



JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE OSITRAN



CONTENIDO

Introducción

Puertos

Casos Relevantes	009
Resoluciones	017

Aeropuertos

Casos Relevantes	199
Resoluciones	205

Carreteras

Caso Relevante	337
Resoluciones	341

Vías Férreas

Caso Relevante	381
Resoluciones	385

Publicado por el: Organismo Supervisor de la Infraestructura de Transporte de uso Público – OSITRAN

Presidente del Consejo Directivo: Patricia Benavente Donayre

Elaborado por: Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos

Primera Edición

Año de impresión: 2016

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2016-04447



INTRODUCCIÓN

RESOLUCIONES DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

En el marco de la conmemoración de los dieciocho años de aniversario de la institución, hemos considerado conveniente compartir una serie de resoluciones emitidas en los últimos años por el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos del OSITRAN, con el objeto de dar a conocer de manera didáctica la labor desplegada en su importante función de resolver y solucionar las controversias presentadas en la explotación de las distintas infraestructuras de transporte de uso público supervisadas y reguladas por la entidad.

En ese sentido, se han seleccionado para su publicación en esta compilación, diez resoluciones referidas a reclamos interpuestos en el ámbito portuario, el sector con mayor incidencia de reclamos, seis resoluciones relacionadas con reclamos presentados en el ámbito aeroportuario, y finalmente, cuatro resoluciones correspondientes a reclamos planteados en las infraestructuras vial y ferroviaria.

En lo que se refiere al ámbito portuario, resaltan las resoluciones emitidas por el Tribunal en los reclamos presentados por los usuarios contra el cobro de recargos por parte de una entidad prestadora, ello, tanto en los casos referidos a recargos por “compensación de cuadrillas no utilizadas” como en los recargos por “cambio

de estatus de la carga.” Asimismo, destaca el criterio adoptado por el Colegiado en los casos referidos a cobros realizados a los usuarios por facturación de “uso de operativa - contenedores” debido a que sus mercancías permanecen en el terminal más allá de las 48 horas de libre almacenamiento previstas en el Contrato de Concesión.

Cabe señalar que tanto en los casos de recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas como en los de facturación por uso de área operativa - contenedores, el Tribunal considero la prerrogativa del concesionario para organizar la gestión del terminal portuario, como su obligación de brindar información oportuna y suficiente a los usuarios, los criterios determinantes para resolver dichas controversias, cuyo desarrollo y alcances serán analizados de manera detallada más adelante.

Asimismo, destaca el reclamo de un usuario por daños a su mercancía, ocurridos en el interior de un terminal como consecuencia de la acción de un tercero no vinculado ni dependiente del operador portuario, y el criterio de atribución de la responsabilidad por daños y perjuicios establecido por el Tribunal para la resolución de la controversia.

En lo que respecta al ámbito aeroportuario, resalta el caso en el cual una concesionaria retiró los beneficios tarifarios obtenidos por una aerolínea amparándose en la aplicación de su política tarifaria, en contraposición a la línea aérea que alegó que de acuerdo a lo acordado en los Convenios Marco y Específico correspondía mantener dichos beneficios. Al respecto, el Tribunal realizó una interpretación sistemática de los distintos cuerpos normativos a efectos de resolver la controversia y dirimir si el retiro de los beneficios había sido injustificado o no.

Siguiendo con las infraestructuras aeroportuarias, también se ha seleccionado una resolución emitida por el Tribunal en un caso en el cual un concesionario negó a un operador logístico de rampas el acceso a las facilidades esenciales del terminal a fin de prestar servicios de rampa bajo el argumento de que no existía espacio suficiente y había riesgo de congestión en las plataformas.

En lo que se refiere al ámbito vial resalta un caso en el cual un usuario reclamó que tras averiarse su automóvil y solicitar la prestación del servicio de atención de emergencia a la concesionaria de la carretera, esta le indicó que se encontraba imposibilitada de brindar el servicio de traslado de vehículos averiados a causa de que el Estado Peruano no había hecho entrega de los tramos

de la calzada en la cual se habían originado los hechos materia de reclamo. Nuevamente, el desarrollo del derecho a la información por parte del Tribunal resulto determinante en la solución de la controversia presentada en este caso.

Finalmente, destaca el reclamo planteado por un usuario final contra el operador de la Línea 1 del Metro de Lima por un presunto incumplimiento de su obligación de atender a los usuarios que pudieran sufrir accidentes durante la prestación del servicio de transporte, a partir del cual el Tribunal viene estableciendo los criterios bajo los cuales se diferenciaran los reclamos, referidos a satisfacer un interés particular vulnerado, de las denuncias, dirigidas más bien a intereses colectivos, fijándose así las competencias entre el Tribunal y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN, órgano competente para resolver las denuncias planteados por los ciudadanos contra los concesionarios de la infraestructura de transporte de uso público.

A continuación, procedemos a resumir las resoluciones emitidas por el Tribunal en los casos reseñados precedentemente, así como a presentar los criterios adoptados por el órgano colegiado en la solución de los mismos.

An aerial, black and white photograph of a busy port terminal. In the foreground, a long pier extends into the water, with a large cargo ship docked. The ship's name, "MSF STEINWALL", is visible on its hull. To the left of the pier, there are several large, multi-story industrial buildings with many windows. A network of conveyor belts and cranes spans across the terminal. In the background, the sea is visible with several large, white, rocky islands or reefs. The sky is clear. A green rectangular box is overlaid on the right side of the image, containing the word "Puertos" in white text.

Puertos

CASOS RELEVANTES

RESOLUCIONES EMITIDAS SOBRE INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

Cobro por servicio de uso de área operativa: Resolución Final del 25 de noviembre de 2014 emitida en el Expediente N° 083-2013-TSC-OSITRAN y Resolución Final del 18 de noviembre de 2015 emitida en el Expediente N° 229-2014-TSC-OSITRAN.

Entre los años 2013 y 2015 se interpusieron ante el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos, una gran cantidad apelaciones contra los pronunciamientos de APM Terminals Callao que declararon infundados los reclamos presentados por los usuarios cuestionando el cobro tarifario del servicio de uso de área operativa, siendo este el asunto más impugnado ante el Tribunal en los últimos años.

Cabe señalar que de acuerdo con el Contrato de Concesión, APM presta dos clases de servicios portuarios, el estándar y el especial, comprendiendo el estándar los servicios de descarga o embarque de cualquier tipo de mercancía, entre ellas, la carga contenedorizada. Dentro del referido servicio estándar de carga contenedorizada, se incluía hasta febrero de 2015, el almacenamiento libre de pago de hasta 48 horas dentro del Terminal Portuario (actualmente se ha ampliado hasta 72 horas), precisándose que dicho plazo se computaría desde que la nave terminó la respectiva descarga o una vez que la mencionada carga hubiera ingresado al patio del terminal portuario para su posterior embarque, por lo que una vez transcurrido el plazo de 48 horas señalado, APM estaba facultado a cobrar el servicio de uso de área operativa. Los usuarios, específicamente las empresas de

depósito extraportuarios, sostuvieron ante el Tribunal que una vez que ingresaban la carga al terminal para su embarque dentro del plazo fijado por APM, quedaba bajo responsabilidad de la Entidad Prestadora brindar dicho servicio con eficiencia y seguridad, algo que no vendría ocurriendo debido a que los contenedores ingresados al terminal eran embarcados luego de las 48 de libres almacenamiento, cobrándoseles el servicio de uso de área operativa pese a haber cumplido con las disposiciones previstas por APM y debido a ineficiencias que resultaban atribuibles al concesionario. APM alegó que en caso los contenedores permanecieran más de 48 horas en el terminal, correspondía que asumiera el pago por la prestación del servicio de uso de área operativa el solicitante de la Autorización de Embarque, esto es, los depósitos extraportuarios.

En el expediente 083-2014-TSC-OSITRAN sobre uso de área operativa (LICSA vs APM), el Tribunal inició su pronunciamiento indicando que de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión, es facultad de APM organizar la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, de acuerdo con los recursos operativos y humanos con los que cuente, y realizar todo tipo de acciones que estime necesarias; en contrapartida de lo cual, debe de cumplir con sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes; entre ellas, las obligaciones relacionadas con el respeto a los derechos de los usuarios, entre los cuales se encuentra el derecho a acceder a información sobre la forma en que los servicios portuarios les serán brindados.

En ese sentido, el Colegiado determinó que de acuerdo

con lo previsto en el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM, los usuarios detentan el derecho de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios portuarios les serán brindados por APM.

Ahora bien, en lo que se refiere a la forma en la cual debía de brindarse dicha información, el Tribunal estableció que el uso del website debía entenderse como un método complementario pero no alternativo ni sustituto del correo electrónico o de los medios documentados, para el caso de la entrega de información al usuario relacionada con la asignación de amarraderos y lista de arribo de naves, por lo que toda información que remitiera la Entidad Prestadora a los usuarios a efectos de coordinar la prestación de los servicios portuarios, debía de efectuarse a través de correo electrónico o medio documentado, al ser estos medios los que acreditan de manera fehaciente que el usuario tomó conocimiento efectivo de las particularidades del servicio portuario brindado.

Atendiendo a lo desarrollado precedentemente, el Tribunal expresó lo siguiente:

“Entre la información relevante que el usuario requería conocer por parte de la Entidad Prestadora, se encuentra la ocurrencia de cualquier evento o circunstancia que pudiera generar que el embarque de los contenedores no se llegue a realizar dentro del plazo de 48 horas de libre almacenamiento. La importancia de esta información estriba en que si el embarque se realiza excediendo dicho plazo, el usuario tendría que pagar a APM el servicio especial denominado Uso de Área Operativa. (...) En ese sentido, corresponde que APM pruebe que cumplió con comunicar adecuada y oportunamente a LICSA la existencia de cualquier aspecto relevante que pudiera generar que el

embarque de contenedores se realice más allá de las 48 horas de libre almacenamiento. Es importante agregar que, de acuerdo con el análisis efectuado anteriormente, dicha información corresponde que sea transmitida por correo electrónico u otro medio documentado.

Seguidamente, el Colegiado manifestó que resultaba importante tener en consideración que las razones por las cuales un contenedor podría embarcarse en un lapso mayor a 48 horas podía deberse a factores propios o ajenos al terminal portuario, presentándose el primer supuesto a consecuencia de ineficiencias incurridas por el concesionario al realizar la planificación de las operaciones portuarias, y el segundo, a consecuencia de la complejidad de dichas operaciones. En ese sentido, en el primer escenario no correspondería al usuario asumir el costo por almacenamiento debido a que este resultaba atribuible al terminal portuario, y en el segundo, a efectos de que el cobro resultara válido, correspondía que APM informara oportunamente al usuario sobre las circunstancias de la operación que podrían provocar que el embarque de contenedores excediera de las 48 horas de libre almacenamiento. En consecuencia, con ello expresó lo siguiente:

“En virtud de todo lo expuesto, sobre la base de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM, se puede concluir que APM no cumplió con informar oportunamente a LICSA, vía correo electrónico o medio documentado, sobre la posible existencia de circunstancias que podrían haber generado que sus contenedores no fueron embarcados en el plazo de 48 horas libres de almacenamiento, ello a efectos de que esta última tome conocimiento oportuno de esta situación y de que tendría que asumir los costos por la prestación

del servicio de uso de área operativa. (...) Todo ello, conlleva a que (...) no deba asumir los costos generados por la prestación del servicio de uso de área operativa.

En atención a lo expuesto, el Tribunal revocó la resolución emitida por APM, declarando fundado el reclamo presentado por el usuario, dejando sin efecto el cobro del servicio por uso de área operativa, aplicando el mismo criterio para casos similares.

No obstante lo señalado, en los supuestos en los cuales la apelante fuera un agente marítimo, el Tribunal resolvió en el Expediente N° 229-2014-TSC-OSITRAN (Mediterranean Shipping Company vs APM), que el referido criterio no correspondía fuera aplicado a los agentes marítimos, pues la situación de incertidumbre y desconocimiento propia de los depósitos extraportuarios, que no les permite conocer las circunstancias que ocasionaron la demora del embarque que genera el cobro de uso de área operativa, no se presenta en su caso, al ser empresas designadas para coordinar y supervisar las operaciones de la nave, consecuencia de lo cual, estaban en la obligación de conocer las circunstancias que afectaron la operación y si estas respondieron a hechos atribuibles a APM. En ese sentido, precisó que en caso el agente marítimo no acreditara la existencia de algún hecho que hubiera generado la prestación deficiente del servicio y resultara directamente atribuible al administrador portuario, le correspondía efectuar el pago por el servicio de uso de área operativa.

Recargo por cuadrillas no utilizadas: Resolución Final del 18 de agosto de 2015 emitida en el Expediente N° 046-2014-TSC-OSITRAN.

Al igual que en los casos de facturación por uso

de área operativa, también se interpusieron ante el Tribunal, una gran cantidad de apelaciones contra los pronunciamientos de APM que declarar infundados los reclamos presentados por los usuarios cuestionando el cobro de recargos por compensación de cuadrilla no utilizada, siendo el segundo asunto más impugnado ante el Tribunal.

Conforme a lo dispuesto por el Lista de Precios por Otros Servicios de APM, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM para la prestación del servicio estándar de embarque o desembarque de mercancías, cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio, constituyéndose en un mecanismo resarcitorio cuya finalidad es que el usuario de la infraestructura portuaria asuma la responsabilidad por la no observancia de las cláusulas previamente aceptadas al establecer la relación contractual con la Entidad Prestadora.

Ante los reclamos presentados por los usuarios, APM resolvió en primera instancia que el recargo había aplicado debido a que pese a haber dispuesto del personal necesario para la prestación del servicio estándar de descarga de mercancías, este se había suspendido o paralizado como consecuencia de que los consignatarios de las mercancías descargadas en el puerto no habían cumplido con enviar las unidades de transporte necesarias para realizar las operaciones de desembarque.

Los usuarios apelaron dicha decisión ante el Tribunal alegando que la suspensión o paralización de las operaciones a realizar por las cuadrillas de estibadores se produjeron debido a que APM no había cumplido con comunicarles previamente, las características y detalle de la operación de descarga, lo que les hubiera permitido calcular la cantidad y frecuencia de las unidades de transporte a enviar para el retiro de la carga del puerto.

APM alegó en sus descargos que había cumplido con informar a los usuarios de las operaciones de las naves que acoderan en el Terminal a través de la opción “programa de naves” de su página web, y atendiendo al hecho de que estos conocían el total de toneladas a desembarcar y que cada unidad de transporte podía trasladar 30 toneladas, los usuarios estaban en condiciones de calcular la cantidad de unidades de transporte terrestre a utilizarse por jornada.

Al respecto, en el expediente 046-2015-TSC-OSITRAN (ADMAndina vs APM), el Tribunal inició su pronunciamiento manifestando que el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM, reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM, a través del Plan de Operaciones que elabora dicha empresa; derecho que resultaba de suma importancia pues permitía a los usuarios efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrían que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria, evitando incurrir en sobrecostos no esperados.

El Colegiado precisó que APM debía de coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de su potestad de gestionar el terminal, determinara la forma en la que dichas operaciones serían llevadas a cabo, lo que debía ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este, en virtud del derecho de información que ostenta, tomara conocimiento del alcance del servicio que recibiría, así como de las obligaciones que como usuario debía asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios, o en su defecto, recargos.

Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal señaló que para el supuesto de descarga, una vez determinada la

planificación correspondiente:

“La Entidad Prestadora debió de brindar información adecuada y detallada respecto de las características de la operación (tonelaje a movilizar, las bodegas a atender y las cuadrillas de estibadores a utilizar por jornada), a efectos de permitirle al usuario, en este caso (...) calcular el número de camiones a enviar, así como la frecuencia en que debía de enviarlas en un determinado lapso de tiempo.”

En lo que se refiere al medio idóneo para brindar la información señalada, el Colegiado Tribunal indicó que en los aspectos relacionados con las naves, operaciones de desembarque y descarga de mercadería, las comunicaciones entre APM y los usuarios se debían de realizar por correo electrónico o cualquier otro medio documentado, considerando que dichos medios permitían acreditar que la Entidad Prestadora efectivamente había cumplido con su obligación de informar adecuadamente a los usuarios sobre los aspectos relacionados a dichas operaciones.

En atención a lo expuesto, el Tribunal resolvió que no resultaba razonable que APM realizara un cobro por concepto de cuadrilla no utilizada en los casos en que no había informado previa y debidamente al usuario las características de las operaciones de descarga, a efectos de que estas no se vieran interrumpidas, revocando la resolución emitida por APM, declarando fundado el reclamo presentado por el usuarios y dejando sin efectos el cobro del recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas, aplicando el mismo criterio para casos similares.

Daños a mercancías: Resolución Final del 13 de marzo de 2015 emitida en los Expedientes acumulados N° 164-2013-TSC-OSITRAN y 198-2013-TSC-OSITRAN.

En el presente caso (expediente acumulado 164 y 198-2013-TSC-OSITRAN), BRAILLARD interpuso reclamo ante APM imputándole responsabilidad por los daños ocasionados a un vehículo de su propiedad consecuencia de golpe por colisión mientras se encontraba dentro de sus instalaciones. APM alegó que si bien el vehículo había sido efectivamente impactado dentro de sus instalaciones por una unidad conducida por personal de una tercera empresa, al no haber sido provocado los daños directamente por su personal ni durante el desarrollo de las operaciones de estiba, desestiba y acopio, APM no resultaba responsable por los daños, motivo por el cual desestimó el reclamo formulado. Interpuesta la apelación por el usuario, el Tribunal indicó que en virtud del contrato de concesión suscrito por APM, la Entidad Prestadora tiene derecho a explotar el terminal concesionado tomando las decisiones que considere convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, lo que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga de mercancías, entre ellas, el servicio de manipuleo para la recepción o entrega de la carga de la nave; correspondiéndole en contrapartida, responder frente a los usuarios respecto de cualquier hecho o circunstancia que pudiera afectar el normal desarrollo de las referidas actividades, lo que implicaba responder por la calidad de sus servicios y la integridad de las mercancías de los usuarios.

En ese sentido, señaló que de acuerdo con lo dispuesto por el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, la Entidad Prestadora se encontraba en la obligación de que el servicio de descarga de mercancías

fuera prestado cumpliendo con las especificaciones de calidad establecidas en el Contrato de Concesión y el marco legal vigente hasta su salida del terminal portuario, debiéndose de probar, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Reclamos y Solución de Controversias que este se brindó conforme a tales exigencias, de lo que se desprendía que de no ocurrir ello, no sería suficiente la diligencia de la conducta por parte de la Entidad Prestadora, sino que necesariamente debería de acreditar una causa que no le resultara imputable, entendida esta como el hecho que escapaba totalmente de su esfera de control.

En consecuencia con ello, el Colegiado indicó que los riesgos de administrar un puerto y realizar operaciones de estiba y desestiba de manera exclusiva, debían de ser asumidos por quien realizaba dichas operaciones, esto es, por APM, en la medida que dicha empresa se encontraba en mejor condición de prever a un menor costo, las posibles contingencias que podrían presentarse en el Terminal Portuario, al entenderse que constituyendo su giro del negocio la operación de infraestructura portuaria, contaba con la experiencia y conocimientos necesarios en lo que respecta a la administración y explotación de puertos, al ser ésta la actividad que desarrollaba y se comprometió a realizar en el Contrato de Concesión.

En consideración a los criterios desarrollados precedentemente, el Tribunal declaró lo siguiente:

“(...) resulta evidente que APM debe de asumir el riesgo de las operaciones realizadas en el Terminal Portuario que administra, no pudiendo invocar como eximente de responsabilidad cuestiones que debió prever, como ocurre con el caso del establecimiento de las normas de seguridad que regulan la circulación de los distintos vehículos al interior del Terminal, en la medida que es obligación de APM adoptar todas las medidas de seguridad que permitan evitar que colisiones u otros accidentes o

incidentes ocurran”.

En tal sentido, en la medida que el daño provocado al automóvil de BRAILLARD, fue consecuencia de una colisión ocurrida dentro de las instalaciones del terminal portuario cuya gestión ha sido encargada a APM y ante la cual pudo adoptar las acciones que evitaran su ocurrencia, el Tribunal considera que tal hecho constituye una causa imputable a la entidad prestadora”.

En atención a lo expuesto el Colegiado resolvió revocar la resolución emitida por APM en primera instancia y declarar fundado el reclamo presentado por Braillard, declarando responsable a la Entidad Prestadora por los daños ocurridos al vehículo del usuario.

Recargo por cambio de estatus de la carga: Resolución Final del 30 de octubre de 2014 emitida en el Expediente N°178-2013-TSC- OSITRAN.

El recargo por Cambio de Estatus de la Carga es una compensación que se genera cuando la mercancía ha sido previamente recepcionada y el usuario solicita al administrador portuario la modificación: a) de la información relacionada al puerto de descarga y/o de la nave designada, b) del estatus del contenedor (lleno o vacío) o categoría, c) de la condición del contenedor a mercancía peligrosa y ello no había sido manifestado previamente; y/o, d) del direccionamiento del depósito extraportuario por responsabilidad del usuario.

En el Expediente N° 178-2013-TSC-OSITRAN, INTERAMERICAN SERVICE CO. S.A.C. (INTERAMERICAN) interpuso reclamo contra APM señalando que el concepto de recargo por “contenedor cambio de nave o puerto” no se encontraba previsto dentro de la Lista de Precios publicados en su tarifario.

APM declaró infundado el reclamo indicando que de acuerdo a lo establecido en su Reglamento de Tarifas y Política Comercial, tenía el derecho a realizar el recargo por “cambio de estatus” de la mercancía de comprobarse que esta había sido alterada en su estado o condición por causas ajenas a la responsabilidad de la Entidad Prestadora.

Interpuesta la apelación por INTERAMERICAN, el Tribunal se pronunció señalando que inicialmente se había contemplado que las empresas Terminales Portuarios Peruanos S.A.C. y Trabajos Marítimos S.A. serían las responsables del retiro de la carga, sin embargo, al evidenciarse que finalmente fue el usuario quien se encargó de realizar el mencionado retiro, dicho cambio de direccionamiento importó una modificación a las estipulaciones contractuales concertadas antes del arribo de la nave en el marco de la prestación del servicio de desembarque de contenedores; por lo que la aplicación del recargo resultaba justificada.

Asimismo, el Colegiado precisó que el referido cobro se generó a modo de compensación por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes pactaron producto de la relación contractual e implicaron cambios en la planificación de las operaciones portuarias y/o utilización de los recursos previstos para la atención del servicio cuya prestación fue modificada por el usuario.

En consecuencia con lo señalado, el Tribunal confirmó la Resolución N° 1 expedida por APM que declaró infundado el reclamo presentado por INTERAMERICAN.

RESOLUCIÓN

Nº 046-2009-TSC-OSITRAN

APELANTE	: COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C.
EMPRESA PRESTADORA	: EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.
ACTO APELADO	: Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios Nº 421-2009 ENAPU S.A./GG
MATERIA	: Negativa parcial de acceso.

SUMILLA

En la subasta dentro de un procedimiento de acceso a facilidades esenciales, no procede la impugnación de las bases aprobadas por la Entidad Prestadora conforme al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, pues esta norma únicamente contempla que se puedan presentar observaciones o consultas.

RESOLUCIÓN Nº 1

Lima, 9 de setiembre del 2009.

