



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° 104-2020-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 104-2020-TSC-OSITRAN
APELANTE : SAKJ DEPOT S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : DP WORLD CALLAO S.R.L.
ACTO APELADO : Decisión contenida en la Carta N° DALC.DPWC.128.2020 del expediente N° 051-2020-RCL/DPWC

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 27 de noviembre de 2020

SUMILLA: *Habiéndose verificado que el vencimiento de las citas inicialmente otorgadas al usuario no resulta atribuible a la Entidad Prestadora, se confirma la resolución apelada correspondiendo efectuar el cobro del concepto de re-emisión de citas no utilizadas.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por SAKJ DEPOT S.A.C. (en adelante, SAKJ DEPOT o la apelante) contra la decisión contenida en la Carta N° DALC.DPWC.128.2020 del expediente N° 051-2020-RCL/DPWC, emitida por DP WORLD CALLAO S.R.L. (en adelante, DP WORLD o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

1. El 3 de julio de 2020, SAKJ DEPOT interpuso reclamo ante DP WORLD a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo3-00042101 emitida por un monto ascendente a S/ 454.30 (Cuatrocientos Cincuenta y Cuatro con 30/100 Soles) por el concepto de re-emisión de citas no utilizadas, argumentando lo siguiente:



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



- i.- Con fecha 27 de mayo de 2020 arribaron las naves MAULLIN y VALENCE respectivamente al Terminal Portuario administrado por DP WORLD, culminando la descarga de las mercancías el 6 de abril de 2020, según se desprende de los manifiestos N° 118-2020-1183 y 118-2020-1147.
 - ii.- Culminada la descarga y otorgadas las citas correspondientes, no se pudo realizar el retiro de las mercancías con total normalidad y fluidez debido a la congestión existente para el ingreso de las unidades a las instalaciones del puerto.
 - iii.- SAKJ DEPOT comunicó a DP WORLD tal incidencia solicitando el apoyo respectivo para agilizar el ingreso de los vehículos antes del vencimiento de las citas otorgadas; sin embargo, no se obtuvo respuesta y/o solución alguna por parte de dicha Entidad Prestadora.
 - iv.- El retiro de la mercancía no pudo realizarse dentro de los tiempos programados, ocasionando que las citas vencieran sin ser utilizadas, generando sobrecostos por la re-emisión de citas no utilizadas.
 - v.- Se debe tener en cuenta que las medidas adoptadas por el gobierno central mediante Decreto Supremo No 044-2020-PCM, que declaró Estado de Emergencia Nacional como consecuencia del brote del COVID-19, generaron limitaciones al tránsito, y que si bien las actividades relacionadas al transporte de carga y mercancía se encuentran exentas de estas limitaciones, generaron diversos inconvenientes, correspondiendo a DP WORLD tomar las precauciones logísticas y humanas necesarias para la continuidad de sus operaciones.
2. Mediante Carta N° DALC.DPWC.128.2020, notificada el 3 de julio de 2020, DP WORLD resolvió el reclamo presentado por SAKJ DEPOT declarándolo infundado conforme a los siguientes argumentos:
- i.- Mediante la Factura N° F003-00042101 se cobró a SAKJ DEPOT el recargo por la re-emisión de once (11) citas no utilizadas, conforme al siguiente detalle:

Contenedor	Primera cita N°	Estado	Segunda cita N°	Estado
YMLU8698273	7137286	Vencida	7137558	Usada
TGHU0549641	7135342	Vencida	7135347	Usada
TGHU0549641	7135346	Vencida	7135347	Usada
TGHU0549641	7135345	Vencida	7135347	Usada
TGHU0549641	7135344	Vencida	7135347	Usada
TGHU0549641	7135343	Vencida	7135347	Usada
MSCU6714193	7135384	Vencida	7135385	Usada
MEDU2778513	7135386	Vencida	7135400	Usada
HLBU2899899	7135434	Vencida	7139116	Usada
HLBU2899899	7135435	Vencida	7139116	Usada
HLBU2899899	7135436	Vencida	7139116	Usada

