plazo de libre uso.
 - v.- FARGOLINE también alegó congestión vehicular, presentando en calidad de medios probatorios imágenes de GPS y vistas fotográficas de sus unidades vehiculares; no obstante, no se aprecia que dichas imágenes estén relacionadas con el retiro de los contenedores vinculados con la factura materia de reclamo; por lo que las imágenes y vistas fotográficas presentadas no acreditan que las demoras alegadas hubieran sido responsabilidad de la Entidad Prestadora, tal como el Tribunal de OSITRAN lo ha señalado en la Resolución Final del Expediente N° 010-19-TSC-OSITRAN.
 - vi.- En el Informe de Tráfico presentado por FARGOLINE se hace referencia a las operaciones realizadas los días 17, 18 y 21 de marzo, así como a los días 30 y 31 de marzo de 2020, fechas que no guardan relación con las fechas en las cuales se realizaron las operaciones de descarga de la nave MSC ALIYA.
 - vii.- Finalmente, FARGOLINE como empresa dedicada al rubro logístico portuario debió realizar las gestiones necesarias y adoptar las medidas pertinentes para el retiro oportuno de su mercadería y no incurrir en el uso de área operativa fuera del periodo de libre almacenamiento, lo que no ocurrió en el presente caso, motivo por el cual la factura N° Foo2-530938 se encuentra correctamente emitida.
- 3.- Con fecha 23 de julio de 2020, FARGOLINE interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y manifestando lo siguiente:
- i.- No reconoce el cobro por uso de área operativa, pues debido al estado de emergencia APM no atendió en horarios regulares y trabajó con la mitad de su capacidad, ocasionando demoras en la entrega de los contenedores, cuellos de botella y congestión vehicular.
 - ii.- En virtud de ello y pese a que sus unidades vehiculares partieron hacia el Terminal Portuario desde el 7 de abril de 2020, éstas lograron ingresar al puerto en fechas y horas posteriores a lo inicialmente programado.

- iii.- Reiteró que el 15 de abril de 2020 a las 13:46 horas, APM les comunicó vía mensaje de WhatsApp que procederían a cerrar el antepuerto a las 18:00 horas; no obstante, dicha comunicación fue remitida con menos de 5 horas de anticipación por lo que no resultó oportuna, más aún teniendo en cuenta que muchas de sus unidades vehiculares ya se encontraban en camino o esperando ingresar al Terminal Portuario.
 - iv.- Solicitó la devolución del pago efectuado por el concepto de uso de área operativa, en la medida que su cobro resulta indebido pues el mismo se ha originado dentro de una situación extraordinaria, imprevisible e irresistible; esto es, un caso fortuito o fuerza mayor, recogido en artículo 1315° del Código Civil.
 - v.- En ese sentido, manifestó que en el presente caso concurren las tres características que estipula el artículo 1315° del Código Civil para determinar que el incumplimiento de una obligación se sustenta en un caso fortuito o fuerza mayor; puesto que debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante una pandemia, se ha declarado la emergencia sanitaria a nivel nacional y el Estado ha impuesto medidas que involucran la inmovilización social obligatoria; consecuencia de lo cual resulta evidente que FARGOLINE se ha visto impedido para retirar su mercadería dentro del plazo de libre almacenamiento por hechos que no les fueron atribuibles.
 - vi.- Finalmente, precisó que conforme con lo dispuesto en el Cláusula 8.6 del Contrato de Concesión y el artículo 6 de Reglamento de Operaciones de APM, la entidad prestadora es responsable de brindar el servicio de manera continua y durante las veinticuatro (24) horas de día, lo que no ha sucedido en el presente caso generando sobrecostos que no corresponde sean asumidos por los usuarios.
- 4.- El 07 de agosto de 2020, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1.
 - 5.- El 11 de setiembre de 2020, se realizó la audiencia de vista de la causa con la asistencia del representante de APM quien procedió a dar su informe oral, quedando la causa al voto.
 - 6.- El 16 de setiembre de 2020, APM presentó un escrito de alegatos finales reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento. Asimismo, precisó que del 13 al 18 de abril de 2020, en el contexto de la pandemia del COVID-19, se recortó el horario de atención en la recepción y despacho de carga en la balanza de contenedores; esto es, cinco (5) días después del final del periodo de libre almacenamiento de los contenedores de FARGOLINE,

el cual venció el 7 de abril de 2020; por lo que no resultaba un argumento que sustentara la anulación de la factura materia de reclamo.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