VISTOS

El expediente Nº 046-2009-TSC-OSITRAN, relativo al recurso de apelación interpuesto por COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. (en lo sucesivo, COSMOS) contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios Nº 421-2009 ENAPU S.A./GG emitida por la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. (en lo sucesivo, ENAPU); y

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES (HECHOS).-

- 1.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público (en lo sucesivo, el REMA), con fecha 06 de junio de 2009 ENAPU publicó en el diario oficial "El Peruano" un extracto de las solicitudes presentadas por CORMIN CALLAO S.A.C., PERUBAR S.A. y COSMOS para la instalación de las fajas transportadoras móviles para el embarque de minerales a granel en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, TPC), esto con la finalidad que los interesados en brindar el mismo servicio presenten sus solicitudes en el plazo de diez días hábiles.
- 2.- El 18 de junio de 2009 COSMOS reformuló la solicitud original presentada el 12 de junio de 2008, requiriendo la ampliación de una a dos fajas transportadoras herméticas de las mismas características descritas en la primera solicitud de acceso.
- 3.- A través de la Carta N° 066-2009 ENAPU S.A./GC, de fecha 26 de junio de 2009 ENAPU comunicó a COSMOS que la subasta sería el mecanismo empleado para determinar el acceso para brindar el servicio de transporte de minerales mediante fajas herméticas, considerando que se habían presentado seis solicitudes de acceso con un requerimiento de once fajas y que en el Muelle 3B pueden operar dos fajas de manera simultánea y el parqueadero del TPC tiene capacidad para tres.
- 4.- El 15 de julio de 2009 ENAPU publicó la Resolución de Gerencia General N° 385-2009 ENAPU S.A./GG mediante la cual aprobó las Bases para la Subasta Pública de Acceso N° 001/200/ENAPU S.A. (en adelante, la Resolución que aprobó las bases) con el objeto de seleccionar a los tres usuarios intermedios que proveerán el servicio de embarque de concentrados minerales mediante el uso de las fajas transportadoras.
- 5.- Adicionalmente dichas bases señalan que la subasta será convocada de modo tal que se otorgue el acceso al máximo número de solicitantes que sea posible de acuerdo con la infraestructura disponible. En ese sentido, los postores únicamente podrían presentarse ofertando como máximo una faja.
- 6.- Con fecha 17 de julio de 2009 COSMOS interpuso recurso de reconsideración contra la resolución que aprobó las bases, por considerar que se les está denegando parcialmente el acceso, puesto que sólo se permite que cada usuario concurre por una de las tres fajas transportadoras, cuando habían solicitado acceso para dos (numeral 3 de las bases).
- 7.- Mediante Resolución de Gerencia General N° 421-2009-ENAPU S.A./GG (en lo sucesivo, la resolución apelada), ENAPU declaró improcedente el recurso de reconsideración mencionado, por estimar que este medio impugnativo no era la vía idónea para cuestionar o solicitar la modificación de las bases de un procedimiento de acceso, el cual sólo es posible a través de las consultas u observaciones.
- 8.- Notificado dicho pronunciamiento, COSMOS interpuso recurso de apelación contra la mencionada resolución a fin que

el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC) revoque lo decidido por ENAPU. Adicionalmente solicita, como petición accesorio, que se suspenda la subasta.

- 9.- El 18 de agosto de 2009 COSMOS solicitó al TSC que, dentro del procedimiento del recurso de apelación, declare la confidencialidad del informe denominado "Opinión Técnica sobre las Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio de Embarque de Minerales mediante Fajas Herméticas Móviles en el Terminal Portuario del Callao" elaborado por Inteligencia Marítima Financiera S.A.C.
- 10.- A través del Oficio N° 926-2009-ENAPU S.A./GG, de fecha 24 de agosto de 2009, ENAPU elevó el expediente administrativo a OSITRAN, con la finalidad que el TSC emita pronunciamiento sobre la impugnación de COSMOS.
- 11.- Con fecha 25 de agosto de 2009 se llevó a cabo la Sesión N° 017-2009-TSC-OSITRAN en la cual el TSC tomó conocimiento de la presente controversia.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN.-

- 12.- Como cuestiones en discusión tenemos las siguientes:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso.
 - ii.- En caso se determine la procedencia, determinar si existe negativa injustificada de acceso.

Asimismo, se deberá analizar la pretensión accesorio de suspensión del procedimiento de subasta.

III.- ANÁLISIS.-

III.1.- SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO

- 13.- La normativa vigente establece que en los procedimientos de acceso a la infraestructura de transporte de uso público (en adelante ITUP), cuando a criterio de los usuarios intermedios no exista justificación para que la entidad prestadora deniegue total o parcialmente su solicitud de acceso, conforme con los artículos 62 y 63 del REMA, se encuentran facultados para impugnar tal decisión para que sea reevaluada por la misma empresa o revisada por el TSC, según se interponga un recurso de reconsideración o apelación.
- 14.- De manera general, el procedimiento se inicia con la presentación de las solicitudes de acceso las cuales después de ser evaluadas por la entidad prestadora, permitirán determinar el mecanismo de asignación de la facilidad esencial. Esta es la primera etapa del procedimiento y comprende hasta la determinación y comunicación del mecanismo a emplear, que puede ser negociación directa o subasta. Para el caso de ENAPU esta primera etapa del procedimiento está regulada desde el artículo 52 hasta el artículo 67 del REMA y en el capítulo V Reglamento de Acceso de ENAPU' (REA-ENAPU).

-
- 15.- En esta primera etapa se tiene que determinar cuáles son las solicitudes procedentes y cuáles deben denegarse. Esto resulta razonable puesto que la decisión sobre el mecanismo de acceso (negociación directa o subasta), además de la disponibilidad de infraestructura y de otros criterios de carácter económicos y técnicos, depende de cuantas solicitudes se declaren procedentes.
- 16.- En tal sentido, antes de elegir el mecanismo se tiene que declarar la procedencia o improcedencia de las solicitudes. Por ello, la negativa de acceso debe ser comunicada a las partes antes o conjuntamente con la decisión sobre cuál es el mecanismo de asignación de la facilidad esencial, y es en este momento que los usuarios intermedios tienen la posibilidad de impugnar tal decisión si consideran que afecta sus intereses y derechos. Esto resulta razonable pues, como se señaló en el párrafo precedente, el número de solicitudes válidas es uno de los criterios para la determinación del mecanismo de asignación de la ITUP.
- 17.- De lo expuesto se puede concluir que el número de solicitudes procedentes, así como la posibilidad de los usuarios intermedios de cuestionar la negativa de acceso a la ITUP, entre ellas la portuaria bajo la administración de ENAPU, se enmarca dentro de esta primera etapa del procedimiento que comprende desde la solicitud hasta la elección del mecanismo de acceso.
- 18.- En el presente caso, ENAPU optó por el mecanismo de subasta para la asignación de facilidades esenciales, por lo que siguió con el trámite conforme con lo prescrito en el Capítulo 4 del Título III del REMA, procediendo a la publicación y aprobación de las respectivas bases.
- 19.- Como se indicó, COSMOS cuestiona las bases porque considera que en el numeral 3 de éstas se configura una denegatoria parcial de su solicitud de acceso.
- 20.- Conforme con lo dispuesto en el artículo 88 del REMA², si alguno de los usuarios intermedios, cuya solicitud

¹ Aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 015-2006-CD-OSITRAN y modificado con Resoluciones de Consejo Directivo N° 034-2006, 066-2006 y 014-2009-CD-OSITRAN.

ha sido declarada procedente, no está de acuerdo con lo establecido en las bases o tiene algunas dudas sobre éstas, puede observarlas o presentar las consultas respectivas. En este supuesto el REMA no ha previsto la posibilidad de impugnar las bases, en otras palabras, la impugnación no es el mecanismo adecuado para su revisión, toda vez que únicamente pueden ser objeto de observación o consulta.

- 21.- Esta conclusión es concordante con lo dicho anteriormente, en el sentido que la decisión sobre qué solicitud es procedente y la posibilidad de impugnar la negativa parcial o total al acceso están previstas en la primera etapa del procedimiento. La aprobación de las bases es una etapa posterior a esta decisión y respecto de su contenido no cabe recurso alguno, sino únicamente observaciones y/o consultas.
- 22.- Siendo esto así, la impugnación de esta empresa usuaria contra la resolución que aprueba las bases porque según sostiene se afecta sus derechos, no resulta procedente, es decir, COSMOS no se encuentra facultada para impugnar las bases de la subasta.
- 23.- Asimismo, debe tenerse en cuenta, en la misma línea de pensamiento hasta aquí desarrollada, que la oportunidad de la Entidad Prestadora para comunicar una denegatoria parcial o total de acceso es precisamente hasta antes o en el mismo momento de la elección del mecanismo de acceso; asimismo, de no existir respuesta dentro de los quince días de presentada la solicitud de acceso se entenderá que esta es procedente, esto en virtud del silencio administrativo positivo recogido en el numeral 2 del capítulo 5 del REA ENAPU.

² REMA

“Artículo 88.- Consultas y Observaciones a las Bases.

Los solicitantes de Acceso podrán presentar consultas y observaciones a las Bases dentro del plazo establecido en éstas. La Entidad Prestadora está obligada a dar respuesta a las consultas y levantar las observaciones dentro de los plazos establecidos. Asimismo, remitirá copia de su respuesta a OSITRAN.

Si la Entidad Prestadora no cumple con absolver adecuadamente las observaciones de los postores, cualquiera de ellos puede solicitar la intervención de OSITRAN, que actuará conforme a lo señalado en el Artículo 92. Para tal efecto, el o los postores que se consideren afectados, deberán notificar esta situación a OSITRAN en el plazo máximo de tres (3) días, contados desde la fecha de vencimiento del plazo de la Entidad Prestadora para absolver las observaciones presentadas.

El incumplimiento de esta obligación será considerado como una infracción, y por tanto está sujeta a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

24.- La negativa parcial de acceso debe ser comunicada a las partes antes de la elección del mecanismo de asignación de facilidades esenciales, pues de lo contrario se estaría restringiendo la facultad impugnativa del usuario-postor.

25.- Por otro lado, este Tribunal no resulta competente para conocer las observaciones o consultas respecto de las bases en un procedimiento de acceso, en consecuencia, debe declararse la improcedencia del recurso de apelación, sin emitir pronunciamiento alguno sobre la pretensión principal, ni respecto de la supuesta pretensión accesoria.

26.- Ahora bien, según lo prescrito en el numeral 1 del literal a) del artículo 6 y literal b) del artículo 20 del Reglamento General de Supervisión³, concordante con el Manual de Organización y Funciones del OSITRAN⁴, la Gerencia de Supervisión es la encargada de administrar y verificar el cumplimiento de la aplicación del REMA realizando un seguimiento a la atención de solicitudes de acceso a la infraestructura, las negociaciones directas, los procesos de subastas, la revisión de sus bases y proyectos de contrato respectivos.

27.- En tal sentido, de conformidad con el artículo 82 de la Ley N° 274445 , Ley del Procedimiento Administrativo General, así como con el principio de impulso de oficio que actualmente se está llevando a cabo un procedimiento de observaciones de las bases en cuestión ante la Gerencia de Supervisión, se deberá remitir todo lo actuado a este órgano administrativo a fin que, de considerarlo pertinente, evalúe los cuestionamientos de COSMOS a las bases, conjuntamente con su pedido de confidencialidad del informe elaborado por Inteligencia Financiera S.A.C. sobre las condiciones de acceso en el embarque de minerales en el TPC utilizando las fajas transportadoras herméticas móviles.

³ Aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD/OSITRAN

“Artículo 6.- De las materias de supervisión

Las materias de supervisión son las siguientes:

a) Económicas y Comerciales: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, tales como:

1.- La aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, y los contratos de acceso;

(...)

Artículo 20.- Supervisión de aspectos económicos y comerciales

Para la supervisión de los aspectos económicos y comerciales, las actividades de supervisión están orientadas a:

(...)

b) Verificar el cumplimiento del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, realizando un seguimiento a: la atención de solicitudes de acceso a la infraestructura, las negociaciones directas, los procesos de subastas, la revisión de sus bases y proyectos de contrato respectivos;”

⁴ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 009-2009-CD-OSITRAN

⁵ Ley N° 27444

“Artículo 82.- Declinación de competencia

82.1.- El órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado.

(...).”

En virtud de los considerandos precedentes, dentro del plazo establecido en el artículo 63 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, y según lo prescrito en el artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias;

SE RESUELVE

PRIMERO.- Declarar **IMPROCEDENTE** el Recurso de Apelación presentado por COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General N° 421-2009-ENAPU S.A./GG.

SEGUNDO.- REMITIR el expediente administrativo a la Gerencia de Supervisión a fin de que tome conocimiento y, de considerarlo pertinente, evalúe las consideraciones formuladas por COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. a las bases de la Subasta Pública para el Acceso de Fajas Transportadoras Herméticas Móviles al Amarradero 3B del Terminal Portuario del Callao y se pronuncie sobre el pedido de confidencialidad de la “Opinión Técnica sobre las condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio de Embarque de Minerales mediante Fajas Herméticas Móviles en el Terminal Portuario del Callao” elaborada por Inteligencia Financiera S.A.C.

TERCERO.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica notificar la presente resolución a COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. y a la EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.

CUARTO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional (www.ositran.gob.pe).

Con la intervención de los señores Vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
Tribunal de Solución de Controversias
OSITRAN

RESOLUCIÓN

Nº 018-2011-TSC-OSITRAN

APELANTE	: TRANSPORTES HENY S.A.C.
EMPRESA PRESTADORA	: DP WORLD CALLAO S.R.L.
ACTO APELADO	: Decisión contenida en la Carta de fecha 23 de junio de 2011 Expediente Nº 022-2011 RCL/DPWC.

SUMILLA

En materia de acreditación de daño, se invierte la carga de la prueba a quien se encuentra en la mejor posición de control de la actividad generadora de éste.

RESOLUCIÓN Nº 003

Lima, 15 de noviembre de 2011.

VISTOS

El Expediente Nº 018-2011-TSC-OSITRAN relativo al recurso de apelación interpuesto por TRANSPORTES HENY S.A.C. (en adelante, TH o el apelante) contra la decisión contenida en la carta de fecha 20 de junio de 2011 emitida por DP WORLD CALLAO S.R.L. (en lo sucesivo, DPWC o la entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 09 de mayo de 2011, TH interpuso un reclamo ante DPWC, mediante el cual le imputó responsabilidad por los daños materiales causados al vehículo semirremolque de Placa N° A5E-971 (en adelante el semirremolque o vehículo), el cual es de su propiedad, manifestando lo siguiente:
 - i.- El 23 de abril de 2011, aproximadamente a las 15:00 horas, mientras se encontraba realizando el servicio de carga del contenedor de 40' N° MSKU645217-4 (en adelante el contenedor) en las instalaciones de DPWC, el maquinista del "stacker" hizo una mala maniobra causando la rotura de la carreta del vehículo, hecho que fue advertido por el conductor de éste.
 - ii.- Después, la Sra. Milagros Chirinos se presentó como Superintendente de Operaciones y le indicó al conductor del semirremolque que siga su destino, porque ella se encargaría de informar a sus superiores para que procedan a solucionar el daño ocasionado por el operador de la máquina de DPWC.
 - iii.- DPWC debe asumir la responsabilidad por los daños ocasionados por uno de sus trabajadores, cuyo monto asciende a S/. 900.00 (novecientos y 00/100 Nuevos Soles).
- 2.- Con fecha 23 de junio de 2011, DPWC resolvió el reclamo de TH declarándolo infundado, argumentando lo siguiente:
 - i.- El vehículo de TH no ha sido inscrito en el Registro de Empresas y Unidades de Transporte. Lo que implica que la usuaria no presentó el Certificado de Inspección Técnica Vehicular (Certificado de Inspección) que avala el buen estado de las unidades, conforme a lo establecido en el Reglamento de Ingreso de Vehículos de Transporte de Carga para la Recepción y Entrega de Contenedores en el Terminal de Contenedores-Zona Sur (en adelante Reglamento de Vehículos).
 - ii.- No era posible determinar el óptimo estado operativo del semirremolque A5E-971 al momento del evento que es materia de reclamo. TH ha infringido las normas internas de DP WORLD CALLAO S.R.L. al ingresar un semirremolque habiendo expuesto a un riesgo innecesario las operaciones portuarias que se desarrollan en el terminal.
 - iii.- De acuerdo a las fotografías adjuntas por TH y corroborando lo antes señalado se acredita el estado inadecuado del semirremolque para resistir la operación, el peso del contenedor y su transporte, ya que se aprecia corrosión, cordones de soldadura anteriores y falta de señalización de los dispositivos de sujeción ("piñas"), por lo que se puede deducir que la ocurrencia de un daño era inminente ante cualquier situación operativa de carga, ya que el vehículo no se encontraba en buenas condiciones.
- 3.- Con fecha 13 de julio de 2011, TH interpuso recurso de apelación contra la decisión de DPWC reiterando en parte los argumentos esgrimidos en el reclamo y añadiendo lo siguiente:

- i.- De acuerdo con los requisitos establecidos por DPWC, se cumplió con la documentación requerida, el semirremolque cuenta con el Certificado de Inspección que acredita la operatividad para realizar transporte de carga de mercancías conforme lo establece el Decreto Supremo N° 058-2003-MTC y sobre la antigüedad cumple con lo señalado en el Decreto Supremo N° 017-2009-MTC, Reglamento de Administración de Transporte, por ser un vehículo de 1986, lo cual se acredita con el CITV N° 10-022812, realizado por FARENET S.A.C (FARENET).
 - ii.- Al contar con el Certificado de Inspección vigente, no es congruente emitir un pronunciamiento en cuanto al estado del semirremolque en razón de que FARENET es un centro de inspección autorizado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).
 - iii.- El haber declarado infundado su reclamo y por ende no hacerse responsable sobre los hechos causados que ascienden a S/. 900.00 (novecientos y 00/100 Nuevos Soles) por el arreglo sin incluir lucro cesante, causan perjuicios económicos a TH.
- 4.- El 15 de julio de 2011 DPWC remitió el recurso de apelación, el cual fue admitido por el Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN (en lo sucesivo, el TSC) el 08 de agosto de 2011, corriéndose traslado a DPWC el 09 de agosto de 2011 para que absolviera dentro de los 15 días útiles siguientes.
 - 5.- El 01 de setiembre de 2011 DPWC absolvió el traslado del recurso de apelación, reiterando los argumentos expresados en la decisión que rechazó el reclamo; además señaló lo siguiente:
 - i.- No es responsable del daño causado, ya que por su calidad de operador portuario con experiencia a nivel mundial, ha tomado las previsiones técnicas para impedir este tipo de incidentes; en efecto, se ha dotado a las grúas RTG (las grúas que colocan los contenedores sobre los vehículos de transporte de los usuarios intermedios) de un sistema que permite posicionar los contenedores sobre los semirremolques utilizando una velocidad de descarga regulada, sin ocasionar daños al vehículo ni al contenedor (Smart Slow Down Active).
 - ii.- Entre la cabina de control de cada RTG y el nivel de suelo hay 18 metros aproximadamente, la velocidad utilizada para subir y bajar el mecanismo de tracción de contenedores es de 200 metros por minuto, a partir del metro 13.1 la velocidad desacelera hasta en un 15%, esto es 30 metros por minuto y a partir del metro 14.85 la velocidad se reduce a cero.
 - iii.- Según las condiciones controladas en las cuales desarrollan sus operaciones de descarga, es imposible que una de sus RTG haya causado el daño al vehículo por el simple hecho de posicionar el contenedor en la plataforma.
 - 6.- Conforme consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, en la Audiencia Especial de Conciliación de fecha 21 de setiembre de 2011, las partes no arribaron a ningún acuerdo. En la vista de la causa realizada el 22 de setiembre del 2011 las partes informaron oralmente, quedando al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

7.- Como cuestiones en discusión a dilucidar en la presente resolución tenemos:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de TH; y,
- ii.- Establecer si DPWC es responsable por los daños ocasionados al vehículo de TH.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 8.- Se advierte del expediente que el reclamo de TH versa sobre la atribución de responsabilidad a DPWC por los daños que sufrió el semirremolque de su propiedad; subsumiéndose el objeto del reclamo en el supuesto previsto en el inciso c) del artículo 7 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹, por lo que, en concordancia con el artículo 14 dicho texto normativo², el Tribunal de Solución de Controversias es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 9.- El recurso propone una interpretación distinta de los medios probatorios, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³. En ese sentido, corresponde analizar los argumentos de fondo que sustentan el recurso.

¹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado por Resolución de Consejo Directivo N 076-2006-CD-OSITRAN.

“Artículo 7.- Materia de los reclamos y controversias

*Los reclamos y controversias que son materia del presente Reglamento son los siguientes:
(...)*

c) Los reclamos de usuarios relacionados con daños o pérdidas en perjuicio de los mismos, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de las Entidades Prestadoras.”

² **“Artículo 14°.- Tribunal.**

El Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia administrativa las controversias que se susciten entre las Entidades Prestadoras y entre éstas y los Usuarios de conformidad a los

procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del Título III del presente Reglamento.”

Asimismo es competente para resolver las quejas que se presenten en el proceso de solución de reclamos y de controversias.

El Tribunal sesiona con la asistencia mínima de tres (3) de sus miembros y adopta decisiones con el voto aprobatorio de la mayoría de los asistentes. En caso de empate en una votación, el Presidente o quien haga sus veces tendrá voto dirimente.”

³ **LPAG**

“Artículo 209.- 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.”

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

- 10.- En principio, es menester precisar que DPWC, concesionaria del Terminal de Contenedores del Muelle Sur del Callao, en virtud al contrato de concesión⁴ suscrito con el Estado Peruano, tiene entre sus prerrogativas adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del mismo, entre ellas el de emitir sus políticas comerciales y operativas, así como sus reglamentos concernientes a la seguridad, vigilancia y prevención de accidentes, los cuales son aprobados por el OSITRAN.⁵
- 11.- En ese sentido, se puede inferir que DPWC no sólo se presenta como una entidad prestadora de servicios sino además como la administradora del terminal portuario, la cual ha establecido procedimientos con la finalidad de brindar sus servicios en condiciones de óptima seguridad.
- 12.- DPWC afirma que la causa del daño al vehículo del apelante fue porque no contaba con los requisitos técnicos mínimos para realizar el servicio de carga establecido en su Reglamento de Ingreso de Vehículos al Muelle Sur.
- 13.- Ahora bien, el Reglamento de Vehículos en su artículo 3° establece lo siguiente:

“Artículo 3°.- Del Ingreso de los Vehículos

DP WORLD CALLAO autorizará únicamente el ingreso de los vehículos de las empresas de transportes que cumpla con los lineamientos y estándares mínimos de seguridad establecidos en el presente reglamento.

DP WORLD CALLAO se encuentra facultado a impedir el ingreso de los vehículos de empresas de transporte que no cuenten, entre otros, con los dispositivos de seguridad establecidos en el presente reglamento y en los instrumentos legales aplicables.”

⁴ *Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Callao (Muelle Sur) entre DP WORLD CALLAO S.R.L. y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 24 de julio del 2006.*

5 REGLAMENTOS INTERNOS

8.9 El CONCESIONARIO pondrá en conocimiento del REGULADOR en un plazo no mayor de doce (12) contados desde la fecha de suscripción del Contrato, el proyecto de 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 de 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”.*

⁶ *BULLARD, Alfredo, Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y*

14.- De lo descrito en el párrafo precedente, se desprende que DPWC tiene la facultad de impedir el ingreso, al Terminal del Muelle Sur, de aquellas unidades vehiculares que no cuenten con las condiciones necesarias para poder brindar el servicio de transporte de carga.

15.- Siendo esto así, se puede concluir que, si el semirremolque del apelante pudo ingresar al Terminal Muelle Sur, es porque cumplía con todos los requisitos señalados anteriormente y en consecuencia se encontraba apto para brindar el servicio de carga, caso contrario, DPWC no hubiera permitido el ingreso de dicho vehículo.

Sobre los daños al semirremolque

16.- Para TH, DPWC es responsable por una mala maniobra; mientras que para DPWC, la responsable es TH por trabajar con un vehículo que no se hallaba en buenas condiciones como para resistir el peso del contenedor.

17.- De los antecedentes obrantes en el referido expediente, se puede presumir razonablemente que el vehículo arribó en óptimas condiciones al Terminal Muelle Sur y que los daños producidos a éste se efectuaron dentro de las instalaciones de DPWC.

18.- Lo referido por DPWC resulta inexacto, ya que se ha podido determinar que el vehículo contaba con su conformidad para el ingreso al Terminal Muelle Sur, por lo que se descarta que el daño haya sido producto de un desperfecto del semirremolque.

19.- Por tanto, si el hecho generador del daño no fue el estado inadecuado en el que presuntamente se encontraba el semirremolque, se entiende que éste se produjo al momento de realizarse el servicio de descarga del contenedor por parte de DPWC.

20.- Si bien TH tiene la carga de la prueba de los daños, se debe tener en cuenta la doctrina del “res ipsa loquitur” o “la cosa habla por sí misma”, que se aplica como un mecanismo de resolución en aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales éste se ha producido, se puede inferir que ha sido producto de la negligencia o acción de un determinado individuo⁶.

21.- Asimismo, se sostiene que “cuando el instrumento del daño está bajo el exclusivo control del demandado y las circunstancias son tales que éste no se habría producido si el demandado hubiese cumplido plenamente su deber de diligencia, la preponderancia de las probabilidades está en el sentido que el daño haya sido causado por la culpa de éste, incluso, si el autor no estuviese en grado de probar la causa precisa del acto lesivo. Se ha sostenido que, por tal vía, bajo la apariencia de la culpa (presunta) se aplica, en realidad, un criterio de responsabilidad objetiva”⁷.

la carga de la prueba en la responsabilidad civil. Libro de ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil. En web: http://www.conadecivil.com/libro_ponencias_VI_Congreso_Nacional_Derecho_Civil.pdf (página web visitada el 19 de octubre de 2011).

⁷ SALVI, Cesare, Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente), en Enciclopedia del Diritto, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1245.

22.- Este criterio se fundamenta en la idea de que quien está en control de una actividad específica está en mejor posición del que no lo tiene, para ofrecer las pruebas suficientes que permitan determinar bajo qué circunstancias se produjo un daño.