- ii.- El Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que declaró el Estado de Emergencia Nacional y sus sucesivas prórrogas y modificatorias, exceptuó de la limitación al libre tránsito por las vías de uso público al transporte de carga y mercancías, por lo que SAKJ DEPOT podía operar con normalidad y por ende retirar los contenedores en las fechas objeto de análisis.
- iii.- Es evidente que DP WORLD no puede hacerse responsable por factores externos y que escapan a su control, tales como la congestión vehicular en una vía de transporte público, por lo que la congestión vehicular no puede ser utilizada como argumento por SAKJ DEPOT para justificar el retiro tardío de sus contenedores.
- iv.- Una de las causas que origina la congestión en las afueras de la terminal sería la gran cantidad de camiones que se estacionan en las vías que se dirigen al puerto, tal como lo ha señalado la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) mediante Comunicado N° 013-2020-APN del 15 de junio de 2020.
- v.- En dicho comunicado, la APN informó la ampliación del control en las vías de acceso a los terminales portuarios pues se detectó que el 44% de las unidades vehiculares que se encontraban en dichas vías se encontraban sin cita, con cita vencida o con cita anticipada, lo que venía afectando el flujo vehicular de aquellos usuarios que sí contaban con una cita dentro del margen de tolerancia.
- vi.- El Reglamento Tarifario y de Política Comercial de DP WORLD, debidamente publicado en su página web, establece que el ingreso de las unidades de transporte

de carga a la terminal para el retiro o entrega de contenedores se realiza a través de una cita previa. Asimismo, se señala que la solicitud y emisión de la primera cita no tiene costo, así como que la Entidad Prestadora se reserva el derecho de cobrar una penalidad en el caso de cancelación de citas.

- vii.- De acuerdo con la información registrada en el Sistema Navis N4, se observó que SAKJ DEPOT tuvo once (11) citas vencidas, habiendo el usuario solicitado nuevamente la emisión de dichas citas, incurriendo así en el sobre costo de re-emisión de citas no utilizadas.
 - viii.- Por tanto, se puede concluir que la causa que originó el cobro del recargo es estrictamente imputable al usuario, pues no usó oportunamente las primeras citas gestionadas por razones que el propio usuario podrá explicar conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, por ende, el recargo por la re-emisión de citas no utilizadas para el retiro de sus contenedores es válido.
3. El 24 de julio de 2020, SAKJ DEPOT interpuso recurso de apelación contra la decisión contenida en la Carta N° DALC.DPWC.128.2020, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y manifestando lo siguiente:
- i.- Con fecha 27 de mayo de 2020 arribaron las naves MAULLIN y VALENCE respectivamente al Terminal Portuario administrado por DP WORLD, culminando la descarga de las mercancías el 6 de abril de 2020, según se desprende de los manifiestos N° 118-2020-1183 y 118-2020-1147.
 - ii.- Culminada la descarga y otorgadas las citas correspondientes, no se pudo realizar el retiro de las mercancías con total normalidad y fluidez debido a la congestión existente en el ingreso de las unidades a las instalaciones del puerto.
 - iii.- SAKJ DEPOT comunicó a DP WORLD tal incidencia solicitando el apoyo respectivo para agilizar el ingreso de los vehículos antes del vencimiento de las citas otorgadas; sin embargo, no se obtuvo respuesta y/o solución alguna por parte de la Entidad Prestadora.
 - iv.- El retiro de la mercancía no pudo realizarse dentro de los tiempos programados, ocasionando que las citas vencieran sin ser utilizadas, generando sobrecostos por la re-emisión de citas no utilizadas.

- v.- Durante las fechas de los operativos asociados al cobro de la factura materia de cuestionamiento existieron contingencias en relación a la coyuntura nacional y mundial que escapan de nuestra responsabilidad. Es así que de acuerdo a lo descrito en el artículo 1315 del Código Civil, se puede considerar al brote del COVID-19 como un caso fortuito y de fuerza mayor.
 - vi.- Si bien SAKJ DEPOT podría operar sin restricción, nuestros recursos se vieron imposibilitados parcialmente, por un acontecimiento fuera de nuestra voluntad que no pudo ser previsto, esto es, el brote de COVID-19 y la posterior declaración del Estado de Emergencia Nacional dispuesta por el gobierno.
 - vii.- El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo emitió el Oficio N° 091-2020-MINCETUR/MCE, en el cual se indica que atendiendo a las dificultades en las operaciones que vienen enfrentando los actores vinculados al comercio exterior, exhorta a los operadores económicos a adoptar medidas temporales de flexibilización de sus políticas comerciales y costos por conceptos vinculados al almacenaje, estadías, uso de áreas y costos operativos relacionados con la operación portuaria. Si bien las actividades relacionadas al comercio exterior no se encontraban dentro de las limitaciones del Estado de Emergencia, la situación imprevisible generó diversos impases y demoras.
 - viii.- Teniendo en cuenta que la congestión vehicular se originó a raíz de la lenta atención proporcionada en el Terminal Portuario, hecho que resulta responsabilidad de DP WORLD; pretender ejercer el cobro de uso de área operativa asociado a la descarga de la mercancía de SAKJ DEPOT resultaría ilegal, pues frente a las eventualidades señaladas correspondía a la Entidad Prestadora tomar las precauciones del caso.
4. El 18 de agosto de 2020, DP WORLD 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 sus argumentos expuestos previamente, agregando lo siguiente:
- i.- Una de las razones por las cuales se origina la congestión en las afueras del terminal portuario sería la gran cantidad de camiones que se estacionan en las vías que se dirigen a este, tal como lo ha señalado la Autoridad Portuaria Nacional mediante Comunicado N° 013-2020-APN del 15 de junio de 2020.