7.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1 de APM.
- ii.- Determinar, de ser el caso, si corresponde el cobro realizado a FARGOLINE de la factura N° Foo2-530938 materia de apelación, emitida por el concepto de uso de área operativa - importación (contenedores) por parte de APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

8.- De la revisión del expediente administrativo, se verifica que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de FARGOLINE respecto del cobro de la factura N° Foo2-530938 por parte de APM por el concepto de uso de área operativa. Al respecto, el artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), establece que el procedimiento de solución de reclamos de usuarios ante las entidades prestadoras comprende, entre otros, los reclamos sobre la facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura²; supuesto también recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM³ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de

² Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la entidad prestadora".

³ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

"1.5.3 Materia de Reclamos

1.5.3.1 La facturación y el cobro de los servicios que ofrece APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA, En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a APM TERMINALS CALLAO S.A.

APM); por lo que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

- 9.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de quince (15) días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 10.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
 - i.- La Resolución N° 1 fue notificada a FARGOLINE el 2 de julio de 2020.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo FARGOLINE para interponer el recurso de apelación venció el 23 de julio de 2020.
 - iii.- FARGOLINE apeló con fecha el 23 de julio de 2020, es decir, dentro del plazo legal.
- 11.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas y cuestiones de puro derecho al cuestionarse el cobro realizado a FARGOLINE, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG)⁷.

⁴ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

El Tribunal de Solución de Controversias, en virtud de un recurso de apelación, declara su admisión y revisa en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por las Entidades Prestadoras y por los Cuerpos Colegiados.

Asimismo es competente para resolver las quejas que se presenten durante los procedimientos de primera instancia. Su resolución pone fin a la instancia administrativa y puede constituir precedente de observancia obligatoria cuando la propia resolución así lo disponga expresamente conforme a ley".

⁵ **Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM.**

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁶ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

El plazo para la interposición del recurso es de quince (15) días contados a partir de la notificación del acto recurrido o de aplicado el silencio administrativo".

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."

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

- 13.- De acuerdo con el Contrato de Concesión⁸, APM presta dos clases de servicios portuarios: estándar y especial. El literal b) de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece que el servicio estándar a la carga comprende los servicios de descarga o embarque de cualquier tipo de carga, entre ellas, la contenedorizada⁹.
- 14.- La mencionada cláusula también señala que dentro del servicio estándar de carga contenedorizada, se incluye el almacenamiento libre de pago de hasta cuarenta y ocho (48) horas dentro del Terminal Portuario, precisando además que dicho plazo se computará desde que la nave termina la descarga en el caso de operaciones de importación¹⁰.

⁸ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao suscrito por APM y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.

⁹ Contrato de Concesión APM

"8.19 Servicios Estándar

Comprende los servicios de descarga y/o embarque de cualquier tipo de carga, así como la utilización de la Infraestructura y Equipamiento Portuario requerido del Terminal Norte Multipropósito.

La Tarifa por este concepto incluye, para carga contenedorizada:

- i) El servicio de descarga/embarque, incluyendo la estiba/desestiba, utilizando la Infraestructura y Equipamiento necesario.
- ii) El servicio de tracción entre el costado de la Nave y el área de almacenaje, o viceversa en el embarque
- iii) El servicio de manipuleo -en el área de almacenaje, patio y Nave- para la recepción de la carga de la Nave y carguío al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque.
- iv) El servicio de trinca o destrinca.
- v) El servicio de verificación de la carga para la tarja, incluyendo la transmisión electrónica de la información.
- vi) El servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información;
- vii) La revisión de precintos; y
- viii) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes

Disposiciones Aplicables, que deban prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria. No incluye, de ser el caso, los servicios relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal. La prestación de estos servicios en ningún caso afectará el cumplimiento de las obligaciones de carácter aduanero que correspondan a los diferentes operadores de comercio exterior, conforme a la normativa vigente.

¹⁰ Contrato de Concesión APM

8.19 Servicios Estándar

(...)

Asimismo, tanto en el caso de embarque como el de descarga, incluye una permanencia de la carga en el almacén del Terminal Norte Multipropósito de acuerdo a lo establecido en el literal b) siguiente, libre de pago, así como de cualquier gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que la carga ingrese en el patio del Terminal Norte Multipropósito para su posterior embarque.