23.- En ese orden de ideas, este Tribunal considera que la carga de la prueba recae en DPWC, ya que se encontraba en mejor posición para poder demostrar que la causa del daño no podía serle imputada, puesto que el servicio de recepción y entrega de contenedores se encuentra dentro de su esfera de control y manejo; además, resulta inadecuado realizar un análisis partiendo de la idea que es TH quien debe demostrar la mala calidad de un servicio, ya que tendría que contar con la misma información que tiene la entidad prestadora.

24.- En virtud a lo señalado anteriormente, corresponde a la entidad prestadora la carga de la prueba respecto a los daños producidos al semirremolque de TH durante el proceso de recepción y descarga del contenedor. Sin embargo, DPWC no ha probado que el referido daño no fue producto del servicio prestado, por lo que se concluye que éste le es imputable a ella.

25.- En ese sentido, corresponde declarar responsable a DPWC de los daños ocasionados al semirremolque de TH; no obstante, la cuantía de éstos deberá ser determinada por consenso entre las partes, en la vía arbitral o judicial.

En virtud de los considerandos precedentes, y según lo establecido por el artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión contenida en la Carta de fecha 23 de junio Expediente N° 022-2011-RCL/DPWC. En ese sentido, DP WORLD CALLAO S.R.L. deberá pagar el monto por los daños al vehículo semirremolque de Placa N° A5E-971; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución a TRANSPORTES HENY S.A.C. y a DP WORLD CALLAO S.R.L.

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Con la intervención de los señores vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Ana María Granda, Héctor Ferrer Tafur y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN

RESOLUCIÓN

N° 034-2012-TSC-OSITRAN

APELANTE : TRANSMERIDIAN S.A.C.
EMPRESA PRESTADORA : DP WORLD CALLAO S.R.L.
ACTO APELADO : Decisión contenida en la carta de fecha 8 de marzo de 2012 del Expediente N° 011-2012-RCL/DPWC

SUMILLA

El cierre del puerto que impide la entrada y salida de naves por razones climáticas (mala visibilidad) es una contingencia natural del negocio de operar un terminal portuario, razón por la cual es un riesgo que corresponde asumir a la entidad prestadora que tiene a su cargo dicha infraestructura.

RESOLUCIÓN N° 002

Lima, 24 de agosto de 2012.

VISTOS

El recurso de apelación interpuesto por TRANSMERIDIAN S.A.C. (en lo sucesivo, TRANSMERIDIAN o la apelante), contra la decisión contenida en la carta de fecha 8 de marzo de 2012 del Expediente N° 011-2012-RCL/DPWC, emitida DP WORLD CALLAO S.R.L. (en adelante, DPWC o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Mediante reclamo de fecha 15 de febrero de 2012, TRANSMERIDIAN, en representación de NIPPON YUSEN KAISHA (en adelante, LA EMPRESA), solicitó la devolución de la suma de US\$ 558.60 (Quinientos cincuenta y ocho con 60/100 dólares de los Estados Unidos de América) cancelada en la factura N° 007-0007636 por concepto de uso de amarradero, sosteniendo lo siguiente:
 - i.- La Autoridad Portuaria Nacional (en lo sucesivo, APN), comunicó a los administrados y público en general el cierre del puerto para el ingreso y salida de naves debido a condiciones de baja visibilidad.
 - ii.- A consecuencia del cierre del puerto, DPWC estuvo imposibilitado de prestar el servicio de desamarre en tiempo oportuno.
 - iii.- La nave NYK FUTAGO V/7604 E (en adelante, la nave), permaneció atracada en el muelle al término de las operaciones comerciales por un periodo de tres (3) horas comprendidas desde las 2:15 horas hasta las 5:00 horas del 3 de febrero de 2012, a consecuencia de la suspensión del servicio de desamarre.
 - iv.- DPWC pretende facturar el servicio de uso de muelle por la permanencia de la nave sin haber efectuado operaciones comerciales.
- 2.- Mediante Carta de fecha 17 de febrero de 2012, DPWC solicitó a TRANSMERIDIAN remita el poder que acredita la representación de LA EMPRESA, y presente el documento de cobranza donde se acredite el pago del monto reclamado. Para tal efecto, DPWC, conforme al artículo 20 de su Reglamento de Atención y Solución de Reclamos (en adelante, el Reglamento de Reclamos de DPWC) otorgó el plazo de dos (2) días hábiles a fin de que proceda con la subsanación correspondiente, caso contrario, declararían inadmisibles los reclamos.
- 3.- Con carta de fecha 21 de febrero de 2012, TRANSMERIDIAN cumple con remitir a DPWC copia del documento que acredita la representación de LA EMPRESA y copia de la Factura N° 007-0007636.
- 4.- A través de la Carta de fecha 8 de marzo de 2012, DPWC comunicó su decisión de declarar infundado el reclamo de TRANSMERIDIAN, sustentándose en los siguientes argumentos:
 - i.- La tarifa por alquiler de amarradero que cobra DPWC a las naves que recalán en el terminal se calcula por el tiempo total de permanencia en el muelle, conforme a lo dispuesto por la cláusula 8.14 del Contrato de Concesión. El alquiler del amarradero no está en función a la ejecución de operaciones de carga o descarga.
 - ii.- No obstante que el cierre del puerto ordenado por la APN, entre los días 2 y 3 de febrero de 2012, suspendió las obligaciones de DPWC referidas al atraque y desatraque de naves, la tarifa por alquiler de amarradero no estuvo supeditada a la ejecución de estas operaciones, sino a las horas de permanencia de la nave en el muelle.

- 5.- El 29 de marzo de 2012, TRANSMERIDIAN apeló la decisión emitida por DPWC, señalando lo siguiente:

- i.- No es legal el cobro por el total de horas que la nave usó el amarradero ya que de estas tres (3) se generaron por una causa no imputable a TRANSMERIDIAN.
- ii.- No se está discutiendo si se prestó o no el servicio del amarradero, sino, el uso en demasía de éste, que se generó por una causa que no le es imputable y que, por tanto, no debe asumirse.
- iii.- El Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC) ha reiterado en diversas resoluciones (Expedientes N° 047-2009-TSC-OSITRAN, 048-2009-TSC-OSITRAN, 037-2011-TSC-OSITRAN, entre otros) que el cobro de tarifas por parte de las Entidades Prestadoras debe ser consecuencia de dos condiciones: i) "prestación efectiva del servicio" y ii) "requerido expresa o tácitamente por el usuario". Si una de dichas condiciones no se cumple, entonces la Entidad Prestadora no podrá cobrar tarifa alguna.
- iv.- El cierre del terminal no puede tomarse como una forma para dilatar la prestación de los servicios en beneficio de DPWC, porque los usuarios son los que asumen estos costos.
- v.- Asimismo, el cierre de un puerto es la expresión de un riesgo de empresa de cualquier terminal portuario y por consiguiente debería ser asumido por éste, por lo que en el presente caso le corresponde a DPWC.
- vi.- No se cuestiona la prestación del servicio de amarradero sino el pago por éste, toda vez que tres horas del total facturado se generaron por una causa no imputable al usuario. Es decir, no se requirió el mencionado servicio por el tiempo adicional que duró el cierre del puerto.

- 6.- Con fecha 4 de mayo de 2012, DPWC elevó y absolvió el recurso de apelación presentado por TRANSMERIDIAN, solicitando al TSC que se declare infundado el reclamo, de acuerdo con los fundamentos señalados en la Carta de fecha 8 de marzo de 2012 y agregando lo siguiente:

- i.- La actividad de comercio marítimo, como toda actividad comercial, tiene riesgos que le son inherentes. Uno de esos riesgos es que la ejecución y continuidad de las operaciones de las naves está sujeta a las condiciones atmosféricas y a las disposiciones que en cada país dicte la autoridad competente en resguardo del interés general manifestado en la vida de las personas y la integridad de la infraestructura pública que hace posible el comercio. En el Perú esas condiciones están dadas por las normas del Sistema Portuario Nacional y las atribuciones de la APN.
- ii.- Como es evidente TRANSMERIDIAN conoce las disposiciones de la APN, y que dicha entidad puede autorizar o denegar el acceso o salida de los puertos. La declaración de cierre tiene efectos vinculantes que emana de la relación de sujeción administrativa que la ley crea entre la APN y los operadores de comercio marítimo.
- iii.- La nave permaneció en sus instalaciones por el tiempo reclamado por causas no imputables a DPWC, que son manifestación del cumplimiento de obligaciones legales de todas las naves que utilizan los puertos del Perú y que la propia TRANSMERIDIAN califica como eventos frecuentes y, por tanto, previsibles en el Terminal Portuario.

iv.- Se debe tener en cuenta que DPWC nada puede hacer para controlar las condiciones atmosféricas, sean éstas previsibles o no, así como para liberar a las naves de las obligaciones que la APN les impone en cumplimiento de la ley. Por tanto, lo que corresponde en estos casos es que los usuarios que utilizan sus servicios paguen por ellos.

7.- Mediante Resolución N° 001 el TSC citó a las partes a las Audiencias de Conciliación y Vista de la Causa. Tal como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, en la Audiencia de Conciliación, llevada a cabo el 21 de junio de 2012, no pudo arribarse a ningún acuerdo debido a la inasistencia del apelante. El día 1 de febrero de 2012 se realizó la Audiencia de Vista de la Causa sin la presencia de las partes, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Establecer si el recurso de apelación es procedente.
- ii.- Determinar si corresponde o no confirmar la decisión contenida en la carta de fecha 8 de marzo de 2012 correspondiente al Expediente N° 011-2012-RCL/DPWC expedida por DPWC con ocasión del reclamo planteado por TRANSMERIDIAN.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

9.- De conformidad con el literal b) del artículo 26 del Reglamento de Reclamos de DPWC¹ y el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN², el plazo que tienen los usuarios para la interposición del recurso de apelación contra la decisión que DPWC adopta respecto de su reclamo, es de 15 días hábiles contados desde que dicho acto fue notificado.

10.- La decisión emitida por DPWC fue notificada a TRANSMERIDIAN el 8 de marzo de 2012. El recurso de apelación fue presentado el 29 de marzo de 2012, encontrándose dentro del plazo de 15 días hábiles para su interposición

¹ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de DPWC, aprobado por la Resolución N° 070-2011-CD-OSITRAN.

“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.
(...)”

² Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN, respectivamente.

“Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

11.- Por otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), Ley N° 27444, al plantear una cuestión de derecho que debe dilucidarse.

12.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por ley y los respectivos reglamentos, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

III.2.-EVALUACIÓN DE LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

13.- En el presente caso la parte apelante solicita la devolución del pago por el servicio de uso de amarradero durante el tiempo comprendido entre las 2:15 y 5:00 horas del 3 de febrero de 2012, aproximadamente 3 horas, pues afirma que la prestación de dicho servicio por el referido tiempo fue como producto del cierre del terminal portuario dispuesto por la APN.

14.- Si bien se puede señalar, conforme alegan ambas partes en sus respectivos escritos que el servicio reclamado se prestó pero que no existió voluntad (expresa o tácita)³ del usuario para usar el amarradero durante poco menos de tres horas debido al cierre del puerto, también es cierto que DPWC no dispuso dicha medida, sino que ésta fue determinada por la autoridad administrativa competente debido a la existencia de mal tiempo (bajas condiciones de visibilidad)⁴. En ese orden de ideas, debe determinarse cuál de las dos partes debe asumir los costos del uso de amarradero durante dicho cierre.

15.- Al respecto, en una relación jurídica contractual como en el presente caso, debe procurarse que los riesgos sean asignados de manera eficiente, teniendo como regla general que deben ser asumidos por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumir o minimizar su ocurrencia⁵, lo cual implica reducir los efectos o consecuencias negativas en caso se presente.

16.- TRANSMERIDIAN señala que las condiciones climáticas que puedan suscitarse en el Terminal Portuario están dentro de los riesgos económicos que asume la Entidad Prestadora, además señala que DPWC no puede beneficiarse por un servicio que brinda cuando éste se generó por una causa no imputable al usuario. Por su parte, DPWC afirma que el cierre de un puerto es un riesgo propio del comercio marítimo y por tanto no tiene por que asumir los costos de un negocio que no es el suyo, ni mucho menos prestar servicios a terceros de manera gratuita.

³ Este colegiado ha señalado en la resolución final de los Expedientes N° 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN que las Entidades Prestadoras pueden cobrar por los servicios brindados a los usuarios siempre que se verifiquen los siguientes elementos:

i.-La manifestación de voluntad, expresa o tácita del usuario de utilizar la infraestructura y servicios brindados por la entidad prestadora, en este caso por DPWC, aceptando las condiciones del tarifario; y,

ii.-La prestación efectiva del servicio.

⁴ De los antecedentes obrantes en el expediente de la referencia, se puede verificar de acuerdo a los comunicados 011 y 012/AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL (fojas 3 y 53, respectivamente) que el cierre del Terminal Portuario se realizó desde las 20:20 horas del 2 de febrero de 2012 y su apertura a las 05:00 horas del 3 de febrero de 2012.

⁵ Sobre el particular se pueden tomar como referencia los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de Contrato de Concesión. http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN/ANEXO_LINEAMIENTOS_CONTRATOS.

- 17.- Sobre el particular, si bien la APN tiene dentro de sus atribuciones el ingreso, permanencia y salida de las naves, también posee competencias respecto de la operación en el Terminal Portuario, es así que en el literal k) del artículo 24 de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (en lo sucesivo, LSNP) señala que tiene facultad para normar lo pertinente a la apertura y cierre de los puertos⁶. En ese sentido, el cierre del puerto es una disposición que no sólo genera efectos vinculantes entre la APN y el usuario, en este caso la nave, sino que también afecta en definitiva las actividades de quien administra el puerto.
- 18.- Además, el cierre del puerto tiene como causa el mal tiempo que impide realizar el ingreso y salida del terminal portuario de manera segura. En este caso, se trata de un caso fortuito que impide las mencionadas operaciones portuarias.
- 19.- Ahora bien, el cierre del puerto, si bien puede ser conocido como un riesgo que se presenta con cierta frecuencia, este no puede ser evitado.
- 20.- Kerf señala que “Los actos de Dios son parte de los riesgos inevitables de la actividad empresarial. Por lo general deben ser asumidos por el operador”. En este caso, al cerrarse el puerto, se restringe el acceso de las naves a la infraestructura, lo que quiere decir que el directamente afectado es el puerto como negocio, porque no podrá recibir ni permitir la salida de las naves que realicen operaciones en dicho terminal.
- 21.- Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que al momento de suscribir el Contrato de Concesión respectivo, DPWC asumió los riesgos de operación del Muelle Sur. Siendo esto así, es evidente que el cierre del puerto

6 Ley N° 27943

“Artículo 24.- Atribuciones de la Autoridad Portuaria Nacional

La Autoridad Portuaria Nacional tiene atribuciones exclusivas en lo técnico normativo, y otras atribuciones de carácter ejecutivo delegables a las Autoridades Portuarias Regionales, de acuerdo a lo que establece el Plan Nacional de Desarrollo Portuario. Las atribuciones son:

(...)

k) Normar en lo técnico, operativo y administrativo, el acceso a la infraestructura portuaria así como el ingreso, permanencia y salida de las naves y de la carga en los puertos sujetos al ámbito de su competencia; los permisos para la navegación comercial de buques; y en lo pertinente la apertura y cierre de los puertos, remolcaje, recepción y despacho, seguridad del puerto y de las naves, así como cualquier otra actividad existente o por crearse.

Tradicionalmente identificado como actos de Dios. “(...) la relación existente entre las voces ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ –no sólo en el presente comentario sino en sentido general–, es de sinonimia. Pese a que tradicionalmente se considera al caso fortuito como un ‘acto de Dios’ (act of God, como suele llamarse en el Derecho Marítimo inglés) y a la fuerza mayor como ‘hechos del hombre’, estableciendo su distinción en el aspecto ontológico del evento, ya que en un caso es la naturaleza y en el otro la acción del hombre; en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia (...)

consideran dichas voces como términos equivalentes, superando la distinción que sobre ellas se establecía. En efecto, si el análisis de estos conceptos se realiza a partir del Código Civil se verá que establecer alguna distinción sobre ellos resultaría no sólo artificioso, sino también innecesario, pues según el artículo 1316° primer párrafo, sobre ambos (...) operaría el mismo efecto jurídico, es decir la extinción de la obligación y subsecuentemente de la responsabilidad (...): PAUCAR MAURICE, Marcos, El Caso fortuito en el ámbito de los eventos naturales. En: Cuadernos Jurisprudenciales, Julio 2005, Gaceta Jurídica, Tomo N° 49, Año 5, pp. 3-4. CAS. N° 823-2002: “CONSIDERANDO (...) Quinto (...) Nuestra legislación da una misma definición al caso fortuito y a la fuerza mayor, sin embargo la doctrina y la jurisprudencia ya han establecido que su origen es distinto pero sus hechos constitutivos comunes. El caso fortuito se aplica a los hechos producidos por la naturaleza y la fuerza mayor a los hechos del hombre”.

“Acts of God are part of the unavoidable risks of doing business. They should normally be borne by the operator” (traducción libre). Kerf, Michael y otros, Concessions for infrastructure: A guide to their design and award, World Bank, 1998, p. 90.

Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores – Callao (Muelle Sur) entre DP WORLD CALLAO S.R.L. y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 24 de julio del 2006.

que impide la entrada y salida de naves por razones climáticas (mala visibilidad) es una contingencia natural del negocio de operar la infraestructura portuaria, por lo que debe ser asumido por la mencionada Entidad Prestadora que la administra.

- 22.- Resulta razonable considerar que DPWC está en mejor condición de poder prever las posibles contingencias que se puedan presentar en el Terminal Portuario y a un menor costo, ya que se entiende que cuenta con la experiencia y conocimiento necesario en lo que respecta a la administración de puertos, puesto que dicha actividad pertenece al giro del negocio que éste ejerce.
- 23.- Por otro lado, el costo de oportunidad de DPWC, entendido como aquél importe que dicha entidad prestadora deja de percibir debido a la ocupación de los espacios del muelle, no se encuentra afectado, teniendo en cuenta que si bien la nave en cuestión permaneció en el uso de amarradero, este hecho no lo perjudicó económicamente puesto que el puerto estaba cerrado para el ingreso de otros usuarios.
- 24.- Finalmente, cabe resaltar que si bien el puerto estuvo cerrado desde las 20:20 horas del 2 de febrero de 2012, TRANSMERIDIAN reconoce que el término de las operaciones comerciales culminó a las 2:15 horas del día 3 de febrero de 2012, por lo que el pago realizado hasta dicha hora debe reconocerse puesto que ya existía una relación comercial ex-ante al cierre del Terminal Portuario, por consiguiente DPWC deberá devolver parcialmente lo pagado en la factura N° 007-0007636 por el tiempo comprendido desde la finalización de las operaciones comerciales hasta la apertura del Puerto que se dio a las 5:00 horas del 3 de febrero de 2012.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión contenida en la carta de fecha 8 de marzo de 2012 del Expediente N° 011-2012-RCL/DPWC y **ORDENAR** a DP WORLD CALLAO S.R.L. proceda al reembolso del monto cobrado a TRANSMERIDIAN S.A.C. por el uso o alquiler de amarradero durante el tiempo comprendido entre las 2:15 y 5:00 horas del 3 de febrero de 2012.; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a TRANSMERIDIAN S.A.C. y a DP WORLD CALLAO S.R.L. la presente resolución.

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional: www.ositran.gob.pe.

Con la intervención de los señores vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur, Ana María Granda Becerra y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN

RESOLUCIÓN

N° 178-2013-TSC-OSITRAN

APELANTE : INTERAMERICAN SERVICE CO. S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTC/CS/925-2013.

SUMILLA

Con relación al cobro de recargos, es obligación de la Entidad Prestadora brindar información veraz, oportuna y detallada a los usuarios, respecto de las condiciones en las cuales éstos se aplican.

En tal sentido, si se acredita que la Entidad Prestadora cumplió con informar de manera oportuna a los usuarios sobre los recargos aplicables a los servicios que brinda dentro del Terminal Portuario, corresponde que estos últimos realicen el pago de dichos recargos.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 30 de octubre 2014.

VISTOS

El recurso de apelación interpuesto por INTERAMERICAN SERVICE CO. S.A.C. (en adelante, INTERAMERICAN o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/925-2013 (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 27 de septiembre de 2013, INTERAMERICAN, en representación de su cliente ALICORP S.A., interpuso reclamo ante APM, solicitando que se anule las siguientes 7 facturas: N° 002-0040409, 002-0040356, 002-0040685, 002-0040760, 002-0040748, 002-0040754 y 002-0040349 emitidas por el concepto de recargo por “contenedor cambio de nave o puerto” aduciendo que estos cobros resultan indebidos, toda vez que dicho concepto no se encontraría dentro de la lista de precios publicados en el tarifario de la Entidad Prestadora, el cual es debidamente autorizado por OSITRAN.
- 2.- Mediante la Resolución N° 1, notificada el 18 de octubre de 2013, APM resolvió el reclamo presentado por INTERAMERICAN declarándolo infundado, alegando lo siguiente:
 - i.- APM tiene la obligación de ofrecer al usuario el servicio que solicita, no teniendo la facultad de realizar cambios o modificaciones que afecten o alteren dicha solicitud.
 - ii.- En atención a ello, INTERAMERICAN solicitó el servicio de descarga de 14 contenedores (DRYU9394361, WHLU2706276, DFSU2737480, CLHU3550466, EGHU3074329, EMCU3727860, TGHU0605318, TEM3940088, DRYU2549179, TCLU3879720, DRYU2784970, EISU3981081, EISU3828391 y GDLU795240), el cual fue efectivamente brindado por APM.
 - iii.- APM, en virtud de lo establecido en el artículo 5.4.3.2 de su Reglamento de Tarifas y Política Comercial (en lo sucesivo, Reglamento de Tarifas de APM), tiene el derecho a realizar el recargo por el cambio de estatus de la carga al usuario cuando se compruebe que la mercadería ha sido alterada en su estado o condición por causas ajenas a la responsabilidad de la Entidad Prestadora.
 - iv.- En ese sentido, luego de la verificación de los reportes generados a los 14 contenedores, los cuales son motivo del cobro del recargo materia de cuestionamiento, se pudo comprobar que inicialmente se señaló, que las empresas con códigos de almacenamiento N° 3951 y N° 3636, correspondientes a TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. y TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. respectivamente, serían las responsables de su retiro. Sin embargo, la Autorización de Importación Directa N° 20337, indica que fue INTERAMERICAN quien finalmente se encargó de realizar el mencionado retiro.
 - v.- De ello se desprende que el estado de los 14 contenedores pasó de ser código de almacenamiento N° 3951 y 3636 (códigos correspondientes a las empresas TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. y TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.) a INTERAMERICAN, motivo por el cual, APM realizó el cobro del mencionado recargo, cuyo monto asciende en total a U\$S 743,40 (setecientos cuarenta y tres con 40/100 dólares de los Estados Unidos de América). Por lo tanto, al haber cumplido APM con brindar el servicio de descarga, y posteriormente, con otorgar la autorización de la apelante, el retiro de dichos contenedores de las instalaciones del Terminal Portuario, con cambio de estatus, la Entidad Prestadora tiene el derecho a recibir la contraprestación por el servicio que brindó al usuario.

- vi.- De otro lado, manifestó que resulta necesario tener en cuenta que INTERAMERICAN tiene el deber de pagar por los servicios prestados en la infraestructura portuaria, ya que no existe norma alguna que lo exonere del referido pago, el cual es de cumplimiento obligatorio desde la fecha en que aquellos fueron brindados a la apelante.
 - vii.- Asimismo, el Reglamento de Tarifas de APM señala que no existe excepción para ninguna persona natural o jurídica de derecho público o privado que utilice la infraestructura, del pago de los precios y tarifas respectivas, además de que dicho reglamento establece expresamente que el pago por la prestación de los servicios debe realizarse de manera integral y de acuerdo con los montos establecidos.
- 3.- Con fecha 11 de noviembre de 2013, INTERAMERICAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando además lo siguiente:
 - i.- Al momento de la modificatoria del Tarifario versión 1.6, solo se cambia la sección 1, correspondiente a los Servicios Estándar (regulados) y sección 2 correspondientes a los Servicios Especiales Regulados.
 - ii.- Del Tarifario de APM vigente, versión 2.0, publicado con fecha 28 de junio de 2013, se verifica que el concepto facturado de Cambio de Estatus no se encuentra dentro de los conceptos autorizados a cobrar.
 - iii.- Finalmente, corresponde al Regulador determinar la validez del “... del pretendido cobro de conceptos que no se encuentran en su tarifario y/o si es válida la facturación de conceptos desarrollados en su reglamento y que no aparecen en su listado de precios...”
 - 4.- El 2 de diciembre de 2013, 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 que declaró infundado el reclamo de INTERAMERICAN, añadiendo lo siguiente:
 - i.- Los recargos se cobran excepcionalmente a los usuarios del Terminal Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Tarifas de APM. En ese sentido, dichos recargos serán cobrados cuando, en el transcurso de una relación comercial existente entre el operador portuario y los mencionados usuarios, surge uno de los hechos generadores comprendidos dentro de los supuestos regulados en la sección 5.4 del referido reglamento.
 - ii.- Siendo ello así, APM se encuentra facultada a cobrar los siguientes recargos: i) Generales, ii) por los servicios prestados a la nave y iii) por los servicios prestados a la carga, encontrándose dentro de este último, el supuesto referido a Cambio de Estatus de la mercadería.
 - iii.- Ahora bien, APM ha venido realizando diversas modificaciones a su Reglamento de Tarifas, estando una de ellas relacionada al recargo de Cambio de Estatus, el cual se incluyó dentro del concepto referido a “... la modificación en el direccionamiento de depósito temporal (por cancelación, obtención del SADA u otro motivo de responsabilidad del usuario...”
 - iv.- Por otro lado, previamente al arribo de la nave, existe una relación contractual entre los consignatarios de la carga

y los agentes marítimos, quienes intercambian información sobre la mercadería a operar, la cual incluye entre otros, el destino final de la carga. Esta información, que es ajena a la responsabilidad de APM, es manifestada mediante documento denominado "Lista de Descarga" (CDL), por tanto, la Entidad Prestadora procede de acuerdo a la información proporcionada en dicho documento.