- ii.- En dicho comunicado, la APN informó la ampliación del control en las vías de acceso a los terminales portuarios pues se detectó que el 44% de las unidades vehiculares que se encontraban en dichas vías se encontraba sin cita, con cita vencida o con cita anticipada; lo que venía afectando el flujo vehicular de aquellos usuarios que sí contaban con una cita dentro del margen de tolerancia.
- iii.- En ese sentido, DP WORLD no puede hacerse responsable por la congestión vehicular en una vía de transporte público causada por factores externos y que escapan de su control.
- iv.- Si bien no es obligación de DP WORLD ofrecer a los usuarios periodos de tolerancia y extender el horario de programación inicial de las citas para que estas puedan ser usadas por los usuarios que se ven afectados por la congestión externa, sí lo hace a modo de facilidad y con carácter general, siempre que no afecte sus operaciones. Prueba de ello es el Comunicado N° 013- 2020-APN donde consta que DP WORLD otorga una tolerancia de atención de tres (3) horas después de la hora citada, por lo que en su condición de Entidad Prestadora no es ajena al problema externo colaborando en la solución del mismo; no obstante, si a pesar de ello los usuarios no logran usar sus citas, no se le puede responsabilizar de ello.
- v.- DP WORLD ha venido cumpliendo con los Niveles de Servicio de Productividad en la prestación de sus servicios, conforme se establece en el Anexo 3 del Contrato de Concesión, por lo que la entrega y recepción de los contenedores han sido atendidas de manera regular.
- vi.- Mediante el Informe Técnico Legal N° 0054-2020-APN-UAJ-DITEC-DOMA, la Autoridad Portuaria Nacional señaló que pese a la disminución de recursos, los niveles de productividad de DP WORLD se mantuvieron dentro de lo exigido en el Contrato de Concesión, por lo que no es correcto afirmar que la disminución de recursos, la cual obedeció a razones de fuerza mayor, haya afectado el nivel de atención a los usuarios.
- vii.- El artículo 1315 del Código Civil establece que el 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.

- viii.- De acuerdo con la norma citada, el deudor debe probar en los casos de acontecimientos sin culpa, como el caso fortuito o fuerza mayor, que estos eventos impactaron en el cumplimiento de sus obligaciones y además probar que ha actuado con la diligencia ordinaria requerida para quedar exonerado de responsabilidad.
- ix.- En ese sentido, SAKJ DEPOT no ha acreditado ninguno de estos dos extremos, razón por la cual no existen pruebas suficientes ni fehacientes que permitan concluir que la pandemia COVID-19 ha impedido que pueda retirar sus contenedores oportunamente, utilizando las citas programadas para ello, máxime teniendo en cuenta que el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y la Resolución Ministerial N° 0232-2020-MTC/01.02 exceptuaron de la inmovilización social obligatoria al transporte de carga y mercancías, asegurándose su correcto funcionamiento.
- x.- El Reglamento Tarifario y Política Comercial de DP WORLD, debidamente publicado en su página web, establece que el ingreso de las unidades de transporte de carga a la terminal para el retiro o entrega de contenedores se realiza a través de una cita previa. Asimismo, se señala que la solicitud y emisión de la primera cita no tienen costo y que DP WORLD se reserva el derecho de cobrar una penalidad en el caso de cancelación de citas.
- xi.- En el presente caso, luego de haberse vencido sus citas, SAKJ DEPOT solicitó la emisión de nuevas citas para el retiro de sus contenedores, configurándose el recargo objeto de reclamo.
- xii.- De acuerdo con la información registrada en el Sistema Navis N4, se observó que SAKJ DEPOT tuvo once (11) citas vencidas, habiendo el usuario solicitado nuevamente la emisión de dichas citas, incurriendo así en el sobre costo de re-emisión de citas no utilizadas.
- xiii.- Por tanto, la causa que originó el cobro del recargo es imputable estrictamente al usuario pues no usó oportunamente las primeras citas gestionadas por razones que el propio usuario deberá explicar conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, por lo que el recargo por la re-emisión de citas no utilizadas para el retiro de sus contenedores resulta válido.
5. El 13 de noviembre de 2020, se realizó la audiencia de vista de la causa con la asistencia del representante de DP WORLD y de SAKJ DEPOT, quienes procedieron a brindar su informe oral, quedando la causa al voto.