- 15.- Asimismo, el Contrato de Concesión en la mencionada Cláusula 8.19 establece que transcurrido el plazo que corresponda según el tipo de carga, la Entidad Prestadora podrá cobrar el servicio de almacenaje portuario¹¹.
- 16.- En ese sentido, más allá de las cuarenta y ocho (48) horas de libre pago, se aplicará al servicio de almacenamiento una tarifa preestablecida en el Contrato de Concesión a partir del día calendario tres (3) al seis (6) o un precio a partir del séptimo (7) día. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el numeral 1.23.87 del Contrato de Concesión, señala que el monto que cobre APM por el almacenamiento a partir del día siete (7) lo determinará libremente, puesto que no está sujeto a regulación¹².
- 17.- En el presente caso, nos encontramos frente al cuestionamiento de una factura emitida con relación al plazo de libre almacenamiento de carga con destino de importación, por lo que de acuerdo con lo establecido en la referida cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el plazo de dicho periodo se contabilizará una vez que se han culminado las operaciones de descarga de la nave.
- 18.- Ahora bien, tal como se desprende de los actuados en el expediente, FARGOLINE señala que la razón por la cual no pudo retirar sus contenedores de importación dentro de las cuarenta y ocho (48) horas del período de libre almacenamiento obedece a causas atribuibles a APM, debido a que por el estado de emergencia: (i) la prestación del servicio no se realizó dentro de los horarios regulares, (ii) no se asignó personal suficiente en las operaciones de descarga; y (iii) existió congestión vehicular que impidió el ingreso oportuno de sus unidades al interior del terminal portuario.
- 19.- Agregó, que el cobro resulta indebido en la medida que el retiro más allá del plazo de libre almacenamiento se dio dentro de una situación extraordinaria, imprevisible e irresistible;

La carga podrá permanecer depositada en el Terminal Norte Multipropósito a libre disposición del Usuario, de acuerdo a lo siguiente, según tipo de carga:

- Carga contenedorizada, hasta cuarenta y ocho (48) horas (...)"

¹¹ Contrato de Concesión APM

"8.19 Servicios Estándar

(...)

Transcurrido el plazo que corresponda según el tipo de carga, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar el servicio de almacenaje portuario, en aplicación a lo dispuesto en la presente Cláusula Se precisa que no corresponde cobro retroactivo".

¹² Contrato de Concesión APM

"1.23.87. Precio

Se refiere a las contraprestaciones que la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobra por la prestación de Servicios Especiales, incluyendo los impuestos que resulten aplicables, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 8.20. El Precio no estará sujeto a regulación" [Subrayado y resaltado agregado].

esto es, un caso fortuito o fuerza mayor, debido a la pandemia y las medidas de emergencia sanitaria dispuestas por el Estado.

- 20.- Por su parte, APM manifiesta que la factura fue correctamente emitida en la medida que la apelante habría procedido a retirar sus contenedores con posterioridad al plazo de libre de almacenamiento, por causas atribuibles a su responsabilidad, correspondiéndole cobrar por el servicio facturado, más aún si FARGOLINE no acreditó que el retiro tardío de sus contenedores fuera responsabilidad suya.

III.2.2 Sobre la organización de los servicios que brinda APM en materia de contenedores

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

"La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual la SOCIEDAD CONCESIONARIA recuperará su inversión en las Obras, así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario, así como a prestar los servicios a los Usuarios. (...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito y a tomar las decisiones que, considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, respetando los términos y condiciones del presente Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables."

[El subrayado es nuestro]

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

"Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Terminal Norte Multipropósito de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico".

[El subrayado y resaltado son nuestros]

- 23.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe

organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuenta. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado³³.

- 24.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarias de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el Contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

III.2.3 Respeto del cobro de la factura N° Foo2-530938

- 25.- De acuerdo con lo manifestado por la Entidad Prestadora, así como de la revisión del documento denominado "*Terminal Departure Report*" (TDR) y "*Detalle de Factura Almacenamiento*", la culminación de las operaciones de descarga y el retiro de los contenedores del Terminal Portuario relacionado a la factura N° Foo2-530938, se desarrolló conforme al siguiente detalle:

FACTURA	NAVE	FECHA Y HORA DE TÉRMINO DE LA DESCARGA	FECHA Y HORA LÍMITE DEL PERIODO DE LIBRE ALMACENAMIENTO (48 HORAS)	FECHA DE RETIRO DE CONTENEDORES
F002-530938	MSC ALIYA	05/04/2020 22:44 horas	07/04/2020 22:44 horas	Entre el 11, 12, 14, 15 y 17 de abril de 2020.