- v.- Asimismo, es importante considerar que independiente de la modalidad que el usuario haya considerado aplicar a su carga, APM tiene el derecho de realizar el cobro del recargo por cambio de estatus por direccionamiento cuando la información del destino final se haya alterado, como ocurrió en el presente caso.
 - vi.- En tal sentido, APM realizó el direccionamiento del cobro a INTERAMERICAN debido a que al ser la responsable frente a la Entidad Prestadora del retiro de la mercadería, asume la responsabilidad por todos los costos que se hayan generado por las operaciones de los mencionados contenedores.
 - vii.- No obstante, APM señala que las facturas materia de reclamo tienen una denominación incorrecta en el nombre del recargo la cual señala "Cambio de Nave o Puerto" cuando realmente correspondía consignar "Cambio de Estatus por Direccionamiento", por lo que correspondería que la Entidad Prestadora emita una nueva factura indicando el nombre del recargo correcto.
- 5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e) la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 10 de julio de 2014 con la asistencia de INTERAMERICAN. Por su parte, el 11 de julio de 2014 se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de ambas partes, quedando la causa al voto.
- 6.- Mediante escrito de fecha 16 de julio de 2014, debidamente notificado el 17 de julio de 2014, APM señaló lo siguiente:
- i.- Los recargos tienen una naturaleza distinta a los servicios prestados al interior del Terminal Portuario, de acuerdo al régimen tarifario previsto en el Contrato de Concesión.
 - ii.- Conforme al Reglamento de Tarifas de APM, corresponde al Administrador Portuario efectuar el requerimiento de pago al responsable del retiro de la carga, en su condición de representante del dueño o consignatario de dicha carga.
 - iii.- Finalmente, precisó que desde el mes de septiembre de 2013, los recargos fueron considerados en un documento independiente al Reglamento de Tarifas, denominado "Precios por Otros Servicios y Recargos", el cual es de público conocimiento y se encuentra en la página web de APM.

7.- Con fecha 17 de julio de 2014, INTERAMERICAN presentó sus alegatos finales, reiterando los argumentos esgrimidos tanto en su escrito de reclamo y apelación, agregando lo siguiente:

- i.- De acuerdo con lo señalado por APM en la Audiencia de Vista de la Causa, se acreditó que ésta entregó de manera extemporánea la factura reclamada.
- ii.- APM ha aceptado que existió un error en el concepto facturado (Cambio de Nave o Puerto), pues el recargo corresponde al concepto de Cambio de Estatus, evidenciándose que el cobro es indebido, ya que dicho concepto no se encontraba dentro de su Tarifario.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

8.- 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 si corresponde dejar sin efecto el cobro de las facturas N° 002-0040409, 002-0040356, 002-0040685, 002-0040760, 002-0040748, 002-0040754 y 002-0040349, por parte de APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

9.- Al respecto, del análisis del expediente administrativo se establece que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de INTERAMERICAN respecto del cobro de las facturas N° 002-0040409, 002-0040356, 002-0040685, 002-0040760, 002-0040748, 002-0040754 y 002-0040349. Dicha situación se encuentra prevista como supuesto de reclamo 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.

10.- 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 para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

11.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

i.- La Resolución N° 1 fue notificada a INTERAMÉRICAN el 18 de octubre de 2013.

ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 11 de noviembre de 2013.

iii.- INTERAMERICAN apeló con fecha 11 de noviembre de 2013, es decir, dentro del plazo legal.

¹ 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. (...):

² Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

“Artículo 33.- (...). Los reclamos que versen sobre:

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

³ Reglamento de Atención 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 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 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.”

12.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas, pues debe determinarse si corresponde el cobro realizado a INTERAMERICAN por parte de APM, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁶.

13.- 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

14.- En el presente caso INTERAMÉRICAN alega que el cobro del recargo por el concepto de “recargo por cambio de estatus de la carga” resulta indebido, en la medida que éste no se encontraba dentro de la lista de precios del Tarifario de APM al momento de emitirse la factura.

15.- Por su parte, APM sostiene que el cobro del mencionado recargo se encuentra contemplado en la versión 1.7 de su Reglamento de Tarifas, por lo que su exigencia se encuentra justificada.

16.- Sobre el particular, este Colegiado considera que en el presente caso se debe analizar los siguientes aspectos: i) la naturaleza del “recargo por cambio de estatus de la carga”, con el objetivo de determinar si éste deviene de la prestación de un servicio, y ii) la necesidad de que dicho recargo se encuentre contemplado en el tarifario de la Entidad Prestadora para efectos de su exigencia a los usuarios.

Sobre la naturaleza del cobro por concepto de “recargo por cambio de estatus de la carga”

17.- Es menester recalcar, previamente, que 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:

⁶ LPAG

“Artículo 209.- 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.”

“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

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.- Asimismo, 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 (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).
- 19.- 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.
- 20.- Ahora bien, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5, y (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23:

“1.23.102 Tarifa

Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables.”

“8.20 SERVICIOS ESPECIALES

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5. (...)”

“8.23 Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de competencia económica.
(...)

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones.”

- 21.- Ahora bien, el artículo 1.5.21 del Reglamento de Tarifas de APM, vigente a la fecha de sucedidos los hechos⁷, define al recargo de la siguiente manera:

“1.5.21 Recargo.- Es el monto dinerario que deberá pagar el usuario para compensar determinada actividad/inactividad, rendimiento, entre otros, que se encuentran establecidos en el presente reglamento”

- 22.- Asimismo, el artículo 5.4.3.2 del mencionado reglamento prescribe lo siguiente:

“5.4.3.2 Recargo por Cambio de estatus de la Carga

Cuando la carga ha sido previamente recepcionada (sic) y el usuario solicita a APM TERMINALS CALLAO S.A el cambio del

⁷ Artículo 209.- Recurso de apelación

status de la carga, que implique la modificación de la información relacionada al puerto de descarga y/o de la nave designada, estatus del contenedor (lleno o vacío) o categoría (IMP, EXP o Transbordo). De igual manera el recargo aplica cuando la condición del contenedor se cambia a IMO y no ha sido manifestado como tal; y (v) modificación en el direccionamiento del depósito temporal (por cancelación, obtención del SADA u otro motivo de responsabilidad del usuario)

El importe del recargo será de USD 45 por contenedor y de USD 100 por B/L para carga fraccionada, rodante y granel.

- 23.- El “recargo por cambio de estatus de la carga,” cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, es una compensación que se genera, entre otras razones, debido a que el usuario, en el marco de la prestación del servicio de desembarque de mercancías, efectúa la modificación del direccionamiento del depósito temporal luego de que la carga ha sido recibida por el Terminal Portuario, lo cual importa un cambio en la planificación de las operaciones portuarias efectuada con anterioridad al arribo de una nave.
- 24.- Como se puede advertir, el cobro por un recargo no deviene de una contraprestación económica por algún servicio brindado por la Entidad Prestadora a un usuario, sino que se genera, a modo de compensación, por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, que implicarían cambios en la planificación de las operaciones portuarias y/o la utilización de recursos previstos para la atención del servicio cuya prestación ha sido modificada por el usuario.
- 25.- En tal sentido, se desprende de lo señalado de los párrafos anteriores, que el cobro por concepto de “recargo por cambio de estatus de la carga,” no se enmarca en ninguno de los escenarios de tarifas mencionado en el considerando 20 de la presente resolución, por lo que en principio no correspondería que se clasificara o consignara dentro de la relación tarifaria de APM.
- 26.- Del expediente administrativo, se puede verificar, que APM indicó que inicialmente el retiro de la carga sería realizada por las empresas TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. y TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (siendo estos últimos los depósitos temporales). Sin embargo, una vez recibida la mercancía por el Terminal Portuario, fue la apelante quien efectuó dicha labor, motivo por el cual la Entidad Prestadora tuvo que hacer la modificación respectiva para que fuera otra empresa, en este caso INTERAMERICAN, la que actuara como depósito temporal.
- 27.- Este cambio de direccionamiento, a criterio de este Tribunal, importó una modificación de las estipulaciones contractuales concertadas antes del arribo de la nave en el marco de la prestación del servicio de desembarque de contenedores, por lo que la aplicación del recargo resulta ser justificada, en la medida que el usuario no cumplió con las condiciones previamente acordadas por las partes.
- 28.- En tal sentido, resulta razonable que APM realice el cobro del mencionado recargo, puesto que no se cumplieron las condiciones previamente acordadas por las partes, relacionadas con la prestación del servicio estándar.
- 29.- Siendo ello así, APM se encuentra facultado a realizar el cobro por concepto de “recargo por cambio de estatus de la carga,” dado que se ha verificado que por decisión o responsabilidad del usuario y, no por causas imputables a la Entidad Prestadora, se realizó el cambio del direccionamiento de la mercancía.

30.- No obstante, dicho cobro no constituye una tarifa, ni un precio derivado de un servicio portuario.

De la publicación de los recargos en el Tarifario

- 31.- Al respecto, el artículo 8.24 del Contrato de Concesión señala que es obligación de APM poner en conocimiento de los usuarios, en este caso INTERAMERICAN, a través de su página web el Tarifario, Reglamento de Tarifas, Precios, política comercial y los procedimientos de aplicación de descuentos, así como sus modificaciones, los cuales serán establecidos de acuerdo al Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA)⁸.
- 32.- Asimismo, de conformidad con el RETA de OSITRAN⁹, existen dos regímenes tarifarios:

“Artículo 10.- Regímenes tarifarios

La prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público podrá estar sujeta a los siguientes regímenes tarifarios:

1.- Régimen tarifario supervisado.- Régimen tarifario bajo el cual las Entidades Prestadoras pueden establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios que presten en condiciones de competencia en los mercados respectivos.

Este régimen tarifario es aplicable de manera general a la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, sin perjuicio de la aplicación del régimen tarifario regulado, de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.

2.- Régimen tarifario regulado.- Régimen tarifario bajo el cual las Entidades Prestadoras pueden establecer y modificar libremente las Tarifas de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, sin exceder las Tarifas Máximas que hayan sido fijadas en sus respectivos contratos de Concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por OSITRAN, conforme a lo establecido en el presente Reglamento.

Este régimen es aplicable de manera exclusiva a la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público por parte de las Entidades Prestadoras, en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado. Dicho régimen es aplicable, sin perjuicio de la aplicación de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.”

8 Contrato de Concesión

8.24. La SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a poner en conocimiento de los Usuarios, sin costo para los mismos, a través de su página web, el tarifario, reglamento de Tarifas, Precios, política comercial y los procedimientos de aplicación de descuentos, así como sus modificaciones serán establecidos de acuerdo al Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA) y normas aplicables, por las actividades y Servicios que establezca, sin perjuicio de las Normas Regulatorias aplicables.

⁸ Aprobado por la Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN, y modificado por la Resolución N° 082-2006-CD-OSITRAN.

33.- Además, el artículo 30 del RETA de OSITRAN señala cual es el contenido mínimo que deben tener los tarifarios de las Entidad Prestadoras:

“Artículo 30.- Contenido mínimo del Tarifario

1. El Tarifario de las Entidades Prestadoras de servicios derivados de la explotación de infraestructura aeroportuaria y portuaria deberá contener como mínimo lo siguiente:

- a. Nombre comercial del servicio;*
 - b. Descripción y características generales de la prestación del servicio para el cual se establece la tarifa;*
 - c. Unidad de medida o cobro;*
 - d. Tarifa Máxima autorizada por el OSITRAN cuando corresponda;*
 - e. Importe de la Tarifa en Nuevos Soles Incluyendo el Impuesto General a las Ventas (IGV) cuando corresponda;*
 - f. Tipo de Cambio utilizado y fecha de conversión cuando corresponda;*
 - g. Servicios exonerados del IGV;*
 - h. Unidad monetaria de la tarifa;*
 - i. Fecha de entrada en vigencia de la tarifa;*
 - j. Ofertas, descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas generalmente aceptadas, así como las circunstancias compensatorias que sustentan su aplicación;*
 - k. Condiciones para la aplicación y pago de la tarifa;*
- (...).”*

34.- Como se puede apreciar de lo señalado en el párrafo precedente, el RETA de OSITRAN establece claramente que el régimen tarifario es aplicable de manera general a la prestación de servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y no a aquellos distintos a éstos.

35.- Ahora bien, como ya se ha indicado en los considerandos 23, 24 y 25 de la presente Resolución, los recargos no son cobros que se realicen como producto de la prestación efectiva de servicios portuarios, sino que son conceptos cuyo cobro derivan del incumplimiento de los acuerdos previamente adoptados entre los sujetos intervinientes en una relación contractual, en este caso APM e INTERAMERICAN (en representación de ALICORP S.A.). Por tanto, al no estar comprendidos dichos recargos dentro de los regímenes tarifarios, no requieren estar incluidos dentro del Tarifario de la Entidad Prestadora.

36.- Como se verifica del análisis desarrollado, resulta evidente que APM no tendría la obligación de publicar dentro de su Tarifario el monto que se cobra por concepto de recargos. Cabe señalar que este razonamiento ha sido recogido por las áreas técnicas de OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica) a través del Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, de fecha 3 de septiembre de 2013 .

37.- No obstante, este Tribunal considera que ello no libera a la Entidad Prestadora del deber de informar a los usuarios, sobre las condiciones que rigen sus relaciones comerciales .

De la información brindada por APM

38.- Sobre el particular, se debe recalcar que APM no solo se encuentra en la obligación de brindar información respecto de las condiciones comerciales que regirán la prestación de sus servicios, sino también los escenarios en que ésta aplicará sus recargos. Para el presente caso, dicha condición resulta ser de suma importancia, teniendo en cuenta que el recargo materia de reclamo resulta consecuencia de una inobservancia de los acuerdos arribados por las partes , respecto de un servicio brindado (estándar) por la Entidad Prestadora.

39.- Cabe resaltar, que el derecho de los usuarios de acceder a información no solo se encuentra regulado en el Contrato de Concesión, sino que también ha sido desarrollado en disposiciones emitidas por el OSITRAN, y concretamente, para el ámbito portuario, en el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios , cuyos artículos 5 y 7 establecen lo siguiente:

“Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de la servicios aeroportuarios y portuarios.

(...) la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

a) Transparencia.- El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios (...).”

“Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

¹⁰ En el mencionado Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN, las mencionadas áreas técnicas de OSITRAN, opinaron lo siguiente:

“24 (...) el Anexo 5 del Contrato de Concesión trata sobre el “REGIMEN TARIFARIO”, el cual se subdivide en: I. Estructura Tarifaria y Nivel Tarifario, II. Políticas Comerciales y III. Normas Básicas para la Aplicación de las Tarifas. En otras palabras, los RECARGOS no forman parte del REGIMEN TARIFARIO, tal como está definido en el Contrato de Concesión.

25 En efecto, en el RÉGIMEN TARIFARIO sólo se incluyen los Servicios Portuarios que, de acuerdo con el Contrato de Concesión, pueden ser servicios estándar o especiales, de conformidad con lo que establece la Cláusula 1.23.97.

²⁶ Asimismo, la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, establece

claramente que el Concesionario deberá publicar el tarifario, el reglamento de tarifas, precios, política comercial y los procedimientos de descuentos. En otras palabras, en el tarifario sólo podrán incluirse las tarifas, precios, así como los descuentos que resulten de la aplicación de la política comercial que adopte el Concesionario. (...)

28 En conclusión, el Concesionario está facultado a cobrar recargos; no obstante, dichos recargos deberán ser fijados de manera particular entre el Usuario y el Concesionario. Sin perjuicio de ello, el Concesionario podrá publicar el monto de los mismos, siempre y cuando no se incluyan en el tarifario y en el Reglamento de Tarifas, tal como lo dispone el Contrato de Concesión”.

¹¹ Aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 074-2011-CD-OSITRAN.

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) A la información

El Usuario debe recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente (...) Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios”

- 40.- El derecho de acceder a información que le asiste a los usuarios les puede permitir efectuar un cálculo adecuado sobre los costos en los que tendrían eventualmente que incurrir en la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resulta ser relevante a fin de que dichos usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan para el adecuado uso de los servicios portuarios y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.
- 41.- En el caso en particular, se ha verificado que APM cumplió con informar a INTERAMERICAN acerca de las condiciones de aplicación del “recargo por cambio de estatus de la carga” a través de su Reglamento de Tarifas, versión 1.7, vigente a la fecha de acaecidos los hechos. Ciertamente, la apelante no podría alegar desconocimiento de ello, puesto que, tal y como ya se ha establecido en casos anteriores, las condiciones comerciales de las Entidades Prestadoras son cláusulas generales de contratación que van regir la relación contractual entre el prestador del servicio y el usuario, las que conjuntamente son aceptadas por las partes.
- 42.- En consecuencia, al haber estado informado INTERAMERICAN sobre las condiciones comerciales de APM y encontrándose este último facultado para realizar el cobro por el concepto de “recargo por cambio de estatus de la carga”, corresponde desestimar el recurso de apelación presentado por la apelante.
- 43.- Sin perjuicio de lo señalado en la presente resolución, APM ha reconocido la existencia de un error material en la denominación de recargo que fue materia de cobro, por lo que corresponde que la Entidad Prestadora cumpla con extender las nuevas facturas consignando el recargo correcto.

¹² En ese sentido, en la Resolución N° 3 emitida en el Expediente N° 012-2009-TSC-OSITRAN se señaló lo siguiente: “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).

- 44.- Cabe precisar, que el hecho que la Entidad Prestadora haya incurrido en error al momento de emitir las facturas materia de cuestionamiento, no exime a la apelante de su deber de asumir los pagos que devengan de la relación contractual.

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 del expediente APMTC/CS/925-2013, expedida por APM TERMINALS CALLAO S.A. que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por INTERAMERICAN SERVICE CO. S.A.C. por aplicación del recargo por cambio de estatus; quedando así agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a INTERAMERICAN SERVICE CO. S.A.C. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

TERCERO.- 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN

13 Reglamento de Reclamos de OSITRAN

*“Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables
(...)”*

*La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:
Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Integrar la resolución apelada;
Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda.”*

*“Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia
La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa.*

Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia.”

RESOLUCIÓN

Nº 83-2013-TSC-OSITRAN

APELANTE : LOGÍSTICA INTEGRAL CALLAO S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución Nº 1 emitida en el expediente Nº APMTC/CS/287-2013.

SUMILLA

Si la Entidad Prestadora no cumple con informar de manera oportuna al usuario sobre las implicancias o pormenores que se puedan presentar durante las operaciones de embarque de contenedores durante el periodo de libre almacenamiento, entonces no corresponderá que éste pague por el servicio de almacenamiento (uso de área operativa).

RESOLUCIÓN Nº 3

Lima, 25 de noviembre de 2014.

VISTOS

El recurso de apelación interpuesto por LOGÍSTICA INTEGRAL CALLAO S.A. (en adelante, LICSA o la apelante) contra la Resolución Nº 1 emitida dentro del expediente Nº APMTC/CS/287-2013 (en lo sucesivo, la Resolución Nº1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 23 de abril de 2013, LICSA interpuso reclamo ante APM solicitando la anulación de 28 facturas, emitidas por concepto de uso de área operativa-Exportación Contenedores Llenos, conforme al siguiente detalle:

Expediente	Factura N°	Servicio	Nave	
83-2013-TSC-OSITRAN	002-0017624	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos	MSC SARAH	
	002-0017626	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017754	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017650	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017650	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017639	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017340	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017069	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos	MSC NERISSA	
	002-0017043	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017521	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017438	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0015547	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos	MN RECIFE	
	002-0015270	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos	MN ELQUI	
	002-0017572	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos	MN PORTOFINO	
	002-0017574	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos	MSC INGRID	
	002-0017570	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017560	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0018711	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0018732	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0018318	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0018096	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0018084	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0018085	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		
	002-0017527	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		MN SANTA PRISCILLA
	002-0017538	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos		

	002-0017608	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos	MSC LISA
	002-0017346	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos	
	002-0017344	Uso de área Operativa - Exportación Contenedores Llenos	

Afirma que, no procede el cobro en la medida que se ingresó la carga dentro de los plazos establecidos por la propia Entidad Prestadora, por lo que presentó los siguientes medios de prueba:

- i.- Relación detallada de traslado directo de los contenedores embarcados de las naves MSC Sarah¹, MSC Nerissa², MN Rio de Janeiro³, MN Recife⁴, MN Elqui⁵, MN Portofino⁶, MSC Ingrid⁷, MN Santa Priscilla⁸ y MSC Lisa⁹.
 - ii.- Correos electrónicos cursados entre APM y el representante de las líneas navieras donde se fija el Cut Off para el ingreso de los contenedores.
- 2.- Mediante carta N° 454-2013-APMTC/CS, de fecha 7 de mayo de 2013, APM comunicó a LICSA la ampliación del plazo de 15 días adicionales, para dar respuesta al reclamo interpuesto por esta última.
- 3.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 5 de junio de 2013, APM resolvió el reclamo presentado por LICSA, declarándolo fundado respecto de las facturas N° 002-0017754 y 002-0017043, fundado en parte con relación a las facturas N° 002-0017624, 002-0017639, 002-0017340, 002-0017169, 002-0018085, 002-0017527, 002-0017538, 002-0017608, 002-0017346 y 002-0017344 e infundado con relación a las facturas N° 002-0017626, 002-0017650, 002-0017521, 002-0017348, 002-0016625, 002-0015547, 002-0015270, 002-0017572, 002-0017574, 002-0017570, 002-00178711, 002-0018732, 002-0018318, 002-0018098, 002-0018084 y 002-0017560. Dicha resolución se sustenta en los siguientes argumentos:
- i.- El artículo 8.19 del Contrato de Concesión, señala que el servicio estándar tanto en el caso del embarque como el de descarga de mercadería, en este caso contenedorizada, incluye un período de 48 horas de permanencia de la carga en el almacén del Terminal Portuario libre de pago.
 - ii.- Siendo esto así, el cálculo del periodo de libre almacenamiento para el caso de contenedores, se debe considerar desde que éstos ingresan a la balanza de APM hasta su posterior embarque a la nave correspondiente; y para el caso de descarga, el plazo se computará desde que finaliza la desestiba total de la mercadería.