6. El 18 de noviembre de 2020, DP WORLD presentó un escrito de alegatos finales reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

7. Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la decisión contenida en la Carta N° DALC.DPWC.128.2020 emitida por DP WORLD.
 - ii.- Determinar, de ser el caso, si corresponde el cobro realizado a SAKJ DEPOT de la Factura N° Foo3-00042101 materia de apelación, emitida por el concepto de re-emisión de citas no utilizadas por parte de DP WORLD.

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 SAKJ DEPOT respecto del cobro de la factura N° Foo3-00042101 por re-emisión de citas no utilizadas. 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 infraestructura¹; supuesto también recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de DP WORLD² (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de DP WORLD); por lo

¹ 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”.

² Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de DP WORLD

“6. Materia de Reclamos

(...)

6.1. La facturación y el cobro de los servicios por uso de la INFRAESTRUCTURA PORTUARIA.”

que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

9. De conformidad con el literal b) del artículo 26 del Reglamento de Reclamos de DP WORLD⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 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 Carta N° DALC.DPWC.128.2020 fue notificada a SAKJ DEPOT el 3 de julio de 2020.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo SAKJ DEPOT para interponer el recurso de apelación venció el 24 de julio de 2020.
 - iii.- SAKJ DEPOT apeló con fecha el 24 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 SAKJ DEPOT, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el

³ **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".

⁴ **Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de DP WORLD**

"Artículo 26: Medios impugnatorios:

(...)

b.- Recurso de Apelación

Contra la resolución emitida por DP WORLD CALLAO que resolvió el reclamo o recurso de reconsideración, procede la interposición de recurso de apelación.

El recurso de apelación deberá interponerse ante DP WORLD CALLAO dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución.

(...)."

artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG)⁵.

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 la organización de los servicios que brinda DP WORLD

13. En virtud del Contrato de Concesión suscrito con el Estado Peruano, DP WORLD 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:

*"2.5. El CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que la entrega en Concesión para el diseño, Construcción, financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur, se encuentra dentro de los alcances de lo dispuesto en los Artículos 10.3 y 11.3 de la LSPN, y, en consecuencia, **se le reconoce al CONCESIONARIO el derecho a la Ejecución y/o Prestación Exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se puedan brindar dentro del Nuevo Terminal de Contenedores Zona Sur, el mismo que califica como infraestructura portuaria nueva.**"*

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

⁵ **TUO de la LPAG**

"Artículo 220.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico."

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

"REGLAMENTOS INTERNOS

8.9. El CONCESIONARIO pondrá en conocimiento del REGULADOR en un plazo no mayor de doce (12) meses contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato, el proyecto del 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.

Asimismo el CONCESIONARIO deberá presentar a los doce (12) meses contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato, para la aprobación de la APN los siguientes documentos:

- a) Reglamento Operativo.
- b) Reglamento de seguridad, control y vigilancia del Terminal.
- c) Reglamento de prevención de accidentes y prácticas de seguridad para la operación del Terminal".

[El subrayado es nuestro]

"5.4. El CONCESIONARIO tendrá la Explotación exclusiva de los Bienes de la Concesión, que comprende la prestación exclusiva de los Servicios, el diseño y la ejecución de la Infraestructura Portuaria, así como el ejercicio de los derechos que sean necesarios para que cumpla con las obligaciones a su cargo establecidas en el Contrato y las Leyes y Disposiciones Aplicables".

[El subrayado es nuestro]

14. 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 DP WORLD llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que 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 resultado.⁶

15. En razón de ello, DP WORLD 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.
16. Por lo tanto, como administradora del Terminal Portuario, DP WORLD se encuentra facultada para establecer procedimientos para la correcta atención de la mercadería de los usuarios. Dichos procedimientos se encuentran regulados en su Reglamento de Operaciones, el cual es aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional (APN).