³³ 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.

- 26.- Cabe señalar que no existe controversia en la fecha a partir de la cual corresponde contabilizar el periodo de libre almacenamiento ni la fecha en la cual concluyó este, en la medida que ambas partes señalan que el término total de la descarga de la nave MSC ALIYA ocurrió el 5 de abril de 2020 a las 22:44 horas finalizando el periodo de libre almacenamiento el 7 de abril a las 22:44 horas, razón por la cual no constituye un punto controvertido del presente procedimiento.
- 27.- Sin embargo, FARGOLINE alegó que las razones por las cuales la mercancía vinculada a la factura reclamada no fue retirada del Terminal Portuario dentro del periodo de libre almacenamiento, se debió a que en atención al estado de emergencia APM: (i) no realizó la prestación del servicio dentro de los horarios regulares, (ii) no se asignó personal suficiente en las operaciones de descarga; y (iii) existió congestión vehicular que impidió el ingreso oportuno de sus unidades al interior del terminal portuario.
- 28.- Agregó, que el cobro resulta indebido en la medida que el retiro más allá del plazo de libre almacenamiento se habría originado dentro de una situación extraordinaria, imprevisible e irresistible, esto es, un caso fortuito o de fuerza mayor, debido a que el Estado ha declarado una emergencia sanitaria a nivel nacional con medidas que involucran la inmovilización social obligatoria.
- 29.- En relación a que la prestación del servicio no se realizó dentro de los horarios regulares, así como que APM no asignó personal suficiente para las operaciones de descarga señaladas por FARGOLINE, cabe indicar que el usuario no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que la prestación del servicio no se haya realizado dentro de los horarios de atención regulares o que APM no haya asignado personal suficiente debido al estado de emergencia existente por la propagación del coronavirus (COVID-19).
- 30.- Sobre este punto, cabe mencionar que en su página Web APM ha publicado en el apartado denominado "Comunicados Emergencia Sanitaria" las fechas y cambios de horarios en las operaciones de recepción y despacho de carga¹⁴ suscitadas durante el actual estado de emergencia; verificándose que éstas se llevaron a cabo los siguientes días:
- 11 de abril de 2020 en la jornada de trabajo de 15:00 a 23:00 horas.
 - 12 de abril de 2020 en la jornada de trabajo de 15:00 a 23:00 horas y de 23:00 a 07:00 horas.

¹⁴ <https://www.apmterminalscaillao.com.pe/default.aspx?id=6&articulo=1601>

- Del 13, 14, 15, 16, 17 y 18 de abril de 2020 en la jornada de trabajo de 23:00 a 07:00 horas.
 - Finalmente, del 3 al 9 de junio de 2020 se suspendió las operaciones de contenedores y carga general debido a la paralización de labores por parte de los trabajadores marítimos y portuarios.
- 31.- Como se desprende de lo expuesto, estos hechos no ocurrieron ni tuvieron incidencia alguna durante el periodo de libre almacenamiento que tuvo FARGOLINE para retirar su mercadería del Terminal Portuario, entre el 5 de abril a las 22:44 horas hasta el 7 de abril a las 22:44 horas; por lo que no se acredita que se hubiera presentado algún inconveniente en la prestación del servicio por parte que APM que haya impedido el retiro oportuno de la mercadería de FARGOLINE.
- 32.- De la misma manera, en lo que refiere al alegado cierre del antepuerto el 15 abril de 2020 a partir de las 18:00 horas; cabe señalar que dicho evento no se relaciona con la fecha de libre almacenamiento materia de análisis ocurrida entre el 5 y 7 de abril de 2020, cabiendo desestimar también dicho argumento de FARGOLINE.
- 33.- En cuanto a la congestión vehicular en el ingreso al Terminal Portuario, cabe señalar que si bien FARGOLINE presentó imágenes GPS y vistas fotográficas, éstas no evidencian la fecha y hora en las que dichas imágenes fueron capturadas, ni acreditan que los vehículos registrados en ellas correspondan a operaciones vinculadas a la factura materia de apelación, ni fundamentalmente, que el ingreso tardío de los vehículos de FARGOLINE al Terminal Portuario se haya debido a ineficiencias o causas atribuibles a APM.
- 34.- Asimismo, resulta preciso mencionar que la congestión vehicular que pudiera suscitarse fuera del Terminal Portuario, no se encuentra dentro del ámbito de gestión de la Entidad Prestadora. No obstante, si los usuarios acreditaran la existencia de deficiencias dentro del puerto, que conllevara a que los usuarios no pudieran recoger sus mercancías a tiempo; sí correspondería que la entidad prestadora asumiera la responsabilidad de tal situación, lo que no ha quedado acreditado en el presente caso.
- 35.- Por otro lado, FARGOLINE manifestó que el cobro por el servicio de uso de área operativa resulta indebido, en la medida que el retiro más allá del plazo de libre almacenamiento se habría originado dentro de una situación extraordinaria, imprevisible e irresistible, esto es, un caso fortuito o de fuerza mayor, debido a que el Estado ha declarado una emergencia sanitaria a nivel nacional con medidas que involucran la inmovilización social obligatoria.