¹ Fojas 4 al 11 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

² Fojas 15 al 22 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

³ Fojas 156 al 167 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

⁴ Fojas 170 al 171 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

⁵ Fojas 175 al 176 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

⁶ Fojas 180 al 181 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

⁷ Fojas 184 al 198 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

⁸ Fojas 202 al 204 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

⁹ Fojas 202 al 204 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

- iii.- Con relación a las facturas declaradas infundadas, APM señaló que éstas fueron emitidas de conformidad con su Reglamento de Tarifas y Política Comercial (en adelante, Reglamento de Tarifas). Asimismo, a manera de ejemplo, precisó que con relación a la factura N° 002-0017626, LICSA ingresó el contenedor CRLU186610 con fecha 11 de marzo de 2013 a las 18:13 horas, cumpliéndose los días de libre almacenamiento el día 13 de marzo de 2013 hasta las 05:18 horas, por lo que a partir de esta última fecha hasta el momento en que se embarcó el referido contenedor, se realizó el cobro por el servicio de uso de área operativa, la cual fue por 3 días.
 - iv.- Con relación a las facturas declaradas fundadas en parte, existieron errores al momento de emitirlas, puesto que alguno de los contenedores relacionados a éstas fueron embarcados dentro del periodo de libre almacenamiento, por lo que dispuso reformular dichas facturas a efectos de realizar el descuento correspondiente.
 - v.- Respecto de las facturas declaradas fundadas, APM reconoció que no se ha realizado de manera correcta el cómputo de las 48 horas libres señaladas en su Reglamento de Tarifas, en la medida que los contenedores, fueron embarcados dentro del período de libre almacenamiento, por lo que éstas deberán ser anuladas.
- 4.- Con fecha 26 de junio de 2013, LICSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, en el extremo que no amparó su reclamo, relacionados con las facturas N° 002-0018098, 002-0017624, 002-0017639, 002-0017340, 002-0017169, 002-0018085, 002-0017527, 002-0017538, 002-0017608, 002-0017346, 002-0017344, 002-0017626, 002-0017650, 002-0017521, 002-0017348, 002-0016625, 002-0015547, 002-0015270, 002-0017572, 002-0017574, 002-0017570, 002-00178711, 002-0018732, 002-0018318, 002-0018084 y 002-0017560 argumentando lo siguiente:
- i.- El cálculo del plazo que habría utilizado APM es ilegal, puesto que, conforme al Anexo 5 del Contrato de Concesión¹⁰, el servicio de almacenamiento de contenedores llenos se computa por días calendario y está sujeto a una tarifa del día calendario 3 al 6. En este sentido, debe aplicarse lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 183 del Código Civil, el cual señala que el plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, el que establece como regla que se excluya el día inicial e incluya el día del vencimiento.
 - ii.- APM infringe la norma citada cuando considera como un día entero de almacenaje, a las horas que siguen al vencimiento de las 48 horas libres de almacenamiento. Añade además, que en el supuesto negado que existiese alguna duda respecto a la forma en que debe calcularse el plazo para el cobro del servicio de almacenaje, debe prevalecer la interpretación que favorece al usuario, esto de conformidad con lo establecido en el inciso c), del artículo 8 del Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹¹.

¹⁰ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuarios del Callao entre APM Terminals Callao S.A. 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 Aprobado mediante la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

- iii.- Asimismo, agrega que los cobros que se viene realizando por el servicio de uso de área operativa se generan por la demora de al momento de prestar el servicio de embarque de contenedores.
 - iv.- Al respecto, la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, APM presta directamente los servicios de embarque y descarga de contenedores, siendo ello parte de los servicios estándar que brinda. Dado lo expuesto, la Entidad Prestadora puede controlar y determinar el tiempo de permanencia de la carga de exportación en el Terminal Portuario.
 - v.- Agrega que de conformidad con el numeral 1.5.13 del Reglamento de Tarifas de APM, esta tiene plena libertad para fijar el cut off¹², el cual establece la fecha y hora límite que la carga puede ser recibida por el puerto para su posterior embarque en la nave correspondiente; en consecuencia, si la Entidad Prestadora se demora en brindar el servicio de embarque de contenedores, esta no puede trasladar al usuario costos que son imputables a su inadecuada gestión del Terminal Portuario.
- 5.- El 19 de julio de 2013, 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, añadiendo, además, lo siguiente:
- i.- Con relación al cómputo de los días, si bien el Código Civil señala las reglas básicas en la forma en que deberá realizarse (como por ejemplo que, se cuenta de medianoche a medianoche, lo que implica que un día podría ser de 24 horas o una fracción y que el plazo se cuenta desde el día siguiente, es decir, no incluye el día inicial y sí el final), también se ha establecido que las partes definirán dichas reglas.
 - ii.- Siendo esto así, el numeral 3.3.3 del Reglamento de Tarifas señala expresamente que toda fracción de día se considera como un día completo. Por tanto, en caso la carga de un usuario se encuentre depositada un par de horas en el Terminal Portuario o todo un día completo (24 horas), APM tendrá el derecho a cobrar el monto aplicable a la permanencia de dicha carga en el puerto, sobre todo si la estancia de aquella ha excedido el periodo de libre almacenamiento comprendido dentro del servicio estándar.
 - iii.- De una lectura integral de las cláusulas del Contrato de Concesión, se puede determinar que las partes han establecido claramente la manera en que se realiza el cómputo del plazo libre de pago. El cual se efectuará de la siguiente manera:

¹² "Cut Off": Tiempo máximo, como límite en el que las unidades / equipos podrán entrar a la zona de stacking a fin de completar el embarque hacia la nave programada. Véase esta definición en http://www.mscolivia.com/es/our_services/used_terms.html.

- Para la descarga: El plazo se cuenta desde el momento en que termina la descarga (incluye el día inicial) hasta el tercer o quinto día calendario.
 - Para el embarque: El plazo se cuenta desde el momento en que la carga ingresa en el patio del Terminal Portuario (incluye el día inicial) hasta el tercer o quinto día calendario máximo en que se embarque la carga (incluye el día final).
- iv.- Siendo ello así, de acuerdo con el numeral 7.2.1.1.1 del Reglamento de Tarifas de APM, el tiempo libre se computa desde el fin de la descarga total de la nave o una vez que el contenedor ingrese al patio del Terminal Portuario. Asimismo, establece expresamente que el servicio de uso de área operativa será facturado del día 3 al 6, por día o fracción de éste.
- v.- De acuerdo con el Tarifario de APM, éste realiza el cobro por día o fracción en función a los TEU¹³ con los que cuenta la carga, es decir la Entidad Prestadora no realiza dicho cobro necesariamente en función a la permanencia de la mercadería de un usuario en el puerto por un día completo (24 horas), puesto que el Reglamento de Tarifas lo autoriza a cobrarlo por una fracción de aquella.
- vi.- Por otro lado, son "...el Agente Aduanero o el Depósito Extraportuario (sic) (que para el presente caso es LICSA), serán los encargados de gestionar la Autorización de Embarque Directo, la cual les permite a los contenedores ingresar al Terminal para su posterior embarque..." En virtud a ello, en caso los contenedores permanezcan más de 48 horas en el Terminal Portuario, periodo correspondiente al libre almacenaje, los responsables de asumir el pago por la prestación del servicio de uso de área operativa serán quienes figuran como solicitantes de la mencionada Autorización de Embarque.
- vii.- Dado lo expuesto, las facturas impugnadas tienen como base fundamental la prestación efectiva del servicio por el uso de área operativa; es decir, se está realizando el cobro por un servicio efectivamente brindado a favor de la apelante.
- viii.- Finalmente, solicitó que se declare fundado en parte el reclamo, en lo referido al cobro de las siguientes 10 facturas: N° 002-0017624, 002-0017639, 002-0017340, 002-0017169, 002-0018085, 002-0017527, 002-0017538, 002-0017608, N° 02-0017346 y 002-0017344.

¹³ Las siglas TEU (acrónimo del término en inglés *Twenty-foot Equivalent Unit*, que significa *Unidad Equivalente a Veinte Pies*) representa una unidad de medida de capacidad inexacta del transporte marítimo (Buques portacontenedores y terminales portuarios para contenedores) expresada en contenedores. Definición que se encuentra en la dirección electrónica: [http://es.wikipedia.org/wiki/TEU_\(unidad_de_medida\)](http://es.wikipedia.org/wiki/TEU_(unidad_de_medida))

- 6.- Mediante Carta N° 1270-2013-APMTC/CS, de fecha 11 de octubre de 2013, APM presentó su escrito de alegatos, señalando lo siguiente:
- i.- Rechaza que tome más tiempo del necesario realizar las operaciones de embarque y descarga de los contenedores.
 - ii.- APM realiza la estiba de los contenedores de acuerdo a los planes de embarque (CAL) que aprueban los representantes de las líneas navieras, es decir, los agentes marítimos, en los que se define la secuencia en que se embarcarán los contenedores y las posiciones en la que éstos se colocarán, las cuales se realizan con relación al tipo de mercadería (sea carga seca o refrigerada), puerto de destino, entre otros.
 - iii.- Las líneas navieras deben cumplir un itinerario de acuerdo a los tráficos a los que pertenecen, lo que significa que así como deben cumplir con fechas y horas de arribo en el puerto, también tendrán que hacerlo en los terminales que preceden y continúan al puerto del Callao. Siendo esto así, son las líneas navieras las principales interesadas en el cumplimiento de las operaciones que APM realiza, velando porque dichas operaciones
- 7.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, las partes no asistieron a la audiencia de conciliación convocada para el 14 de octubre de 2013.
- 8.- A través de Oficio N° 471-2013-STSC-OSITRAN (en adelante, el Oficio del TSC), de fecha 18 de octubre de 2013, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a APM precise y documente lo siguiente:
- a) Cuál fue la programación de las operaciones (Plan de Operaciones) de embarque de los contenedores relacionados con las facturas materia de impugnación y cuáles fueron las razones por las que no fueron embarcados dentro del período de libre almacenamiento.
 - b) Si previo al ingreso de los contenedores, la referida programación fue comunicada o informada a LICSA.
 - c) Si dio cumplimiento al Plan de Operaciones. De no ser así, precisar y acreditar cuáles fueron las causas.
- 9.- Mediante Carta N° 1410-2013-APMTC/CS, de fecha 29 de octubre de 2013, APM remitió los planes solicitados, no obstante mencionó lo siguiente:

- i.- La razón por la que algunos contenedores de LICSA fueron embarcados antes o después que otros, se debió a que tal como ocurre en cualquier operación de embarque de carga, existe un orden o secuencia que hace que algunos contenedores sean embarcados primero y otros después. La razón para que exista esa secuencia, puede ser el tipo de carga, el puerto de destino, si se realizaron transbordos, etc. Dicha secuencia es aprobada por el representante de la línea naviera (agente marítimo) y consta en el documento Good Loading Certificate.
- ii.- La programación de las operaciones de las naves (fecha de arribo a la nave, inicio de operaciones, muelle asignado, fecha de desatraque, etc.) es informada a los usuarios en general a través del programa de atraque que se publica en la página web de APM, en el cual se muestra el número de jornadas necesarias para la realización de las operaciones, indicando el inicio y el término de las mismas.
- iii.- El plan de operaciones se cumplió de acuerdo a lo acordado, habiéndose embarcado y descargado todos los contenedores que están señalados en el plan de operaciones.

10.- Mediante Oficio N° 560-13-STSC-OSITRAN, debidamente notificado con fecha 27 de noviembre de 2013, la Secretaría Técnica del TSC remitió a LICSA la Carta N° 1410-2013-APMTC/CS, con sus respectivos anexos.

11.- El 12 de noviembre de 2014, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de los representantes de ambas partes, quienes realizaron el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto. En dicho informe oral, las partes reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento, añadiendo LICSA, que el oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN de fecha 28 de mayo de 2013, respaldaba su posición.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de APM.
- ii.- Determinar si corresponde que LICSA pague las 26 facturas cuyo cobro es efectuado por APM por el Servicio Uso de Área Operativa.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

13.- De la revisión del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento por parte de LICSA respecto al cobro por parte de APM de las facturas antes mencionadas. 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 infraestructura¹⁴. Dicho supuesto también se encuentra recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM¹⁵ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM); por lo que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁶, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

14.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM¹⁷, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de

¹⁴ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

Artículo 33.-
(...) Los reclamos que versen sobre:

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

¹⁵ **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.

¹⁶ **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”.

¹⁷ Reglamento 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”.

Reclamos de OSITRAN)¹⁸, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

15.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

- i.- La Resolución N° 1 de APM materia de impugnación fue notificada a LICSA el 5 de junio de 2013.
- ii.- El plazo máximo para que LICSA interponga su recurso de apelación fue el 26 de junio de 2013.
- iii.- LICSA apeló con fecha 26 de junio de 2013, es decir dentro del plazo legal.

16.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas, pues debe determinarse si el cobro realizado a LICSA fue producto de un inadecuado servicio brindado por APM, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG¹⁹.

17.- 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.- PAGO DE LAS FACTURAS CUYO COBRO APM PRETENDE EFECTUAR A LICSA

18.- Es pertinente recalcar que, conforme a la Resolución N° 1 emitida por APM, dicha entidad reconoció la pretensión planteada por LICSA en lo que respecta a las facturas N° 002-0017754 y 002-0017043. Por tanto, no corresponde pronunciarse, en dicho extremo sobre el fondo del asunto.

19.- El análisis de este asunto requerirá que se aborden los siguientes aspectos:

18 Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

“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.”

19 LPAG

“Artículo 209.- 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.”

- a) Sobre el servicio estándar de carga contenedorizada y el servicio especial de uso de área operativa.
- b) Cómputo del plazo durante la prestación del servicio de área operativa.
- c) Sobre la organización de los servicios que brinda APM en materia de contenedores.
- d) Deberes de APM respecto a los usuarios del terminal.
- e) Respecto del uso de área operativa.
- f) Sobre la demora en el embarque de los contenedores de LICSA.

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

20.- De acuerdo con el Contrato de Concesión²⁰, 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 contenedorizada²¹.

21.- La mencionada cláusula señala también que dentro del servicio estándar de carga contenedorizada, se incluye el almacenamiento libre de pago de hasta 48 horas dentro del Terminal Portuario, precisando además que dicho plazo se computará desde que la nave termina la descarga o una vez que la mencionada carga haya ingresado en el patio del referido terminal portuario para su posterior embarque²².

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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 los 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.

(...)

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 (...)*”

22.- Asimismo, el Contrato de Concesión establece que transcurrido el plazo que corresponda según el tipo de carga, la Entidad Prestadora podrá cobrar el servicio de almacenaje portuario²³.

23.- Como se puede apreciar de lo antes expuesto, para el servicio estándar de carga contenedorizada, el contrato establece que la mercadería de los usuarios podrá permanecer dentro del Terminal Portuario por un periodo de libre almacenamiento de 48 horas, sin que éstos tengan que pagar por tal servicio; finalizado dicho periodo, la Entidad Prestadora tiene el derecho a cobrar una determinada tarifa.

24.- En ese sentido, más allá de estas 48 horas, se aplicará al servicio de almacenamiento una tarifa preestablecida en el Contrato de Concesión a partir del día calendario 3 al 6 o un precio a partir del séptimo 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 7 lo determina libremente, puesto que no está sujeto a regulación²⁴.

b) Del cómputo del plazo durante la prestación del servicio de área operativa

25.- Tal como se desprende de los actuados en el expediente, durante el embarque de contenedores la Entidad Prestadora establece como periodo de libre de almacenamiento 48 horas desde el momento en que la carga ingresa al patio del Terminal Portuario. Culminado este plazo, APM entiende iniciado el día 3, cuyo cómputo comienza desde el momento en que finaliza dicho periodo (libre almacenamiento) hasta las 23:59 horas de ese mismo día. En adelante, computa los días desde las 00:00 horas hasta las 23:59 horas.

26.- Al respecto, LICSA señala que APM estaría realizando de manera ilegal el cómputo del plazo del uso de área operativa, pues afirma que el periodo de almacenaje (por el que corresponde el cobro del servicio de uso de área operativa) debe comenzar al día siguiente de culminado las 48 horas de libre almacenamiento, de conformidad con el inciso 4 del artículo 183 del Código Civil²⁶.

²³ **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".

²⁴ **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"

²⁵ **Código Civil**

"Reglas para cómputo del plazo"
Artículo 183.- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:
(...)

4.- El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.

²⁶ *Es importante indicar que en el referido Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN las mencionadas áreas de OSITRAN efectuaron un análisis de los argumentos señalados en la Carta N° 068-2013-APMTC/GG, en atención al Oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN, con ocasión a la modificación del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM TERMINALS CALLAO S.A.*

27.- Respecto al cómputo del plazo relacionado con el uso de área operativa, conviene tener presente que mediante Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN de fecha 3 de septiembre de 2013, las áreas técnicas de OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica), opinaron lo siguiente:

"(...) si bien el numeral 4 del artículo 183 del Código Civil establece que el cómputo del plazo excluye el día inicial, dicha disposición no sería aplicable para el caso de contenedores, puesto que, como se ha indicado, el Contrato de Concesión prescribe que el plazo libre es de 48 horas, cómputo que está incluyendo el día inicial, con lo cual al término dicho plazo empieza el cómputo del día 3 por el cual APM está autorizada a cobrar, de conformidad con el Anexo 5 de dicho Contrato de Concesión. Realizar el cómputo de otra manera significaría otorgar más de 48 horas libres a los contenedores, situación que no está prevista en el Contrato de Concesión

En tal sentido, bajo el amparo del artículo 184 del Código Civil, en el Contrato de Concesión con relación al cómputo de días libres para contenedores se ha excluido la regla del numeral 4 del artículo 183 de dicho cuerpo normativo."

28.- Con relación a lo alegado por LICSA, respecto a que APM viene considerando la fracción de día como un día completo, conviene considerar lo que señala el Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN:

"En la realidad el cómputo de un plazo no necesariamente coincide con la hora inicial de un día, esto es, las 00:00 horas. Puede darse el caso que el plazo se inicie en una hora intermedia, por ejemplo, a las 13:00 horas, lo que significa que desde ese momento hasta las 24:00, se computará un día. Evidentemente, luego de las 24:00 de cualquier día, se computará el inicio de un nuevo día.

La mal llamada fracción de día es, en realidad, un día para efectos legales, siempre que se verifique en el rango de las 00:00 horas hasta las 24:00 horas de ese mismo día. En todo caso, es irrelevante que se adicione en el tarifario la frase "fracción de día," porque al margen de la hora en que se retire la carga, se computan días y no horas.

De lo señalado anteriormente, el Contrato de Concesión permite que el concesionario realice el cobro considerando como unidad de tiempo el día, al margen de la fracción del mismo en que se retira o embarca la carga, y para el caso de Contenedores el cómputo del plazo incluye el día inicial."

29.- Como se verifica en el mencionado informe, las áreas técnicas de OSITRAN han precisado que la regla establecida en el numeral 4 del artículo 183 del Código Civil, no aplica para computar el plazo relacionado con el uso del área operativa, puesto que, tal como lo permite el artículo 184 del referido texto legal²⁷ dicha condición ha sido modificada por el Contrato de Concesión, el cual establece de manera expresa que finalizado el periodo de libre almacenamiento de la carga contenedorizada, APM tiene derecho al cobro de la tarifa correspondiente.

²⁷ **Código Civil**

"Reglas extensivas al plazo legal o convencional"
Artículo 184.- Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente"

30.- A la luz de lo expuesto anteriormente, este Tribunal considera, que culminadas las 48 horas de permanencia de la carga, empieza a computarse el primer día de cobro, lo que quiere decir que desde el momento en que finaliza el periodo de libre almacenamiento hasta las 23:59 horas de ese mismo día, APM tiene derecho a facturar los servicios que presta por el uso de área operativa en el Terminal Portuario, puesto que el cómputo de dicho servicio, de acuerdo al Anexo 5 del Contrato de Concesión, se realiza en días y no por horas²⁸.

31.- Ahora bien, considerar una interpretación en contrario, esto es, que desde el momento del día en que finaliza el periodo de libre almacenamiento (por ejemplo desde las 15: 43 horas hasta las 23:59 horas de dicho día) no se cobre el servicio de uso de área operativa, implicaría extender el plazo de 48 horas contrariamente a lo establecido en el contrato de concesión.

32.- Cabe indicar que durante el informe oral, la parte apelante ha señalado que el Oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN del 28 de mayo de 2013 respaldaba los argumentos de su defensa. Al respecto, la representante de LICSA no precisó en qué sentido el referido oficio interpretaba la metodología del cómputo del periodo de libre almacenamiento de 48 horas, de manera tal que se entendiese que el cobro por el servicio de uso de área operativa debía comenzar al día siguiente en que culminaban las referidas 48 horas.

33.- En efecto, el Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN es el documento que, de manera cierta y expresa, explica cuál es la metodología de cálculo para el periodo de 48 horas de libre almacenamiento que establece el Contrato de Concesión y por ende, desde qué momento se habilita a la Entidad Prestadora a realizar el cobro por sus servicios, en este caso, por el de uso de área operativa.

34.- En atención a lo expuesto, lo alegado por LICSA en este extremo carece de sustento.

c) Sobre la organización de los servicios que brinda APM en materia de embarque de contenedores

35.- 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

28 Contrato de Concesión

**ANEXO 5
REGIMEN TARIFARIO
I. ESTRUCTURA TARIFARIA Y NIVEL TARIFARIO
(...)**

Servicio Especiales con Tarifas
Almacenamiento contenedores llenos (Del día 3 calendario al 6 inclusive)

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.”

36.- 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”.

37.- 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 cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (market-based approach), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (Performance-based regulation). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (output), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado.²⁹

38.- 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, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

d) Derecho de los usuarios del Terminal Portuario a acceder a información de los servicios

39.- El término “usuario” es definido por la cláusula 1.23.113 del Contrato de Concesión como la persona natural o jurídica que recibe los servicios brindados por la Entidad Prestadora. Por su parte, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN define al Usuario como la persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura en calidad de usuario intermedio o usuario final.³⁰

²⁹ Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) “Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals”, *Law & Society Review*, Volume 37, Issue 4, pp. 691–730.

³⁰ El Reglamento define al usuario intermedio y final de la siguiente manera:

1.- Usuario intermedio: Prestador de servicios de transporte o vinculados a dicha actividad y en general, cualquier empresa que utiliza la infraestructura para brindar servicios a terceros. Son ejemplos de usuarios intermedios, entre otros, los siguientes:
- las líneas aéreas;
- los agentes marítimos,

- los transportistas de carga o pasajeros, por ferrocarril o carretera o utilizando puertos.
Este tipo de usuarios pueden ser operadores secundarios.

2.- Usuario final: Aquel que utiliza de manera final los servicios prestados por una entidad prestadora o por los usuarios intermedios. Se considera usuario final, entre otros, a:
- Los pasajeros de los distintos servicios de transporte que utilicen la infraestructura en los términos definidos en el Reglamento General del OSITRAN; y,
- Los dueños de la carga

40.- Dicho ello, si bien APM está facultado para obtener beneficios económicos³¹ de la concesión a través de la prestación de los servicios portuarios³², también debe cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión y el marco normativo vigente, entre ellas, con sus obligaciones relacionadas con el respeto a los derechos de los usuarios. Un derecho que ostentan los usuarios y que APM debe respetar en todo momento es el derecho a acceder a información sobre la forma en que los servicios serán brindados.

41.- En ese sentido, la cláusula 8.6 del Contrato de Concesión señala que APM es responsable frente a los usuarios de brindar información suficiente sobre los términos y condiciones en los que los servicios serán brindados:

8.6. La SOCIEDAD CONCESIONARIA es responsable de brindar a los Usuarios:

(ii) **La información suficiente sobre las Tarifas, Precios, así como los términos y condiciones aplicables a los Servicios que presta, conforme a este Contrato de Concesión y a las Normas Regulatorias;**

42.- El derecho de los usuarios de acceder a información a que se refiere el Contrato de Concesión, se encuentra desarrollado en disposiciones emitidas por el Regulador, concretamente, para el ámbito portuario, en la Resolución de Consejo Directivo N° 074-2011-CD-OSITRAN, Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, cuyos artículos 5 , 7 y 12 establecen lo siguiente:

“Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de la servicios aeroportuarios y portuarios.

(...) la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

a) Transparencia.- El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios (...).”

31 Contrato de Concesión

“2.7.- Sin perjuicio de las declaraciones contenidas en la Cláusula 3.2, el CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que: (...) (iii) la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se pueden brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión.”

32 Contrato de Concesión

“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.

(...)

1.23.102.Tarifa

Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables.”

“Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) A la información

El Usuario debe recibir información **necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada** sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente... Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios”.

“Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

e) Proveer a los usuarios de información sobre sus derechos y obligaciones, así como de los servicios disponibles, a fin que puedan ser usados integralmente”.

43.- En tal sentido, todo usuario del Terminal Portuario tiene el derecho a que APM le otorgue información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre las condiciones en las que los servicios serán brindados. Dicha información debe ser brindada por la Entidad Prestadora, toda vez que ostenta el control de los servicios que se prestan al interior del puerto, encontrándose, por tanto, en mejor posición para suministrarla.

44.- El acceso a la información de los usuarios también se encuentra regulado en disposiciones del Reglamento de Operaciones de APM, aprobado por Resolución N° 486-2011-APN/GG³³ de la Autoridad Portuaria Nacional, aplicable al presente caso por razones de temporalidad, en cuyo artículo 6 se señala:

“Artículo 6.- Es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión”.

45.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM.

46.- Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora vaya a programar la prestación de un servicio, sino también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora. En ese sentido, el usuario tiene derecho a que se le informe sobre la manera en que se vienen prestando los servicios, así como de la existencia de hechos o circunstancias que puedan alterar un servicio cuya prestación ya ha sido planificada.