III.2.2 Sobre la atención del usuario para el retiro de sus contenedores

17. El artículo 10.2 del Reglamento de Operaciones de DP WORLD, en relación a los principios que deben regir la atención de los usuarios en el acceso al uso de la infraestructura del Terminal Portuario, establece lo siguiente:

"10.2 Principios de Atención a Usuarios

- DP WORLD CALLAO en su calidad de administrador portuario, solicitará a la Línea Naviera, 36 horas antes del arribo de la nave, la información electrónica que contenga la cantidad de contenedores a descargar y cargar ordenados por siglas y números, tipo, status, categoría, peso, Puerto de Descarga.
- Todos los clientes que van a recepcionar y/o despachar contenedores en las instalaciones de DP WORLD CALLAO serán atendidos previa cita para su posterior asignación de fecha y hora. En ese sentido, los transportistas que ingresen a nuestras instalaciones minimizarán el tiempo de espera para ser atendidos.

(...)"

⁶ 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.

18. Como se observa, en su calidad de administradora del Terminal Portuario, DP WORLD estableció que la recepción y el despacho de los contenedores se realizará previa cita, justificando dicha medida en el hecho de que una vez que los transportistas ingresen a sus instalaciones, se minimizará el tiempo de espera para su atención.
19. Asimismo, en su Reglamento Tarifario y de Política Comercial, DP WORLD señala lo siguiente:

Atención al usuario para el retiro o recepción de contenedores.-

El ingreso al terminal por parte del usuario a través de sus unidades de transporte de carga, para el retiro o entrega de contenedores (en adelante "transacciones"), se sujetará a las condiciones que establezca DP World Callao.

Dichas transacciones deberán contar con una cita previamente solicitada y otorgada. No habrá un costo por solicitud de citas, salvo aquellos casos según tarifario. DP World Callao se reserva el derecho de cobrar una penalidad en el caso de cancelaciones de citas.

Ningún contenedor será retirado ni embarcado sin la autorización previa de las autoridades pertinentes, y de todas aquellas autorizaciones de índole comercial y operativo establecidos por DP World Callao.

Las citas para el retiro de contenedores serán emitidas de acuerdo al siguiente procedimiento:

1. Retiro de contenedor específico (cita por N° de contenedor):

El usuario podrá solicitar a DP World Callao la entrega de un contenedor determinado. Para ello, se deberá cumplir con lo siguiente:

- a. La solicitud no deberá exceder las 48 horas al término de la descarga de la nave.*
- b. La solicitud de cita se realizará de modo presencial, únicamente a través de un agente despachador debidamente identificado y autorizado ante SUNAT.*
- c. Identificación previa de la empresa de transportes registrada en DP World Callao para el retiro de carga.*
- d. Identificación previa del chofer, la placa del tracto y de la plataforma, registrada en DP World Callao para el retiro de carga. Asimismo, conjuntamente con la empresa de transportes, deben haber sido individualizados y autorizados por el usuario o su representante.*
- e. Declaración jurada del cliente de contar con la disponibilidad y los recursos logísticos necesarios para retirar el número de contenedores para los cuales ha pedido cita.*
- f. Presentar las autorizaciones de las autoridades correspondientes, de ser el caso.*

El inicio del procedimiento de despacho se inicia al término de la descarga de la nave. El usuario será responsable que el transportista designado se encuentre en la garita de control dentro del horario otorgado para la cita. El transportista deberá presentar el original del documento de la cita y una vez realizados los controles respectivos, se entregará el contenedor solicitado e indicado en el documento de cita. Los transportistas deberán seguir las instrucciones de la Hoja de Ruta que recibirán en la garita de ingreso. El usuario asume la responsabilidad por los costos generados según tarifario, en caso la solicitud de cita y/o el retiro físico del contenedor se dé con posterioridad a las 48 horas del término de la descarga de la nave.

En caso el usuario pierda la cita, asumirá los cargos administrativos para su remisión/reimpresión o nueva programación, así como todos aquellos costos, según tarifario, de ser el caso.