- 36.- Al respecto, cabe señalar que en atención a la actual crisis sanitaria el Estado ha dispuesto medidas de aislamiento social obligatorio, restricciones a la libertad de reunión, así como libertad de tránsito. No obstante, debe tenerse en cuenta que las actividades vinculadas con el transporte de carga y mercancías en el ámbito portuario han sido consideradas dentro de las excepciones a la inmovilización social obligatoria, con la finalidad de asegurar la prestación de los servicios y actividades de la cadena logística para el abastecimiento de productos en el territorio nacional.
- 37.- En efecto, el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM publicado el 18 de marzo de 2020, dispuso expresamente en su numeral 4.2, lo siguiente:

"Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas

(...)

4.2 Se dispone la inmovilización social obligatoria de todas las personas en sus domicilios desde las 20.00 horas hasta las 05.00 horas del día siguiente, excepto del personal estrictamente necesario que participa en la prestación de los servicios de abastecimiento de alimentos, salud, medicinas, la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustibles, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, y transporte de carga y mercancías y actividades conexas, según lo estipulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)"

- 38.- Siendo así, se verifica que FARGOLINE se encontró en la posibilidad de programar el envío de sus unidades vehiculares con la debida anticipación evitando incurrir en uso de área operativa; no encontrándose dentro de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor previsto en el artículo 1315° del Código Civil³⁵, toda vez que las medidas de inmovilización social y toque de queda no han sido aplicadas en el caso de los servicios de transporte de carga y mercancías.
- 39.- En tal sentido, la carga de probar la existencia de presuntos inconvenientes en el retiro de la mercancía del Terminal Portuaria recaía en FARGOLINE.

³⁵ Código Civil

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

- 40.- En efecto, el artículo 173 del TUO de la LPAG¹⁶ dispone que corresponde a los administrados la aportación de pruebas en el procedimiento, mediante la presentación de documentos, informes, o las que éste considere conveniente.
- 41.- No obstante, se verifica que FARGOLINE no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que sus unidades de transporte ingresaron al Terminal Portuario oportunamente y que por razones atribuibles a la Entidad Prestadora sus contenedores permanecieron en el interior del terminal portuario más allá del periodo de libre almacenamiento; advirtiéndose del "*Detalle de Factura Almacenamiento (Storage)*" que el apelante retiró sus contenedores hasta después de 10 días de transcurrido el periodo de libre almacenamiento.
- 42.- De acuerdo con lo señalado, FARGOLINE era el responsable del retiro de sus contenedores dentro del periodo de libre almacenamiento, por lo que debió realizar las gestiones necesarias y adoptar las precauciones del caso para su retiro oportuno.
- 43.- En consecuencia, verificándose que FARGOLINE utilizó el área operativa fuera del periodo de libre almacenamiento, corresponde confirmar la Resolución N° 1 expedida por APM, en la medida que la factura N° Foo2-530938 fue correctamente emitida.

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 expedida por APM TERMINALS CALLAO S.A. en el Expediente N°APMTC/CL/0167-2020 que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por

¹⁶ **TUO de la LPAG**

"Artículo 173.- Carga de la prueba

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

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."

¹⁷ **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".



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° 072-2020-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

FARGOLINE S.A. por el cobro de la factura Foo2-530938, emitida por el servicio de Uso de Área Operativa – contenedores de importación.

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

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

CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal institucional (www.ositran.gob.pe).

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, 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: 2020074173

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