33 El Reglamento vigente es la versión 2 aprobada por Carta N° 1173-2013-APN/GG del 6 de noviembre de 2013.

47.- El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.

e) **Las comunicaciones entre la Entidad Prestadora y los Usuarios a efectos de coordinar la prestación de servicios portuarios**

48.- El Reglamento de Operaciones de APM, a través de los artículos 49, 50, 51 y 56, establece disposiciones específicas sobre la forma en que la Entidad Prestadora brindará información a los usuarios del terminal portuario sobre los servicios que presta:

*“Artículo 49.- APM TERMINALS **coordinará con los usuarios** registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise las labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones.*

*Artículo 50.- **Las comunicaciones entre los usuarios y APM TERMINALS se realizan vía correo electrónico o cualquier otro medio documentado.** Las comunicaciones comprenderán aspectos relacionados a las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios.*

Artículo 51.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones:

- a.- Planear e impartir las disposiciones para el desarrollo de las operaciones.*
- b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.*
- c.- Planear la asignación de amarraderos.*
- d.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento.”*

“Artículo 56.- APM TERMINALS es responsable de:

56.1.- Organizar, conformar y conducir la junta de operaciones electrónica, a fin de garantizar que los servicios y actividades portuarias se realicen en forma eficiente, segura y oportuna.

56.2.- Hacer de conocimiento de la comunidad portuaria las políticas y procedimientos de asignación de muelles, amarraderos y otros servicios, bajo criterios de transparencia y no discriminación.

56.3.- Establecer prioridad y programar el ingreso, permanencia y salida del Terminal Portuario, de acuerdo a las prioridades de atraque y desatraque antes mencionadas, transmitiendo esta información a la APN.

56.4.- Informar vía correo electrónico o vía website (<http://www.apmterminals.com/americas/callao>) la asignación de amarraderos juntos con la lista de arribos de naves.

Las comunicaciones entre el Terminal Portuario y los usuarios se establecerán vía correo electrónico. Para tal efecto, toda la información concerniente a la asignación de los amarraderos deberá ser enviada por estos medios.”

49.- De la lectura de estos artículos se advierte, en primer lugar, que la información sobre la prestación de los servicios portuarios requiere acciones constantes de coordinación y comunicación entre la Entidad Prestadora y los usuarios del terminal portuario. Ello se debe a que las operaciones portuarias contienen un alto grado de complejidad, por lo que se hace necesario que el usuario tenga contacto constante con la Entidad Prestadora de manera tal que le informe sobre cualquier aspecto que pueda tener relación con el servicio a ser prestado o sobre cualquier evento o circunstancia que pueda alterar su prestación.

50.- En este orden de ideas, APM tiene que coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo cual deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios.

51.- Ahora bien, el artículo 50 del Reglamento de Operaciones de APM señala los medios a través de los cuales la Entidad Prestadora coordina con los usuarios sobre los servicios portuarios que brindará:

i.- A través de correo electrónico u otro medio documentado

52.- Por su parte, el artículo 56, numeral 56.4 establece las responsabilidades de APM en las operaciones portuarias entre las que se encuentra la siguiente:

ii.- Informar via correo electrónico o website la asignación de amarraderos junto con la lista de arribo de naves. Reitera además lo señalado en el artículo 50 en el sentido que las comunicaciones entre el Terminal Portuario y los usuarios se establecen vía correo electrónico y con respecto a la asignación de amarraderos señala que debe comunicarse por correo electrónico.

53.- Al respecto, siguiendo el criterio ya establecido por el TSC³⁴ y lo determinado en el artículo 1392 del Código Civil³⁵, el Tarifario, la Política Tarifaria y cualquier “reglamento interno” de las Entidades Prestadoras dirigido a los usuarios de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, constituyen cláusulas generales de contratación, puesto que en estos documentos se encuentran las condiciones preestablecidas de manera general y abstracta por una de las partes, en este caso APM, y que van dirigidas a regular sus relaciones contractuales futuras con sus usuarios quienes únicamente se adhieren a dichas condiciones.

54.- En ese sentido, las estipulaciones del Reglamento de Operaciones de APM, deben considerarse e interpretarse teniendo en cuenta las disposiciones del Código Civil que regulan este tipo de relaciones contractuales, como el artículo 1401 que prescribe lo siguiente:

“Artículo 1401.- Interpretación Contra el Estipulante

“Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda, a favor de la otra”.

55.- Por consiguiente, en el supuesto de que se presente más de una interpretación posible, se debe elegir a aquella que favorece a quien no elaboró dichas cláusulas generales de contratación, en el caso bajo análisis nos referimos al Reglamento de Operaciones.

56.- Teniendo en cuenta la regla de interpretación mencionada, de las alternativas de interpretación planteadas en los considerandos 50 y 51 (i) correo electrónico u otro medio documentado; ii) correo electrónico o web site) , la que más favorece al usuario es aquella que determina que la información debe serle transmitida a través del correo electrónico u otro medio documentario, puesto que se considera que por este medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que efectivamente, APM cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a sus intereses.

57.- Además, el numeral 56.4 del Reglamento de Operaciones se refiere **únicamente a la asignación de amarraderos**; sin embargo, en el artículo 50 de este reglamento se establece expresamente que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizarán por correo electrónico o cualquier otro medio documentado, comprendiendo aspectos adicionales y más completos que la referida asignación, como son los relacionados con las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios.

58.- Dicho ello, se advierte que en el artículo 50 de dicho Reglamento se establece expresamente que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o cualquier otro medio documentado en aspectos relacionados con las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios. En tal sentido toda información vinculada a las operaciones portuarias debe ser transmitidas a todos los usuarios de los servicios a través del correo electrónico o medio documentado, puesto que se considera que a través de este medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que efectivamente APM cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a los intereses de éstos.

59.- Con respecto a la asignación de amarraderos, el artículo 56 establece nuevamente la obligación de comunicar por correo electrónico y además para este caso y para la publicación de la lista de arribo de naves se podrá publicar además, via web site.

60.- En razón de ello, el uso del website debe entenderse como un método complementario pero no alternativo ni sustituto del correo electrónico o medio documentado para el caso de información al usuario de asignación de amarraderos y lista de arribo de naves. Considerando ello, toda información que remita la Entidad Prestadora a los usuarios a efectos de coordinar la prestación de servicios portuarios, deberá efectuarse a través de correo electrónico o medio documentado, puesto que con estos medios se puede acreditar de manera fehaciente e indubitable que el usuario tomó conocimiento efectivo, de parte de la Entidad Prestadora, de las particularidades del servicio portuario brindado.

61.- De lo desarrollado hasta el momento, con relación a la facultad de explotación del Terminal Portuario y al derecho de los usuarios de acceder a información, se puede señalar lo siguiente:

- i.- APM tiene el derecho de exclusividad para explotar de la infraestructura portuaria y la facultad de organizar las operaciones portuarias.
- ii.- APM tiene la obligación de brindar a los usuarios la información relevante respecto de los servicios a ser brindados, lo que incluye la programación de las operaciones, así como cualquier aspecto que pueda alterar la programación efectuada.

³⁴ Expediente N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN y 028-2010-TSC-OSITRAN.

³⁵ Código Civil

*“Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación
Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.*

iii.- Toda información que remita la Entidad Prestadora al usuario a efectos de coordinar la prestación de servicios portuarios, deberá efectuarse a través de correo electrónico o medio documentado, siendo la publicación a través de la página web un medio complementario más no alternativo para el caso de asignación de amarraderos y lista de arribo de naves.

f) Respecto del servicio de uso de área operativa

La relación entre el exportador, el agente de aduanas, el depósito temporal y la SUNAT

62.- El servicio de uso de Área Operativa para contenedores materia de la presente resolución, se encuentra relacionado con las operaciones de exportación. En ese sentido, de conformidad con el artículo 23 y 24 de la Ley General de Aduanas (en adelante, LGA), aprobada por Decreto Legislativo N° 1053, las operaciones de exportación requieren la participación de un agente de aduanas (despachador aduanero) quien representa al embarcador de las mercancías³⁶.

63.- Por otro lado, toda operación de exportación puede ser efectuada de manera directa o indirecta. El primer caso ocurre cuando la mercancía a exportar es remitida directamente del local del exportador (embarcador o cargador) hasta el puerto. El segundo caso se da cuando la carga debe dirigirse del almacén del exportador a un depósito temporal (almacén extraportuario) para los controles respectivos, para posteriormente dirigirse al Terminal Portuario. En el caso que nos ocupa, el uso del área operativa, cuyo cobro se reclama, fue realizado a través de un depósito temporal, por lo se hace necesario referirse a la participación de este depósito en el procedimiento de exportación.³⁷

64.- El depósito temporal es definido por el artículo 2 de la LGA como el local donde se ingresan y/o almacenan temporalmente mercancías pendientes de la autorización de levante por la autoridad aduanera³⁸. Antes del ingreso de las mercancías al depósito temporal, el agente de aduanas remite electrónicamente a la SUNAT la Declaración Aduanera de Mercancías (en lo sucesivo, DAM)³⁹. Una vez que la DAM es devuelta al agente de aduanas, debidamente numerada, la mercancía podrá ser ingresada al depósito temporal.⁴⁰

³⁶ Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053.

“Artículo 23.- Agentes de aduana

Los agentes de aduana son personas naturales o jurídicas autorizadas por la Administración Aduanera para prestar servicios a terceros, en toda clase de trámites aduaneros, en las condiciones y con los requisitos que establezcan este Decreto Legislativo y su Reglamento.

Artículo 24.- Mandato

Acto por el cual el dueño, consignatario o consignante encomienda el despacho aduanero de sus mercancías a un agente de aduana, que lo acepta por cuenta y riesgo de aquellos, es un mandato con representación que se regula por este Decreto Legislativo y su Reglamento y en lo no previsto en éstos por el Código Civil. El mandato se constituye mediante:

- a) el endoso del documento de transporte u otro documento que haga sus veces;
- b) poder especial otorgado en instrumento privado ante notario público; o

c) los medios electrónicos que establezca la Administración Aduanera.”

³⁷ Numerales 32 y 33 del INTA-PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva.

³⁸ Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053.

“Depósito temporal.- Local donde se ingresan y/o almacenan temporalmente mercancías pendientes de la autorización de levante por la autoridad aduanera.

³⁹ Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053.

“Declaración aduanera de mercancías.- Documento mediante el cual el declarante indica el régimen aduanero que deberá aplicarse a las mercancías, y suministra los detalles que la Administración Aduanera requiere para su aplicación.”

⁴⁰ Numeral 7 del INTA-PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva

65.- Luego de los controles aduaneros llevados a cabo por la SUNAT en el depósito temporal, éste debe remitir las mercancías al puerto a efectos de su embarque correspondiente en el buque⁴¹.

La relación entre la nave (agente marítimo), el terminal portuario y el embarcador.

66.- El embarque de mercancías para exportación requiere que previamente se conozca el día y la hora en que la nave arribará al puerto. Para poder conocer esta información se requiere la interacción conjunta entre el agente marítimo (representante de la nave) y la Entidad Prestadora.

67.- En ese sentido, de acuerdo con el artículo 33 del Reglamento de Operaciones de APM, en el caso de naves con contenedores, el agente marítimo deberá comunicar, vía correo electrónico, el arribo de la nave con una anticipación no menor de (setenta y dos) 72 horas.

“Artículo 33.- Naves de contenedores

El Agente Marítimo, representante de la nave, deberá comunicar vía correo electrónico al Terminal Portuario, con una anticipación no menor de setenta y dos (72) horas, el arribo de su nave con indicación expresa de fecha y hora, calado y tipo de operación y la información preliminar de carga y descarga.”

68.- Asimismo, previo al arribo, de conformidad con el artículo 52 del Reglamento de Operaciones de APM, el agente marítimo debe remitir a la Entidad Prestadora la siguiente información:

- a) Solicitud de atraque
- b) Archivo electrónico de lista de descarga
- c) Archivo electrónico de lista de contenedores a embarcar
- d) Archivo electrónico de proyecciones de carga
- e) Archivo UN/EDIFACT (BAPLIE)

69.- Una vez que cuenta con toda la información mencionada, APM procede a efectuar la asignación de amarraderos y muelles, tal como lo establece el artículo 56 del Reglamento de Operaciones antes referido:

“Artículo 56.- APM TERMINALS es responsable de:

(...)

56.3.-Establecer prioridad y programar el ingreso, permanencia y salida del Terminal Portuario, de acuerdo

⁴¹ Numeral 46 del INTA-PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva.

a las prioridades de atraque y desatraque antes mencionadas, transmitiendo esta información a la APN.

70.- En tal sentido, a partir de la información remitida por el agente marítimo, APM asigna los amarraderos y muelles, determina la prioridad de atención, así como las horas de ingreso, permanencia y salida de las naves en el puerto. En otras palabras, con dicha información se determina el muelle al que la nave será asignada, el amarradero correspondiente, la hora aproximada de arribo -ETA, la hora aproximada de ingreso a muelle -ETB y la hora aproximada de salida de la nave -ETD.

71.- Luego de ello, de acuerdo con el artículo 52 del Reglamento de Operaciones, APM procede a remitir al agente marítimo la información señalada en el párrafo anterior, a efectos de que la retransmita a los embarcadores y otros actores, con el propósito de que éstos tomen conocimiento de la hora en que la mercancía deberá encontrarse en el terminal portuario para su embarque (*cut off*):

“Artículo 52.-

Los Agentes Marítimos deberán informar a los embarcadores y demás, el tiempo límite para ingresar contenedores al terminal Portuario, para su posterior embarque:

Estableciéndose a continuación el tiempo límite de ingreso de contenedores (CUT OFF):

a) Contenedores llenos con carga seca, tendrán un plazo de ingreso al área de uso alterno, hasta veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave (...).”

Sobre la demora en el embarque de los contenedores de LICSA

72.- LICSA, en su calidad de depósito temporal, cuestiona el cobro realizado por APM por el uso de área operativa, señalando que el embarque de sus contenedores luego de excedido el plazo de libre almacenaje (48 horas) fue responsabilidad de ésta, debido a que la Entidad Prestadora no habría cumplido con prestar de manera idónea

el servicio de embarque. Asimismo, precisó que es APM quien fija libremente la fecha y hora límite que la carga puede ser recibida por el Terminal Portuario para ser embarcada en una nave específica (*Cut Off*), debiendo el usuario presentarse en el terminal en el día y hora establecidos por el Concesionario .

73.- A fin de demostrar que la demora que se produjo en el embarque de sus contenedores es atribuible a APM, LICSA presentó los siguientes medios probatorios:

- i.- Los correos electrónicos remitidos por APM en los que se fija el *Cut Off* para el ingreso de los contenedores a embarcarse en las naves MSC Sarah, MSC Nerissa, MN Rio de Janeiro, MN Recife, MN Elqui, MN Portofino, MSC Ingrid, MN Santa Priscilla y MSC Lisa.
- ii.- Relación de contenedores con las fechas de ingreso y de embarque, por factura, de las naves mencionadas.

74.- Siendo esto así, de los correos electrónicos adjuntados por LICSA se puede verificar que APM estableció el *Cut Off* para las naves MSC Sarah, MSC Nerissa, MN Rio de Janeiro, MN Recife, MN Elqui, MN Portofino, MSC Ingrid, MN Santa Priscilla y MSC Lisa de la siguiente manera:

- MSC Sarah: 11 de marzo de 2013 (correo electrónico del 7 de marzo de 2013).
- MSC Nerissa: 17 de febrero de 2013 (correo electrónico del 14 de febrero de 2013).
- MN Rio de Janeiro: 6 de febrero de 2013 (correo electrónico del 3 de febrero de 2013).
- MN Recife: 24 de enero de 2013 (correo electrónico del 22 de enero de 2013).
- MN Elqui: 7 de marzo de 2013 (correo electrónico del 1 de febrero de 2013).
- MN Portofino: 22 de febrero de 2013 (correo electrónico del 20 de febrero de 2013).
- MSC Ingrid: 24 de febrero de 2013 (correo electrónico del 21 de febrero de 2013).
- MN Santa Priscilla: 16 de febrero de 2013 (correo electrónico del 14 de febrero de 2013).
- MSC Lisa: 24 de febrero de 2013 (correo electrónico del 21 de febrero de 2013).

75.- De ello se puede advertir que LICSA tuvo conocimiento del momento en que tenía que estar presente en el Terminal Portuario. Asimismo, conforme se puede verificar de la relación de ingreso de contenedores adjuntados por la apelante, así como de los detalles de las facturas de almacenamiento presentados por APM⁴³, LICSA sí cumplió con ingresar todos sus contenedores dentro del periodo establecido por la Entidad Prestadora, por lo que, en consecuencia, esta última, en su calidad de administrador de los servicios al interior del terminal, tenía la responsabilidad de realizar el embarque de los contenedores del apelante, encontrándose, por tanto, obligado a brindarle un servicio adecuado, lo cual comprende la entrega de información relacionada con la prestación de dicho servicio.

⁴² De acuerdo con el Reglamento de Tarifas y Políticas Comerciales de APM, el *Cut Off* consiste en lo siguiente:

“1.5.13 **Cut Off.**- Fecha y hora límite que la carga puede ser recibida por APM TERMINALS CALLAO S.A., para ser embarcada en una nave específica. El *Cut Off* será fijado mediante una fecha y hora determinada, previa al horario programado para el zarpe de la nave”

El Reglamento de Operaciones de APM señala en su artículo 52 literal c) lo siguiente:

“Los Agentes Marítimos deberán informar a los embarcadores y demás, el tiempo límite para ingresar contenedores al Terminal Portuario, para su posterior embarque. Estableciéndose a continuación el tiempo límite de ingreso de contenedores (*CUT OFF*):

- a. Contenedores llenos con carga seca, tendrán un plazo de ingreso al área de uso alterno, hasta veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave.
- b. Contenedores con carga refrigerada y vacía, tendrán un plazo de ingreso al área de uso alterno, hasta dieciséis (16) horas antes del inicio de operaciones de la nave.

⁴³ Fojas 4 al 22 y del 55 al 217 del expediente N° 83-2013-TSC-OSITRAN

- 76.- Entre la información relevante que el usuario requería conocer por parte de la Entidad Prestadora, se encuentra la ocurrencia de cualquier evento o circunstancia que pudiera generar que el embarque de los contenedores no se llegue a realizar dentro del plazo de 48 horas de libre almacenamiento. La importancia de esta información estriba en que si el embarque se realiza excediendo dicho plazo, el usuario tendría que pagar a APM el servicio especial denominado Uso de Área Operativa.
- 77.- Cabe señalar que de conformidad con el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, en los reclamos relacionados con el derecho a información, corresponde a la Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron conforme con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente. En ese sentido, corresponde que APM pruebe que cumplió con comunicar adecuada y oportunamente a LICSA la existencia de cualquier aspecto relevante que pudiera generar que el embarque de contenedores se realice más allá de las 48 horas de libre almacenamiento. Es importante agregar que, de acuerdo con el análisis efectuado anteriormente, dicha información corresponde que sea transmitida por correo electrónico u otro medio documentado.
- 78.- Al respecto, APM ha presentado la Carta N° 1410-2013-APMTC/CS, la cual contiene los planes de operaciones de las naves MSC Sarah, MSC Nerissa, MN Rio de Janeiro, MN Recife, MN Elqui, MN Portofino, MSC Ingrid, MN Santa Priscilla y MSC Lisa. En esta carta APM señaló además que la programación de las operaciones de las naves es informada a los usuarios en general a través de su página web, por lo que LICSA tenía conocimiento sobre la fecha de arribo de la nave, inicio y término de operaciones, muelle asignado, fecha de desatraque, entre otros.
- 79.- Este Tribunal considera que los documentos y argumentos presentados por la Entidad Prestadora no tienen relación con el servicio cuyo cobro es materia de reclamo. En efecto, APM señala que brindó al agente marítimo información sobre las operaciones portuarias de embarque (arribo de naves, amarradero, hora de zarpe, entre otros), sin reparar lo siguiente:
- La apelante no es el agente marítimo, sino el depósito aduanero, a quien justamente APM le exige el pago por el servicio especial de uso de área operativa, tal como se desprende de las facturas que obran en el expediente administrativo.
 - La información a la que hace alusión la Entidad Prestadora no acredita que APM haya informado al usuario (LICSA) la posible existencia de eventos que pudieran generar que los contenedores se embarcaran luego de las 48 horas de libre almacenamiento y que justifique el cobro del servicio uso de área operativa.
- 80.- De otro lado, APM también argumenta que una de las razones por la que el periodo de 48 horas de libre almacenamiento de una mercadería o contenedor se pueda exceder, se debe a la complejidad propia de las operaciones portuarias de embarque.
- 81.- Al respecto, es importante tener en cuenta que las razones por las que un contenedor se podría embarcar en un lapso mayor a 48 horas se pueden deber a factores propios o ajenos al terminal portuario. El primer caso podría

presentarse debido a ineficiencias propias del operador al momento de realizar la planificación de las operaciones portuarias. El segundo caso se podría presentar como consecuencia de la complejidad de las operaciones portuarias.

- 82.- En el primer escenario, el usuario no debería asumir el costo por almacenamiento dado que la generación de este costo es atribuible al terminal portuario. En el segundo supuesto, para efectos de que el cobro por uso de área operativa sea válido, APM deberá informar oportunamente al usuario sobre las circunstancias de la operación que podrían provocar que el embarque de contenedores exceda las 48 horas de libre almacenamiento.
- 83.- En efecto, el literal b, del artículo 51 del Reglamento de Operaciones de APM, establece la obligación de informar a los usuarios respecto de la magnitud que cada operación podría implicar, de las posibilidades de congestión que se puedan presentar en el puerto, así como las medidas que adoptará dicha Entidad Prestadora ante la presencia de cualquiera de los supuestos antes mencionados.
- 84.- De la revisión del expediente no se observa medio probatorio alguno, aportado por la Entidad Prestadora, que acredite haber informado oportunamente al usuario que los contenedores se embarcarían luego de las 48 horas de libre almacenamiento debido a la complejidad de las operaciones, por ejemplo, que la carga a embarcar haya presentado problemas de índole técnica o legal que hayan dificultado su embarque, que el buque no haya arribado a la hora que estaba programada que se haya presentado, paralizaciones de operaciones por razones ajenas al terminal, entre otras.
- 85.- En virtud de todo lo expuesto, sobre la base de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM, se puede concluir que APM no cumplió con informar oportunamente a LICSA, vía correo electrónico o medio documentado, sobre la posible existencia de circunstancias que podrían haber generado que sus contenedores no fueron embarcados en el plazo de 48 horas libres de almacenamiento, ello a efectos de que esta última tome conocimiento oportuno de esta situación y de que tendría que asumir los costos por la prestación del servicio de uso de área operativa. Asimismo, se ha comprobado que no existe imputación alguna que se pueda realizar a LICSA por el retraso de dichas operaciones de embarque, puesto que se ha demostrado que esta última ingresó la carga conforme a lo indicado por la Entidad Prestadora. Todo ello, conlleva a que el LICSA no deba asumir los costos generados por la prestación del servicio de uso de área operativa.

Aspectos finales

- 86.- Es importante señalar que el presente pronunciamiento de ningún modo debe ser entendido como la creación de una obligación a APM de embarcar los contenedores de exportación en el plazo no mayor al de 48 horas de libre almacenamiento, contados desde que los mismos ingresan al patio del terminal. Arribar a una conclusión de este tipo sería errada, por cuanto implicaría crear al Concesionario una obligación que el propio Contrato de Concesión no ha previsto.
- 87.- En ese sentido, lo que la presente resolución establece, a partir del análisis normativo y de los hechos expuestos, es que APM debe informar oportunamente al usuario del Terminal Portuario los eventos o circunstancias que

durante el proceso de embarque puedan generar un exceso del periodo de libre almacenamiento, ello a fin de que el usuario pueda determinar si corresponde:

- Pagar por el servicio especial denominado uso de área operativa, en caso considere que los hechos informados no son imputables a la Entidad Prestadora, o,
- Reclamar a la Entidad Prestadora, en caso considere que los hechos informados son responsabilidad del terminal portuario.

88.- Si bien en casos anteriores relacionados con reclamos por uso de área operativa⁴⁴, el TSC ha resuelto las apelaciones de manera infundada al recurrente, sosteniendo que el reclamante (usuario) no había acreditado que el servicio de embarque de contenedores sufrió demoras por una acción u omisión dolosa o negligente de la Entidad Prestadora, en el presente caso, la perspectiva de análisis varía, enfocándose en el derecho a la información que ostentan los usuarios del terminal portuario, el cual se encuentra reconocido en el Contrato de Concesión y la normativa emitida por el Regulador.

89.- En ese sentido, teniendo en cuenta el principio de predictibilidad recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁵, Ley N° 27444, este Tribunal expresa que los casos relativos a reclamos por uso del área operativa serán analizados desde la perspectiva del derecho que tienen los usuarios a acceder a información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada de los servicios que brinda la Entidad Prestadora, sin perjuicio de las particularidades que cada caso presente.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁴⁶;

⁴⁴ Por ejemplo, expedientes N° 11, 27 y 28-2013-TSC-OSITRAN.

⁴⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

⁴⁶ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN. Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-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".