2. Retiro por bloque de Contenedores:

La solicitud de retiro por bloque permite la entrega de los contenedores referidos a un depósito extra portuario, un documento de transporte u otro similar, sin que se los individualicen por su número u otra forma de identificación. Para ello, se deberá cumplir con lo siguiente:

- a. La solicitud de cita se realizará de modo presencial, únicamente a través de un agente despachador debidamente identificado y autorizado ante SUNAT.*
- b. Identificación previa de la empresa de transportes registrada en DP World Callao para el retiro de carga.*
- c. Identificación previa del chofer, la placa del tracto y de la plataforma, registrados en DP World Callao para el retiro de carga.*

El usuario será responsable por que el transportista designado se encuentre en la garita de control dentro del horario otorgado para la cita. El transportista deberá presentar el original del documento de la cita y una vez realizados los controles respectivos, se entregarán los contenedores disponibles que correspondan, en número igual a la cantidad de citas otorgadas. Los transportistas deberán seguir las instrucciones de la Hoja de Ruta que recibirán en la garita de ingreso. El usuario asume la responsabilidad por los costos generados según tarifario, en caso la solicitud de cita y/o el retiro físico de los contenedores se dé con posterioridad a las 48 horas del término de la descarga de la nave.

Vencida la cita, y en caso el usuario solicite la entrega de un contenedor determinado, podrá efectuar el retiro de su carga, para lo cual deberá proceder conforme con el numeral 1 anterior. En este caso, no resultará aplicable el literal a) del numeral 1 anterior”.

20. Como se advierte del citado Reglamento, DP WORLD cuenta con dos procedimientos para la generación de citas y el retiro de contenedores del Terminal Portuario por parte de los usuarios. El primero de estos procedimientos permite al usuario retirar un contenedor específico, tramitando su cita según el número del contenedor que piensa recoger. En el

segundo, el retiro de los contenedores se realiza en bloque, es decir, DP WORLD entregará al usuario aquellos contenedores que se encuentren disponibles, en número igual a la cantidad de citas otorgadas.

III.2.3 Respeto del cobro de la factura N° Foo3-00042101 por el concepto de re-emisión de citas no utilizadas

21. A lo largo del procedimiento SAKJ DEPOT señaló que con fecha 6 de abril de 2020 culminó la descarga de las mercancías de las naves MAULLIN y VALENCE al Terminal Portuario, no pudiéndose realizar su retiro con total normalidad y fluidez debido a la congestión existente para el ingreso de las unidades de transporte a las instalaciones del puerto, ocasionando que las citas vencieran sin ser utilizadas, incurriendo en sobrecostos por la re-emisión de citas no utilizadas.
22. Al respecto, DP WORLD manifestó que mediante la Factura N° Foo3-00042101 se cobró a SAKJ DEPOT el recargo por la re-emisión de once (11) citas no utilizadas, conforme al siguiente detalle:

Contenedor	Primera cita N°	Estado	Segunda cita N°	Estado
YMLU8698273	7137286	Vencida	7137558	Usada
TGHU0549641	7135342	Vencida	7135347	Usada
TGHU0549641	7135346	Vencida	7135347	Usada
TGHU0549641	7135345	Vencida	7135347	Usada
TGHU0549641	7135344	Vencida	7135347	Usada
TGHU0549641	7135343	Vencida	7135347	Usada
MSCU6714193	7135384	Vencida	7135385	Usada
MEDU2778513	7135386	Vencida	7135400	Usada
HLBU2899899	7135434	Vencida	7139116	Usada
HLBU2899899	7135435	Vencida	7139116	Usada
HLBU2899899	7135436	Vencida	7139116	Usada

23. Añadió que no puede resultar responsable por factores externos que escapan a su control, como es la congestión vehicular en una vía pública, no debiendo dicha situación ser utilizada por SAKJ DEPOT como argumento para justificar el retiro tardío de sus contenedores, resaltando que la causa que originó el cobro del recargo es imputable estrictamente al usuario, al no usar oportunamente las primeras citas gestionadas.

24. Al respecto, cabe señalar que si bien SAKJ DEPOT presentó imágenes GPS a fin de acreditar la congestión existente en los exteriores del Terminal Portuario, se aprecia que estas 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 SAKJ DEPOT al Terminal Portuario se haya debido a ineficiencias o causas atribuibles a DP WORLD.
25. 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.
26. Adicionalmente, SAKJ DEPOT señaló que en el presente caso se debía tener en cuenta que las medidas adoptadas por el gobierno central mediante Decreto Supremo No 044-2020-PCM, que declaró Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, generaron limitaciones al tránsito, y que si bien las actividades relacionadas al transporte de carga y mercancía se encontraban exentas de estas limitaciones, generaron diversos inconvenientes. En tal sentido, indicó que correspondía a DP WORLD tomar las precauciones logísticas y humanas necesarias; por lo que de acuerdo con lo previsto en el artículo 1315 del Código Civil, debía considerar al brote del COVID-19 como un caso fortuito y de fuerza mayor, resultando el cobro del concepto de re-emisión de citas indebido.
27. 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.
28. 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.