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida dentro del expediente N° APMTC/CS/287-2013; y en consecuencia declarar FUNDADO el reclamo presentado por LOGÍSTICA INTEGRAL CALLAO S.A., en el extremo relacionado con las facturas N° 002-0018098, 002-0017624, 002-0017639, 002-0017340, 002-0017169, 002-0018085, 002-0017527, 002-0017538, 002-0017608, 002-0017346, 002-0017344, 002-0017626, 002-0017650, 002-0017521, 002-0017348, 002-0016625, 002-0015547, 002-0015270, 002-0017572, 002-0017574, 002-0017570, 002-00178711, 002-0018732, 002-0018318, 002-0018084 y 002-0017560, por lo tanto, esta última no se encuentra obligada a asumir los costos generados por la prestación del servicio de uso de área operativa; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a LOGÍSTICA INTEGRAL CALLAO S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución, así como el Oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN y el Informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN.

TERCERO.- 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN

RESOLUCIÓN

N° 119-2013-TSC-OSITRAN

APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 del expediente APMTC/CS/401-2013.

SUMILLA

De conformidad con lo dispuesto por el Contrato de Concesión y el Reglamento de Operaciones de APM Terminals Callao S.A., el servicio de uso de amarradero, no solo comprende a las naves que efectivamente son amarradas en el muelle, sino también a aquellas que son abarloadas dentro del Terminal Portuario.

El usuario debe pagar por los servicios de uso de amarradero que la Entidad Prestadora le brinda de conformidad con las tarifas preestablecidas y demás condiciones comerciales vigentes, las cuales deben encontrarse conforme con lo estipulado en el respectivo Contrato de Concesión.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 10 de diciembre 2014.

VISTOS

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en adelante, TRAMARSA o la apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CS/401-2013 (en lo sucesivo, la Resolución N° 2) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora) y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 29 de mayo de 2013, TRAMARSA interpuso reclamo ante APM, solicitando que se anule la factura N° 003-0008687 cuyo importe total asciende a US\$ 510,06 (quinientos diez con 06/100 dólares de los Estados Unidos de América) emitida por el concepto de “uso o alquiler de amarradero”, aduciendo que este cobro resulta indebido, toda vez que la nave B/T TRAMAX (en adelante, TRAMAX) ingresó al Terminal Portuario para brindar servicio de suministro de combustible.
- 2.- Mediante Carta N° 624-2013-APMTC/CS, de fecha 19 de junio de 2013, correspondiente al expediente N° APMTC/CS/401-2013, APM desestimó el reclamo de TRAMARSA, señalando que el cobro por el “uso o alquiler de amarradero” fue dirigido correctamente a la nave TRAMAX de acuerdo con las actas de abarloadamiento y desabarloadamiento existentes, y conforme a su Reglamento de Tarifas y Política Comercial.
- 3.- Con fecha 10 de julio de 2013, TRAMARSA interpuso recurso de reconsideración contra la decisión contenida en el expediente N° APMTC/CS/401-2013, señalando lo siguiente:
 - i.- El Anexo 2 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN (en adelante, REMA) establece cuáles son aquellos servicios considerados como esenciales, encontrándose, entre otros, el referido a la prestación del servicio de abastecimiento de combustible.
 - ii.- Siendo el abastecimiento de combustible un servicio esencial, brindar acceso al Terminal Portuario (facilidad esencial) para su efectiva prestación, resulta ser obligatorio para APM, correspondiendo, no el cobro de un servicio, sino el pago o la determinación de un cargo de acceso.
 - iii.- Para el presente caso, APM no cuenta con un reglamento de acceso para el servicio de abastecimiento de combustible, como si ocurre para el caso de otros servicios, como son el practicaje y remolcaje. En ese sentido, el usuario no tiene conocimiento del procedimiento de solicitud de acceso, ni tampoco existe un contrato que estipule algún cargo de acceso, ni las bases y requisitos que deba cumplir el usuario. Por lo tanto, resulta evidente que no se ha establecido la forma en la cual se podría cobrar el cargo de acceso.
 - iv.- Con relación al cobro de uso de amarradero, señala que, si bien el cobro por uso de amarradero se realiza en virtud de los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM, la aplicación de ambos para el presente caso no sería correcta, en la medida que el abarloadamiento de la embarcación TRAMAX se produjo como consecuencia de la prestación del servicio esencial consistente en el abastecimiento de combustible.
 - v.- En el supuesto negado de que nuestra empresa debiese de ser facturada por dicho servicio, dado que la nave TRAMAX tuvo que abarloadarse a efectos de suministrar combustible, resulta necesario que dicho supuesto sea contemplado en el Tarifario de APM, puesto que el actual tarifario solo se limita a establecer el cobro por uso de amarradero.

- 4.- Mediante la Resolución N° 2, notificada el 8 de agosto de 2013, APM resolvió el recurso de reconsideración presentado por TRAMARSA declarándolo infundado, alegando lo siguiente:
 - i.- El servicio de uso o alquiler de amarradero a la nave TRAMAX, fue efectivamente brindado por la Entidad Prestadora y el cobro fue aplicado de conformidad con los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM.
 - ii.- La operación de abarloadamiento/desarloadamiento consiste en amarrar una nave menor y unir la a otra con grandes dimensiones, la misma que se encuentra atracada en el muelle del terminal y viceversa, con la finalidad de proveerla de algún insumo necesario para la continuidad de sus operaciones.
 - iii.- Para que los usuarios puedan realizar las labores de provisión de los mencionados insumos, como en este caso ocurrió con TRAMARSA, solicitan al área de operaciones de APM la autorización de ingreso de la embarcación menor. Asimismo, la Entidad Prestadora autoriza y brinda un espacio para las operaciones de la referida embarcación y a dicho servicio se le denomina uso de amarradero.
 - iv.- Con relación al uso de amarradero, el Reglamento de Operaciones establece claramente los criterios que ésta debe considerar para brindar dicho servicio y su posterior facturación. Siendo ello así, para las naves que abarloadan/desarloadan se les aplica las mismas condiciones de servicio y facturación de una nave convencional que acodera en el Terminal Portuario.
 - v.- En el presente caso, quedó acreditado que el servicio de uso de amarradero fue solicitado y brindado a TRAMARSA, la cual utilizó las instalaciones de APM para realizar sus operaciones.
 - vi.- Respecto del argumento de la apelante, referido a que el servicio de abastecimiento de combustible es un servicio esencial en virtud de lo establecido por el REMA de OSITRAN, precisa que de conformidad con la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, el referido REMA solo resulta aplicable para el caso de los servicios de practicaje y remolcaje, y no para el servicio de abastecimiento de combustible, el cual no es brindado por APM, sino por otros operadores y por el cual ésta no efectúa cobro alguno.
 - vii.- Finalmente, de acuerdo con el Reglamento de Tarifas de APM, no existe excepción para ninguna persona natural o jurídica de derecho público o privado que utilice la infraestructura, del pago de los precios y tarifas respectivas, estableciendo expresamente dicho reglamento que el pago por la prestación de los servicios (uso de amarradero) debe realizarse de manera integral y de acuerdo con los montos previstos.
- 5.- Con fecha 2 de septiembre de 2013, TRAMARSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2, señalando lo siguiente:
 - i.- El Anexo 2 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN (en adelante, REMA) establece cuáles son aquellos servicios considerados como esenciales, encontrándose, entre otros, el referido a la prestación del servicio de abastecimiento de combustible.

- ii.- Siendo el abastecimiento de combustible un servicio esencial, brindar acceso al Terminal Portuario (facilidad esencial) para su efectiva prestación, resulta ser obligatorio para APM, correspondiendo, no el cobro de un servicio, sino el pago o la determinación de un cargo de acceso.
 - iii.- Para el presente caso, APM no cuenta con un reglamento de acceso para el servicio de abastecimiento de combustible, como si ocurre para el caso de otros servicios, como son el practicaje y remolcaje. En ese sentido, el usuario no tiene conocimiento del procedimiento de solicitud de acceso, ni tampoco existe un contrato que estipule algún cargo de acceso, ni las bases y requisitos que deba cumplir el usuario. Por lo tanto, resulta evidente que no se ha establecido la forma en la cual se podría cobrar el cargo de acceso.
 - iv.- Con relación al cobro de uso de amarradero, señala que, si bien el cobro por uso de amarradero se realiza en virtud de los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM, la aplicación de ambos para el presente caso no sería correcta, en la medida que el abarloadamiento de la embarcación TRAMAX se produjo como consecuencia de la prestación del servicio esencial consistente en el abastecimiento de combustible.
 - v.- En el supuesto negado de que nuestra empresa debiese de ser facturada por dicho servicio, dado que la nave TRAMAX tuvo que abarloadarse a efectos de suministrar combustible, resulta necesario que dicho supuesto sea contemplado en el Tarifario de APM, puesto que el actual tarifario solo se limita a establecer el cobro por uso de amarradero.
- 6.- El 23 de septiembre de 2013, 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° 2 que declaró infundado el reclamo de TRAMARSA, añadiendo lo siguiente:
- i.- La prestación del servicio de uso de amarradero puede ser requerida por el usuario que se encuentre interesado en que el mismo le sea brindado por el Administrador Portuario. De esta manera, TRAMARSA, al haber cursado la solicitud para la prestación del servicio objeto de análisis, mostró su conformidad respecto de los servicios y condiciones dispuesto en el Reglamento de Operaciones de APM.
 - ii.- El servicio de uso de amarradero para las naves que abarloadan/desarloadan en el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao, contará con las mismas condiciones de servicio y facturación aplicables a una nave convencional que acodere en el terminal. Por ello, APM viene siguiendo las especificaciones señaladas en su Contrato de Concesión, Reglamento de Tarifas y Reglamento de Operaciones, con la finalidad de realizar el cobro del servicio de uso de amarradero a los usuarios que lo solicitan, lo que es de pleno conocimiento de TRAMARSA.
 - iii.- En tal sentido, no resulta viable incluir en el Reglamento de Tarifas de APM o en el Tarifario una referencia al servicio de uso de amarradero para suministro de combustible "...puesto que no es operativamente viable realizar este tipo de diferenciaciones en función a la operación a realizar, e incluirlas en el referido Reglamento que es un documento de alcance general y un documento dinámico...".
- 7.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), la audiencia de conciliación no se llevó a cabo el 11 de junio de 2014 por la inasistencia de ambas partes. Con fecha 23 de junio de 2014, se realizó la audiencia de vista

de la causa con el informe oral de APM, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 8.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 2 de APM.
 - ii.- Determinar si corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura N° 003-0008687, por parte de APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 9.- Al respecto, del análisis del expediente administrativo se establece que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de TRAMARSA respecto del cobro de la factura N° 003-0008687. Dicha situación se encuentra prevista como supuesto de reclamo 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.

¹ **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.*

(...):

² **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias,** aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 33.-
(...) Los reclamos que versen sobre:

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

³ **Reglamento de Atención 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".

10.- 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 para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

11.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

i.- La Resolución N° 2 fue notificada a TRAMARSA el 8 de agosto de 2013.

ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 2 de septiembre de 2013.

iii.- TRAMARSA apeló con fecha 2 de septiembre de 2013, es decir, dentro del plazo legal.

12.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas, pues debe determinarse si corresponde el cobro realizado a TRAMARSA por parte de APM, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁶.

13.- 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

14.- En el presente caso, TRAMARSA alega que el cobro por servicio de uso de amarradero resulta indebido, en la medida que la embarcación TRAMAX ingresó al Terminal Portuario a brindar el servicio de abastecimiento de combustible, por el cual correspondía el cobro de un cargo de acceso conforme al REMA de OSITRAN (el cual no ha sido establecido por la Entidad Prestadora) y no una tarifa. Agregó que en el caso de que APM se encontrara habilitado para dicho cobro, este debió ser calificado como un servicio distinto al de uso de amarradero.

15.- Por su parte, APM indicó que el cobro del mencionado recargo se encuentra conforme a lo estipulado en su Reglamento de Tarifas.

Respecto de los alcances del servicio de uso de amarradero

⁴ **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.”

⁵ **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.”*

⁶ **LPAG**

“Artículo 209.- 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.”

16.- Es menester recalcar, previamente, que 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

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.”

17.- Asimismo, 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 (uso de amarraderos) y servicios que se brindan a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).

18.- 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.”

19.- 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.

20.- 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 APM⁷, aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN) mediante Resolución de Gerencia General N° 486-2011-APN/GG.

21.- Es importante recordar que el Reglamento de Operaciones es aquel documento que tiene por objetivo regular el funcionamiento operativo y la prestación de los servicios que APM brindará a los usuarios dentro del Terminal Portuario.

22.- Siendo así, con relación al uso de amarradero, los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM, vigentes a la fecha de sucedidos los hechos⁸, señalan lo siguiente:

“USO DE AMARRADERO

Artículo 72°.- Comprende la utilización de los amarraderos del Terminal Portuario. 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 al 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.

La longitud total de la nave (LOA), a ser confirmada por su “International Tonnage Certificate” o en su defecto, Ships Particular. El uso de amarradero a contar desde la recepción de la primera espía de la nave hacia la bita, hasta el desamarre de la última espía antes del zarpe.

Artículo 73°.- En el caso de naves abarloadas, el uso de amarradero se considerará de acuerdo a los criterios antes mencionados.”

23.- Tal y como se observa del referido reglamento, en lo que se refiere al servicio de uso de amarradero, el alcance de este servicio no solo comprende a las naves que efectivamente son amarradas en el muelle, sino también a aquellas que son abarloadas dentro del Terminal Portuario.

7 **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.

(...)”

8 Cabe señalar que con fecha 30 de septiembre de 2013 se aprobó el nuevo Reglamento de Operaciones de APM, aprobado mediante Resolución N° 458-2013-APN/GG..

24.- Cabe precisar que el abarloadamiento es una operación que consiste en amarrar una nave a otra que se encuentra atracada a muelle o fondeada en el área de operaciones acuática de un Terminal⁹.

25.- Si bien en principio, correspondería afirmar que la definición relacionada con la operación de abarloadamiento, no calzaría dentro del supuesto que debe ocurrir para que la Entidad Prestadora pueda ejercer su derecho al cobro del servicio de uso de amarradero, esto es, que la nave sea amarrada al muelle del Terminal Portuario, tal como se desprende de la lectura de los artículos 72 y 73 del Reglamento de Operaciones de APM, una nave que realiza una acción de abarloadamiento, cumple con las mismas condiciones de una nave que efectivamente es amarrada al muelle.

26.- En tal sentido, resulta razonable que APM realizara el cobro del servicio de uso de amarradero, aun cuando las naves hayan sido abarloadas a otras, en la medida que así lo establece el referido reglamento, el cual además, ha sido aprobado por la APN, ente encargado de regular las actividades y servicios que se brindan dentro de los terminales portuarios, en el presente caso, el Terminal Norte del Callao.

27.- Por otro lado, en su artículo 7.1.1.1.1, el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM¹⁰ (en lo sucesivo, Reglamento de Tarifas), señala las condiciones en las que se efectúa el cobro por el uso de amarradero. Asimismo, en la sección 1.1 del Tarifario de APM, se indica que el monto a cobrarse por el referido servicio asciende a U\$S 0.71 por hora o fracción, contados desde la recepción de la primera espía de la nave hasta el desamarre de la última espía antes del zarpe de esta última.

28.- Es importante recalcar, que la apelante no podría alegar desconocimiento de las estipulaciones establecidas en el Reglamento de Operaciones, Reglamento de Tarifas y Tarifario de APM, puesto que, tal y como este Tribunal ha establecido en casos anteriores,¹¹ las condiciones comerciales de las Entidades Prestadoras son cláusulas generales de contratación que van regir la relación contractual entre el prestador del servicio y el usuario, las que conjuntamente son aceptadas por las partes.

29.- Siendo así, APM se encuentra facultado a realizar el cobro por concepto de uso de amarradero, al haberse verificado que la nave TRAMAX tuvo que ser abarloada a la nave OCEAN PROSPERITY, a efectos de brindar el servicio de suministro de combustible a esta última.

Respecto del abastecimiento de combustible como “servicio esencial” y la inaplicación del REMA

9 Véase esta definición en <http://www.aeropac.com.uy/terminospor.html>.

10 Versión 1.9, vigente a la fecha de sucedidos los hechos.

11 En ese sentido, en la Resolución N° 3 emitida en el Expediente N° 012-2009-TSC-OSITRAN se señaló lo siguiente: “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).

30.- En el punto iii) de la Cláusula 2.7 del Contrato de Concesión, se establece que **“la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se pueden brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión”**.

31.- De ello, se deriva que APM está facultado a brindar los Servicios que considere pertinente en condiciones de exclusividad. No obstante, de la lectura de la citada cláusula 1.23.97 que regula la definición de Servicios, el Concesionario está en libertad de declinar este derecho y permitir que otras empresas ingresen a prestarlos:

“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.”

32.- Cabe señalar que, de conformidad con el artículo 65 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional (en adelante, RLSPN), aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC y sus modificatorias, el abastecimiento de combustible constituye un servicio portuario, por lo que el mismo, en línea con las cláusulas 1.29.97 y 2.7 del Contrato de Concesión, podrá ser prestado por APM de manera directa (exclusiva) o mediante terceros, sin perder, en este último caso la Entidad Prestadora, la responsabilidad por la adecuada prestación del servicio, de acuerdo con la cláusula 2.8 de dicho Contrato de Concesión.¹²

33.- Ahora bien, debe tenerse presente que, y como bien han señalado las partes, en situaciones normales, para el ingreso de terceros a la infraestructura esencial a fin de que puedan prestar el referido servicio, es necesaria la aplicación del REMA de OSITRAN, aprobado por Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias. De acuerdo al reglamento, el abastecimiento de combustible constituye una servicio esencial (Anexo 2 del REMA), para lo cual resulta indispensable el uso de facilidades esenciales (Anexo 1 del REMA)¹³, pudiendo en este caso la Entidad Prestadora y el usuario intermedio, firmar un contrato de acceso u OSITRAN, en caso no exista acuerdo entre las partes, disponer un mandato de acceso con el correspondiente cargo de acceso (pago por el uso de las facilidades esenciales).

¹² “La SOCIEDAD CONCESIONARIA es la única responsable frente al CONCEDENTE del cumplimiento de las obligaciones que le impone el presente Contrato de Concesión, por lo que no estará exenta de responsabilidad aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de los contratos que celebre con sus contratistas o proveedores o de las acciones de éstos.”

¹³ **Anexo 1: Lista de Facilidades Esenciales sujetas al REMA**

PUERTOS

* Señalización portuaria.

* Obras de abrigo o defensa.

* Poza de maniobras y rada interior.

* Muelles.

* Amarraderos.

* Vías y áreas de tránsito interno.

* Áreas para atención de pasajeros y equipaje.

* Áreas de Maniobras.

* Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución.

* Áreas de parqueo de equipos.

34.- Sin embargo, en el presente caso esta posibilidad no es aplicable debido a que la cláusula 2.7 del Contrato de Concesión claramente ha excluido la aplicación del REMA:

“Cláusula 2.7

(...)

*Las Partes y la APN reconocen que en aplicación de lo establecido en el numeral 11.3 del artículo 11 de la LSPN modificado por el Decreto Legislativo N°1022, **no serán de aplicación al presente Contrato de Concesión las normas del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN**, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N°014-2003-CD/OSITRAN, modificado por la Resolución del Consejo Directivo N°054-2005-CD/OSITRAN o aquella norma que la sustituya, salvo en el caso de los servicios de practicaje y remolcaje.”*

35.- En consecuencia, podemos concluir que **para la prestación del servicio de abastecimiento de combustible en el Terminal Portuario, APM está facultada a proveer dicho servicio portuario, de manera exclusiva o a través de terceros, no siendo de aplicación en este último caso, las reglas del REMA** por disposición expresa del Contrato de Concesión suscrito entre el Estado y APM.

36.- En efecto, en el caso de que el servicio de abastecimiento de combustible fuera brindado de manera **exclusiva** por APM, sí correspondería la fijación de una tarifa, puesto que constituiría un servicio portuario.

37.- Por otro lado, si el servicio de abastecimiento de combustible fuera brindado en condiciones de competencia APM estaría facultada a cobrar un precio.

38.- Sin embargo, el servicio de abastecimiento de combustible que TRAMARSA brinda en el Terminal Portuario en calidad de tercero, no está sujeto a una tarifaria o a un precio y tampoco a un cargo de acceso en virtud de lo establecido en el artículo 2.7 del Contrato de Concesión.

Respecto de la inclusión en el Tarifario de APM del servicio denominado “uso de amarradero para suministro de combustible”

- 39.- Al respecto, TRAMARSA señaló que en caso APM se encontrara habilitada para el cobro de uso de amarradero, en el supuesto de que un usuario utilizara la infraestructura portuaria para brindar servicios de abastecimiento de combustible, tal facultad tendría que estar contemplada expresamente en el Tarifario de la Entidad Prestadora.
- 40.- Sobre el particular, el artículo 4º del Reglamento de Tarifas de OSITRAN (en adelante, RETA), aprobado por Resolución N° 043-2004-CD-OSITRAN y sus modificatorias, establece lo siguiente:

“Artículo 4.- Ámbito de aplicación

El presente Reglamento es de aplicación al procedimiento de fijación, revisión y desregulación de las tarifas de las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, ya sea en virtud a título legal o contractual.”

- 41.- A su vez, el artículo 3 del RETA define los términos “Fijación de Tarifas” e “Infraestructura de Transporte de Uso Público” de la siguiente manera:

“Fijación de Tarifas: Es el procedimiento administrativo que lleva a cabo el OSITRAN, conducente a la determinación de las Tarifas, peajes o cobros similares, aplicables a la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público por parte de las Entidades Prestadoras, cuando se haya determinado previamente que los servicios en cuestión no se prestan en condiciones de competencia en el mercado.”

“Infraestructura de Transporte de Uso Público: Es el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, eléctricas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o se permite el intercambio modal, y por el cual se cobra una contraprestación. La infraestructura puede ser aeroportuaria, portuaria, vial u otras infraestructuras públicas de transporte.

- 42.- De esta manera, el RETA establece que los servicios brindados por las Entidades Prestadoras, únicamente serán materia de fijación tarifaria, en caso resulten derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público. En tal sentido, en la medida que la habilitación a terceros del acceso a la infraestructura, no constituye un servicio, no correspondería que sea materia de regulación tarifaria, en todo caso, calificaría como un supuesto de acceso a facilidades esenciales, cuyo régimen se regula por el REMA.
- 43.- En el presente caso, se puede advertir que lo propuesto por TRAMARSA (fijar una tarifa para el uso de muelle con el fin de que los usuarios puedan brindar el servicio de abastecimiento de combustible), configuraría en realidad, establecer un cargo de acceso, puesto que está relacionada con la prestación de un servicio esencial (abastecimiento de combustible).
- 44.- Al respecto, la cuestión planteada por TRAMARSA no resulta procedente ya que APM, puesto que como hemos señalado en los considerandos 34 al 36 de la presente resolución, APM no realiza cobro alguno por la prestación del servicio de abastecimiento de combustible en la medida que no lo brinda de manera exclusiva, ni en competencia y tampoco está facultada a cobrar un cargo de acceso, en virtud de la referida cláusula 2.7 del

Contrato de Concesión.

- 45.- Finalmente, es importante recalcar que la factura N° 003-0008687, materia del presente reclamo, no fue emitida en virtud de la prestación del servicio de abastecimiento de combustible, sino, únicamente, por el servicio de uso de amarradero derivado de la acción de abarloadamiento que realizó la nave TRAMAX de TRAMARSA.
- 46.- En consecuencia, conforme a lo expuesto a lo largo de la presente resolución, APM se encuentra habilitada a realizar el cobro de dicha factura, como 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.
- 47.- Siendo así, al haber verificado que APM brindó el servicio de uso de amarradero a TRAMARSA de conformidad con lo establecido en Reglamento de Operación y Tarifario de APM, corresponde desestimar el recurso de apelación presentado por la apelante.

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente APMTC/CS/401-2013, expedida por APM TERMINALS CALLAO S.A. que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. relacionado con la factura N° 003-0008687 referido al cobro por el servicio de uso de amarradero; quedando así agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

TERCERO.- 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN

14 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.”

RESOLUCIÓN

N° 164-2013-TSC-OSITRAN | 198-2013-TSC-OSITRAN

APELANTE	: ADUAMÉRICA S.A. y BRAILLARD S.A.
ENTIDAD PRESTADORA	: APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO	: Resolución N° 1 emitida en los expedientes APMTC/CS/725-2013 y APMTCS/1023-2013.

SUMILLA

Los riesgos de administrar un puerto y realizar operaciones de estiba y desestiba de manera exclusiva, deben ser asumidos por quién realiza dichas operaciones, las cuales conforman el giro del negocio de operar infraestructura portuaria, encontrándose la Entidad Prestadora en mejor condición de poder prever a un menor costo las posibles contingencias que podrían presentarse en el Terminal Portuario.