(...)”.

29. Siendo así, se verifica que SAKJ DEPOT se encontró en la posibilidad de programar el envío de sus unidades vehiculares con la debida anticipación evitando incurrir en sobrecostos como la re-emisión de citas no utilizadas; no encontrándose dentro de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor previsto en el artículo 1315 del Código Civil⁷, 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.
30. En tal sentido, la carga de probar la existencia de los alegados inconvenientes en el retiro de la mercancía del Terminal Portuario recaía en SAKJ DEPOT.
31. En efecto, el artículo 173 del TUO de la LPAG⁸ 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.

⁷ 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”.

⁸ 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.”*

32. No obstante, en el presente caso se observa que SAKJ DEPOT no cumplió con los requisitos que regulan la entrega y recepción de contenedores, al haber dejado vencer las citas previamente programadas para el retiro de sus contenedores.
33. De acuerdo con lo señalado, SAKJ DEPOT era el responsable del retiro de sus contenedores de acuerdo a las citas programadas, por lo que debió realizar las gestiones necesarias y adoptar las precauciones del caso para su retiro oportuno evitando incurrir en el sobre costo de re-emisión de citas no utilizadas.
34. En este punto, cabe recordar que el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Muelle Sur en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión), establece en sus cláusulas 1.20.86, 1.20.87 y 1.20.88, las definiciones de Servicios, Servicio Estándar y Servicios Especiales, respectivamente, de la siguiente manera:

1.20.86. Servicios

Son los Servicios Estándar y los Servicios Especiales, indistintamente, que serán prestados por el CONCESIONARIO a los Usuarios.

1.20.87. Servicios Estándar

Son los servicios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.14, el CONCESIONARIO prestará, 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.

1.20.88. Servicios Especiales

Son los servicios distintos a los Servicios Estándar que el CONCESIONARIO está facultado a prestar, cuyos términos y condiciones son libremente pactados por las partes y por los cuales el CONCESIONARIO tendrá el derecho de cobrar un Precio y cuya prestación no podrá estar condicionada a la contratación de los Servicios Estándar. Dichos servicios deberán prestarse respetando los principios establecidos en el Artículo 14.3 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir alternativamente la prestación de los Servicios Estándar”.

35. 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, la que debe ser puesta en conocimiento de los usuarios a través del

respectivo Tarifario, Reglamento de Tarifas, Precios y/o Política Comercial, conforme lo establece el artículo 8.18 del referido Contrato de Concesión⁹.

36. Conforme se ha indicado precedentemente, el Reglamento Tarifario y Política Comercial de DP WORLD establece que el usuario podrá ingresar al Terminal Portuario para el retiro o entrega de contenedores, siempre que cuente con una cita previamente otorgada por la Entidad Prestadora, no habiendo costo por la solicitud de cita; sin embargo, ésta se reserva el derecho de cobrar una penalidad en caso ocurra una cancelación a una cita otorgada, tal como se aprecia a continuación:

"Atención al usuario para el retiro o recepción de contenedores.-"

El ingreso al terminal por parte del usuario a través de sus unidades de transporte de carga, para el retiro o entrega de contenedores (en adelante "transacciones"), se sujetará a las condiciones que establezca DP World Callao.

Dichas transacciones deberán contar con una cita previamente solicitada y otorgada. No habrá un costo por solicitud de citas, salvo aquellos casos según tarifario. DP World Callao se reserva el derecho de cobrar una penalidad en el caso de cancelaciones de citas."

[El subrayado es nuestro]

37. En esa línea, el cobro por re-emisión de citas no utilizadas se encuentra detallado en el artículo 4.3.14 del Reglamento Tarifario y Política Comercial de DP WORLD, conforme se aprecia a continuación:

" 4.3 Otros Servicios de Patio: Estos cargos serán facturados a la parte solicitante y en ciertos casos sujetos a confirmación por parte del terminal.

(...)

4.3.14 Re-emisión de cita solicitada no utilizada: A ser facturado por cita"

[El subrayado y resaltado es nuestro]

⁹ Contrato de Concesión

- 8.18. El CONCESIONARIO se obliga a poner en conocimiento de los Usuarios, a través de su página Web u otro medio, el reglamento de Tarifas, Precios y normas aplicables, por las actividades y Servicios que establezca, sin perjuicio de las Normas Regulatorias aplicables.

38. En tal sentido, el cobro por re-emisión de citas no utilizadas, cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, se genera debido a que el usuario, en el marco de la prestación de un servicio de embarque o desembarque de contenedores, solicita a la Entidad Prestadora la emisión y programación de una nueva cita para el recojo o envío de su mercadería, en caso la cita originalmente programada haya sido cancelada o no haya sido utilizada.
39. Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera a modo de compensación, por el incumplimiento de aquellas cláusulas que fueron aceptadas al establecer la relación contractual y que implicaron cambios en lo previamente planificado dentro del marco de las operaciones portuarias y/o la utilización de recursos previstos para la atención del servicio, cuya prestación ha sido modificada por el usuario, en este caso, la reprogramación y emisión de una nueva cita para el recojo de contenedores del Terminal Portuario, en caso la cita originalmente programada haya sido cancelada o no haya sido utilizada.
40. Siendo así, tal como ya ha sido establecido anteriormente por este Colegiado¹⁰, el tarifario, así como los Reglamentos Internos que describen las condiciones comerciales de los servicios que brindan las entidades prestadoras son cláusulas generales de contratación que rigen la relación contractual entre el prestador de los servicios, en este caso DP WORLD, y los usuarios o beneficiarios de dichos servicios, en el presente caso SAKJ DEPOT, siempre que estos últimos manifiesten expresa o tácitamente su voluntad de aceptar o adherirse a dichas condiciones¹¹.

¹⁰ "Dentro de este contexto, las reglas del tarifario de ENAPU, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1392 del Código Civil, constituyen cláusulas generales de contratación, que de ser aceptadas por el usuario, serán las condiciones contractuales que regirán su relación con la entidad prestadora respecto de los servicios que se brinden. Estas condiciones serán aquellas que estuvieron vigentes al momento de perfeccionarse el contrato, vale decir al momento de la aceptación. La finalidad de este tipo de mecanismos contractuales es disminuir los costos de transacción para arribar a un contrato" (considerando 31 de la Resolución N° 3 emitida en el Expediente N° 012-2009-TSC-OSITRAN).

¹¹ "Sobre este punto, el contrato por adhesión (que rige la relación entre la entidad prestadora y los usuarios) es un acto jurídico, por lo que según lo prescrito en el artículo 140 del CC, la voluntad manifestada por las partes se constituye en su principal requisito de validez y que, conforme con lo normado en el artículo 141 del CC, puede ser **expresa**, si se realiza de manera oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico o análogo; o, **tácita**, cuando se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, no pudiendo determinarse su existencia cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario". (Considerando 22 de la Resolución N° 004 emitida en el Expediente N° 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN – acumulados).

41. En tal sentido, puede afirmarse que los usuarios que contratan con DP WORLD quedan sujetos a las condiciones pactadas que puedan devenir de cualquier relación contractual que ambas asuman. Precisamente, una de esas estipulaciones prevé que en caso el usuario requiera la emisión de una nueva cita para el recojo de su mercadería, en caso la cita originalmente programada haya sido cancelada o no haya sido utilizada, el usuario deberá cancelar los costos que dicha solicitud implique, en este caso, el cobro por re-emisión de citas no utilizadas.
42. En atención a lo expuesto, no habiéndose acreditado que el vencimiento de las citas inicialmente otorgadas a SAKJ DEPOT resulta atribuible a DP WORLD, corresponde que el apelante asuma el recargo por concepto de re-emisión de citas no utilizadas; confirmándose la decisión contenida en la Carta N° DALC.DPWC.128.2020 en la medida que la factura N° Foo3-00042101 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 OSITRAN¹²;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión contenida en la Carta N° DALC.DPWC.128.2020 emitida en el Expediente N° 051-2020-RCL/DPWC que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por SAKJ DEPOT S.A.C. contra DP WORLD CALLAO S.R.L. por el cobro de la factura N° Foo3-00042101, emitida por el concepto de re-emisión de citas no utilizadas.

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

¹² **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° 104-2020-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

TERCERO.- NOTIFICAR a SAKJ DEPOT S.A.C. y a DP WORLD CALLAO S.R.L. la presente resolución.

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

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Francisco Javier Coronado Saleh.

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

NT: 2020084496

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