En tal sentido, si ocurrieran daños a las mercancías de los usuarios como consecuencia de un hecho ocurrido dentro de las instalaciones del Terminal Portuario cuya gestión ha sido encargada a la Entidad Prestadora y ante lo cual pudo adoptar las acciones que evitaran que sucediera, tal hecho constituirá una causa que le es imputable y respecto de la cual, únicamente podrá eximirse de responsabilidad si acredita que el hecho resultaba totalmente ajeno a su esfera de acción.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 13 de marzo de 2015.

VISTOS

Los recursos de apelación interpuestos por ADUAMERICA S.A. (en adelante, ADUAMÉRICA) y BRAILLARD S.A. (BRAILLARD) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/725-2013 y la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/1023-2013 por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora) respectivamente; y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

1.1) De la apelación de ADUAMÉRICA

- 1.- Con fecha 20 de agosto de 2013, ADUAMÉRICA, en calidad de agente de aduanas de su cliente, BRAILLARD S.A. (en adelante, BRAILLARD), interpuso reclamo ante APM imputándole responsabilidad por los daños ocasionados al auto marca Peugeot, modelo Bipper, motor N° 10FSX16606670 y chasis N° VF3AAKFT0D8395480, el cual fuera objeto de un choque mientras se encontraba dentro de sus instalaciones.

Asimismo, adjuntó como medios probatorios los siguientes documentos:

- Bill of Landing N° WZAAY7Yoo.
 - Fotografías del estado de un automóvil.
 - Hoja de Reclamación N° 000266.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 del expediente N° APMT/CS/725-2013, notificada con fecha 27 de septiembre de 2013, APM declaró improcedente el reclamo presentado por ADUAMÉRICA, señalando que la reclamante no presentó carta de autorización para tramitar los reclamos en representación del consignatario omitiendo dar cumplimiento al artículo 2.4° del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM.
- 3.- Asimismo, indicó que este carecía de interés legítimo, al no haber presentado "...facturas comerciales de las cargas reclamadas ni los correspondientes conocimientos de embarque..."
- 4.- Con fecha 17 de octubre de 2013, ADUAMÉRICA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos esgrimidos en su reclamo, añadiendo, además, lo siguiente:
- i. Mediante B/L N° WZAAY7Y00A, se transportaron mercancías consistente en vehículos, las cuales arribaron al país en la nave CSAV RIO AYSÉN en el mes de agosto del 2013. El día 19 de agosto del 2013, al pretender retirar sus unidades del puerto, se dieron con la sorpresa de que el automóvil marca Peugeot, modelo Bipper, se encontraba dañado.
 - ii. Al percatarse del daño, procedieron a hacer de conocimiento de lo sucedido a APM en la figura del shift manager, generándose el Parte N° 1476-2013-APM/PNP adjuntando las fotografías tomadas por su personal. Asimismo, presentaron un reclamo asignado con la Hoja de Reclamación N° 266.
 - iii. Respecto a la supuesta falta de interés legítimo de ADUAMERICA alegada por APM en su Resolución N° 01, indicaron que, al ser una empresa con personería jurídica que brinda servicios de transporte y agenciamiento de aduanas, y como tal, usuaria de la infraestructura y del servicio que brinda APM, califican claramente como un usuario Intermedio.

- iv. En relación a la supuesta falta de representación de ADUAMERICA cuestionada por APM, señalaron que conforme a lo establecido en el artículo 24° del Decreto Legislativo 1053, Ley General de Aduanas, el mandato se define como el acto por el cual el dueño, consignatario o consignante encomienda el despacho aduanero de sus mercancías a un agente de aduana, que lo acepta por cuenta y riesgo de aquellos; siendo un mandato con representación que se regula por el referido Decreto Legislativo y su Reglamento y, en lo no previsto por ellos, por el Código Civil.

- v. En tal sentido, en el caso concreto, refieren que, en su calidad de agentes de aduanas y responsables del desaduanamiento y transporte de mercancías, actúan en representación de su comitente, en razón del mandato establecido en el artículo 24° de la Ley General de Aduanas, el cual se materializa a través del endoso del documento de transporte por parte de BRAILLARD.

- vi. En cuanto a los daños, señala que APM no tomó las previsiones del caso para la custodia y almacenamiento su mercancía, debido a la negligencia por parte de su personal; por lo que de conformidad con el artículo 1319 del Código Civil ha incurrido en culpa inexcusable.

- vii. Agregó que el artículo 1321° del Código Civil establece la necesidad de indemnizar por los daños y perjuicios causados por haber incurrido en culpa inexcusable, disponiendo el artículo 1328° del mismo texto legal que será nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o los terceros de quien se valga.

- viii. Finalmente, manifestó que al ser APM la única empresa encargada de la estiba y desestiba de las mercancías, su personal es el único que estuvo en contacto con las mercancías, por lo que resulta responsable de los daños a ésta.

- 5.- El 05 de noviembre de 2013, APM elevó al TSC, el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1 que declaró improcedente el reclamo de ADUAMÉRICA.

- 6.- El 23 de junio de 2014 se realizó la audiencia de vista con la asistencia del representante de ADUAMÉRICA, quien presentó su informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.

1.2) De la apelación de BRAILLARD

- 7.- Con fecha 17 de octubre de 2013, BRAILLARD interpuso reclamo ante APM imputándole responsabilidad por los daños ocasionados el 19 de agosto de 2013 al vehículo marca Peugeot, modelo Bipper, motor N° 10FSX16606670 y chasis N° VF3AAKFT0D8395480 el cual fuera objeto de un choque mientras se encontraba dentro de sus instalaciones.

Asimismo, adjuntó como medios probatorios los siguientes documentos:

- Cotización de servicio acreditando gastos de reparación por la suma de S/. 2 637,29.
- Certificado de inspección emitido por la empresa Seguridad Operaciones Salvataje Ajustadores y Peritos de Seguros S.A.

- Parte N° 1476-2013-APTM/PNP-5SS emitido por la empresa 5 Security Service SAC.
- Peritaje Técnico emitido por la Comisaría de la PNP del Callao.

8.- Mediante Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CS/1023-2013, APM declaró infundado el reclamo presentado por BRAILLARD, señalando lo siguiente:

- i.- BRAILLARD adjuntó a su escrito de reclamo, el certificado de inspección de su perito de seguros, emitido con fecha 16 de agosto de 2013, en el cual se indica que el referido vehículo fue impactado por una unidad conducida por el personal de la Agencia AUSA. Sin embargo, si bien el daño ocurrió dentro de sus instalaciones, no fue ocasionado directamente por personal de APM ni durante el desarrollo de las operaciones de estiba, desestiba y acopio.
- i.- APM solo será responsable de aquellos daños que se hayan causado a través de su personal a la llegada de la carga al puerto y durante las operaciones de rutina.
- ii.- Los medios probatorios presentados por BRAILLARD, no constituyen prueba suficiente a efectos de determinar la responsabilidad de APM por los presuntos daños ocasionados al vehículo Peugeot, modelo Bipper, durante el desarrollo de las operaciones dentro del terminal portuario, agregando que de conformidad con el artículo 1331 del Código Civil, la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación.
- iii.- Asimismo, refiere que la apelante no ha cumplido con comunicar los presuntos daños a la mercancía con el fin de determinar la responsabilidad de la Entidad Prestadora, de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento de Operaciones de APM, el cual tiene naturaleza de cláusula general de contratación y forma parte de las condiciones que son aceptadas desde el momento que reciben los servicios en el Terminal Portuario.
- iv.- Dado lo expuesto, los medios probatorios adjuntados por la apelante no constituyen prueba suficiente a efectos de determinar la responsabilidad de APM por los presuntos daños ocasionados en el desarrollo de sus operaciones dentro de las instalaciones del terminal.

9.- Con fecha 19 de noviembre de 2013, BRAILLARD interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos esgrimidos en su reclamo y añadiendo, además, lo siguiente:

- i.- Conforme a lo establecido en el artículo 1319 del Código Civil, incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. En ese sentido, constituye negligencia grave el hecho de que APM, teniendo la mercancía a su cargo dentro de sus instalaciones, no se haya preocupado de cuidarla, originando que sufra daños.
- ii.- En el presente caso, la culpa inexcusable es aquella negligencia cometida por el personal de APM al no tomar las previsiones del caso para custodiar y almacenar sus mercancías de forma apropiada.
- iii.- El artículo 1321 del Código Civil establece la necesidad de indemnizar por concepto de daños y perjuicios

ocasionados por haber incurrido en culpa inexcusable; en ese sentido, la pretensión del presente proceso versa sobre el costo de las mercancías dañadas.

- iv.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 1328 del Código Civil, es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga, así como cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en los que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.
- v.- En el presente caso está acreditado que APM ha mantenido dentro de sus instalaciones el vehículo objeto de daño, estando fehacientemente demostrado mediante la Hoja de Reclamaciones N° 266 y el Parte Policial N° 1476-2013-APM/PNP del 19 de agosto de 2013 que el daño se ha producido allí, por lo que APM resulta responsable de los sobrecostos que la reparación involucra.

10.- El 12 de diciembre de 2013, 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 que declaró infundado el reclamo de BRAILLARD, añadiendo lo siguiente:

- i.- APM no es imputable, ya sea por culpa leve o inexcusable, por los daños al vehículo materia de reclamación, pues la misma reclamante ha presentado la prueba de que el daño fue causado por un tercero.
- ii.- En efecto, el certificado de inspección s/n emitido por la empresa de Seguridad y Operaciones de Salvataje Ajustadores y Peritos de Seguros S.A., peritos del seguro de la reclamante establece expresamente lo siguiente:

“Dicho daño se ha producido dentro de las instalaciones de APM Terminals Callao, zona N° 04 debido a que un truck marca Iveco que se procedía (sic) a ser retirado de la misma zona por la Ag. AUSA impactó con el vehículo de la referencia ocasionando los daños mencionados.”

Dicho hecho fue corroborado además por el parte N° 1476-2013-APMTC/PNP5SS, emitido por el supervisor de turno de la empresa Five Security Service S.A.C.

- iii.- De conformidad con el artículo 1330 del Código Civil, la prueba de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En tal sentido, la apelante ha probado exactamente lo contrario, es decir, que APM no generó el daño reclamado.
- iv.- Tampoco cabe presumir culpa leve (artículo 1329 del Código Civil), pues como se ha dicho, está probado que el daño no fue producido por APM.

11.- Con fecha 13 de enero de 2014 BRAILLARD presentó alegatos reiterando los argumentos señalados en sus escritos anteriores y agregando, además, lo siguiente:

- i.- El presente caso se encuentra circunscrito en los alcances del artículo 1319 del Código Civil, dispositivo legal que señala que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la acción, para el caso concreto,

la culpa inexcusable es aquella negligencia cometida por el personal de APM al no tomar las previsiones del caso para almacenar la mercadería de forma adecuada.

- ii.- APM es la única empresa encargada de custodiar las mercancías que permanecen en sus instalaciones, en la medida que su personal es el único que ha estado en contacto con las mercancías, y por ende, es responsable de lo que ocurrió con estas.

12.- El 13 de agosto de 2014 se realizó la audiencia de vista con el informe oral de BRAILLARD, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- i.- Determinar la procedencia de los recursos de apelación interpuestos contra la resolución de APM.
- ii.- Determinar la facultad de ADUAMÉRICA para presentar su reclamo ante APM.
- iii.- Determinar si corresponde la acumulación de los expedientes N° 164-2013-TSC-OSITRAN y 198-2013-TSC-OSITRAN.
- iv.- Determinar si APM es responsable por los daños alegados

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

III.1.- EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN PRESENTADOS POR ADUAMÉRICA Y BRAILLARD

14.- La materia de los presentes recursos de apelación versa sobre la atribución de responsabilidad que ADUAMERICA y BRAILLARD le imputan a APM por los presuntos perjuicios económicos ocasionados por el daño en la mercadería de la última, consistente en un vehículo Peugeot modelo Bipper, motor N° 10FSX16606670 y chasis N° VF3AAKFT0D8395480 situación que está prevista como un supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.3 del Reglamento de Reclamos de APM¹ y en el literal d) 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 los recursos de apelación en cuestión.

¹ **Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM.** Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

“1.5.3 Materia de Reclamos
(...)”

1.5.3.3 Daños o pérdidas en perjuicio de los USUARIOS, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de APM TERMINALS CALLAO S.A., vinculados con los servicios proporcionados por la entidad, y que derivan de la explotación de la INFRAESTRUCTURA.
(...)”

² **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias,** aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

“Artículo 33.-
(...) Los reclamos que versen sobre:

d) Daños o pérdidas en perjuicios de los usuarios de acuerdo con los montos mínimos que establezca el Consejo Directivo, provocados por la negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes.
(...)”

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”.

15.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

16.- Por su parte, el artículo 28 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN dispone que los plazos se computan conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), el cual dispone que el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto.

17.- En la misma línea, el numeral 1 del artículo 134 de la LPAG dispone que cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio y los feriados no laborables de orden nacional o regional⁶. En virtud a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.

18.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

- i.- La Resolución N° 1 fue notificada a ADUAMERICA el 27 de septiembre de 2013 y a BRAILLARD el 7 de noviembre de 2013.
- ii.- El plazo máximo que las apelantes tuvieron para interponer sus respectivos recursos administrativos vencieron el 22 de octubre y 28 de noviembre de 2013 respectivamente.
- iii.- ADUAMERICA y BRAILLARD apelaron el 17 de octubre y 19 de noviembre de 2013 respectivamente, es decir dentro del plazo legal.

19.- Por otro lado, como se evidencia de los recursos de apelación planteados, éstos se fundamentan en una diferente interpretación de las pruebas producidas, pues debe determinarse si APM es responsable de los perjuicios económicos en los que habría incurrido, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG.

20.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos que lo sustentan.

III.2.- DE LA FACULTAD DE ADUAMERICA PARA PRESENTAR SU RECLAMO ANTE APM

Sobre la decisión emitida por APM en la Resolución N° 1 del expediente 164-2013-TSC-OSITRAN, la naturaleza jurídica del Agente de Aduanas y las facultades de representación de ADUAMÉRICA

21.- Sobre el particular, en el presente procedimiento APM indicó, como parte de sus argumentos, que no correspondía pronunciarse sobre el fondo de la controversia presentada por ADUAMÉRICA, en la medida que ésta última no cumplió con acreditar las facultades de representación del dueño de la carga materia del presente reclamo, es decir, de BRAILLARD.

22.- Al respecto, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 23 de la Ley General de Aduanas⁷, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1053 (en adelante, LGA), los agentes de aduana son personas naturales o jurídicas autorizadas por la Administración Aduanera para prestar servicios a terceros, en toda clase de trámites aduaneros, en las condiciones y con los requisitos que establezcan la referida Ley y su Reglamento.

23.- Así, Fernando Cosío⁸ señala lo siguiente:

“A diferencia del dueño o consignatario y el despachador oficial que realizan el despacho aduanero para sí mismos o para la entidad pública a la cual representan, los Agentes de Aduanas se presentan ante la administración en representación del dueño, consignante o consignatario que los contrata.”

⁴ **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.”

⁵ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN.**

“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 **LPAG**

“Artículo 134.- Transcurso del Plazo

134.1 Cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional. (...)”

⁷ **LGA**

Artículo 23.- Agentes de aduana
Los agentes de aduana son personas naturales o jurídicas autorizadas por la Administración Aduanera para prestar servicios a terceros, en toda clase de trámites aduaneros, en las condiciones y con los requisitos que establezcan este Decreto Legislativo y su Reglamento.

⁸ Cosío Jara, Fernando. “Comentarios a la Ley General de Aduanas.” Jurista Editores, marzo 2012, pág. 171

- 24.- Como se aprecia, el agente de aduanas actúa ante los organismos competentes en nombre y por cuenta de un tercero que contrata sus servicios en toda clase de trámites aduaneros. Sobre esto último, cabe tener en cuenta que el artículo 35 del Reglamento de la LGA⁹, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2009-EF, señala que el mandato para despachar, otorgado por el dueño, consignatario o consignante a favor del agente de aduana, incluye la facultad de realizar actos y trámites relacionados con el despacho y retiro de las mercancías.
- 25.- Asimismo, el referido artículo indica que antes de la conclusión del despacho aduanero de mercancías, toda notificación al dueño, consignatario o consignante relacionada con el despacho se entiende realizada al notificarse al agente de aduana.
- 26.- Ahora bien, el contrato en virtud del cual los Agentes de Aduanas representan a importadores o exportadores tiene la naturaleza del Mandato. En efecto, el artículo 24 de la LGA estipula lo siguiente:

*“Artículo 24.- Mandato
Acto por el cual el dueño, consignatario o consignante encomienda el despacho aduanero de sus mercancías a un agente de aduana, que lo acepta por cuenta y riesgo de aquellos, es un mandato con representación que se regula por este Decreto Legislativo y su Reglamento y en lo no previsto en éstos por el Código Civil (...).”*

- 27.- Por su parte, el artículo 1806 del Código Civil¹⁰, regula la figura del mandato con representación de la siguiente manera: *“Si el mandatario fuere representante por haber recibido poder para actuar en nombre del mandante, son también aplicables al mandato las normas del título III del Libro II”*, es decir, aquellas normas relativas a la representación. De esta manera, los actos que realice el Agente de Aduanas, de acuerdo con las facultades que le fueron concebidas, producirán efectos directamente respecto del mandante, como consecuencia de la representación.

9 Reglamento de la LGA

Artículo 35.- Mandato para despachar

El mandato para despachar otorgado por el dueño, consignatario o consignante a favor del agente de aduana incluye la facultad de realizar actos y trámites relacionados con el despacho y retiro de las mercancías.

Antes de la conclusión del despacho aduanero de mercancías, toda notificación al dueño, consignatario o consignante relacionada con el despacho se entiende realizada al notificarse al agente de aduana.

10 Código Civil

Normas aplicables a mandato con representación

Artículo 1806.- Si el mandatario fuere representante por haber recibido poder para actuar en nombre del mandante, son también aplicables al mandato las normas del título III del Libro II. En este caso, el mandatario debe actuar en nombre del mandante.

- 28.- De este modo, mientras el contrato de mandato vincula al dueño de la carga con el Agente de Aduanas, estableciendo obligaciones y derechos entre ellos, la representación importa la presencia de un tercero (la Administración Aduanera) ante quien el Agente de Aduana va realizar determinados actos, pero cuyos efectos no recaerán en su esfera jurídica, sino en la del dueño de la carga.
- 29.- En ese sentido, el mandato con representación es la figura mediante la cual, el dueño, consignatario o consignante encomienda el despacho aduanero de sus mercancías al agente de aduana, que lo acepta por cuenta y riesgo de aquel. Cabe indicar que este mandato, de acuerdo al artículo 24 de la LGA¹¹, se constituye mediante:
- el endoso del documento de transporte u otro documento que haga sus veces;
 - poder especial otorgado en instrumento privado ante notario público; o
 - los medios electrónicos que establezca la Administración Aduanera.

- 30.- En el presente caso, la existencia del mandato de representación se evidencia del documento adjuntado a fojas 3 a 5 del expediente administrativo, denominado “BILL OF LADING N° WZAY7y00”, a partir del cual se desprende que la empresa BRAILLARD otorgó a la apelante, las facultades de representación de la mercancía en cuestión, en tanto que en listado de 68 automóviles que consta en dicho B/L, figura el vehículo con chasis N° VF3AAKFT0D8395480, materia del presente reclamo.

- 31.- En tal sentido, se ha acreditado la existencia de facultades de representación de ADUAMÉRICA en el presente procedimiento, y por ende, la potestad de presentar reclamos, en este caso por daños a la mercancía, ante el administrador portuario.

III.3.- DE LA ACUMULACIÓN DE LOS EXPEDIENTES 168-2013-TSC-OSITRAN y 198-2013-TSC-OSITRAN

- 32.- De acuerdo con el artículo 149 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹² (en adelante, LPAG), la autoridad administrativa tiene la potestad de disponer, a solicitud de parte o de oficio, la acumulación de los procedimientos que guarden conexión mediante resolución irrecurrible.

11 LGA

Artículo 24.- Mandato

Acto por el cual el dueño, consignatario o consignante encomienda el despacho aduanero de sus mercancías a un agente de aduana, que lo acepta por cuenta y riesgo de aquellos, es un mandato con representación que se regula por este Decreto Legislativo y su Reglamento y en lo no previsto en éstos por el Código Civil.

El mandato se constituye mediante:

- el endoso del documento de transporte u otro documento que haga

sus veces.

b) poder especial otorgado en instrumento privado ante notario público; o

c) los medios electrónicos que establezca la Administración Aduanera.

12 Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

“Artículo 149.- Acumulación de procedimientos

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.”

- 33.- Al respecto, Juan Carlos Morón ha señalado que la acumulación de procedimientos tiene el propósito de que se les tramite en un mismo expediente de manera agregada, simultánea y concluyendo en un mismo acto administrativo; a fin de que, en atención al principio de celeridad, se eviten traslados y notificaciones, se simplifique la prueba y se limite la utilización de recursos; en aquellos casos que guarden conexión por el administrado participe o por la materia presentada. Añade, que si bien la acumulación puede promoverse a pedido de parte, siempre será la autoridad quien determine su pertinencia siguiendo los criterios de oportunidad y celeridad¹³.
- 34.- Ahora bien, con relación a la conexidad, el artículo 84 del Código Procesal Civil¹⁴, la define como la concurrencia de elementos comunes o afines entre distintas pretensiones.
- 35.- En atención a lo anteriormente señalado, este Tribunal observa que, existe conexidad en los recursos de apelación presentados por ADUAMÉRICA y BRAILLARD contra APM.
- 36.- En efecto, se aprecia la existencia de identidad en la materia reclamada, en la medida que tanto ADUAMÉRICA como BRAILLARD solicitan que APM asuma los costos del daño causado a un mismo vehículo propiedad de BRAILLARD (marca Peugeot, modelo Biper, motor N° 10FSX16606670), así como también en cuanto a los reclamantes, en tanto que ADUAMÉRICA interpuso su reclamo en el expediente 164-2013-TSC-OSITRAN contra APM en representación de BRAILLARD, alegando que este último le otorgo las facultades de representación de acuerdo con el Bill of Lading adjuntado; y BRAILLARD, titular del vehículo dañado, interpuso su reclamo en el expediente 198-2013-TSC-OSITRAN también contra APM.
- 37.- En tal sentido, en la medida que se evidencia identidad en la materia reclamada en ambos procedimientos (responsabilidad por daños), así como identidad entre los reclamantes (ADUAMÉRICA Y BRAILLARD) y la emplazada (APM), este Tribunal considera pertinente, en atención al principio de celeridad recogido en la Ley N° 27444 y al principio de no contradicción de pronunciamientos, **acumular** los expedientes 164-2013-TSC-OSITRAN y 198-2013-TSC-OSITRAN.

¹³ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Octava Edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2009. Páginas 456-457.

¹⁴ Código Procesal Civil, aprobado por Decreto Legislativo N° 768:
"Artículo 84.- Conexidad
Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas."

- 38.- Para tal efecto, en la medida que APM declaró improcedente el reclamo presentado por ADUAMÉRICA, señalando que la reclamante no habría presentado carta de autorización para tramitar los reclamos en representación del consignatario por lo que no se pronunció sobre los fundamentos de fondo presentados por ADUAMÉRICA, a continuación se considerarán los argumentos de fondo alegados por APM al declarar infundado el reclamo presentado por BRAILLARD.

III.4 EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto de las obligaciones y prerrogativas de la Entidad Prestadora

- 39.- De acuerdo con el artículo 8.19 del Contrato de Concesión que APM suscribió con el Estado peruano¹⁵, APM deberá prestar obligatoriamente a todo usuario que lo solicite, el servicio estándar, el cual incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga, entre las cuales se encuentra el servicio de manipuleo para la recepción de la carga de la Nave y carguío al medio de transporte designado por el usuario o viceversa en caso de embarque. En efecto, el referido artículo 8.19 señala lo siguiente:

“8.19.-SERVICIO ESTÁNDAR

Son aquellos servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. (...) En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la nave hasta el retiro de la carga por el usuario.

(...)

b) SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA

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

(...)

¹⁵ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuarios del Callao entre APM Terminals Callao S.A. 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.

En el caso de la carga rodante, el Servicio Estándar incluye:

- i) El servicio de descargue/embarque, incluyendo la estiba/desestiba utilizando la Infraestructura y Equipamiento necesario;
 - ii) El servicio de conducción de los vehículos entre 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 verificación de la carga para la tarja, incluyendo la transmisión electrónica de la información;
 - v) El servicio de trinca o destrinca;
 - vi) El servicio de pesaje; incluyendo la transmisión electrónica de la información; y
 - vii) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y 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.
- (...)

40.- Cabe señalar que dicha obligación no sólo se limita a brindar el servicio de descarga de mercancías, sino que implica que dicho servicio sea prestado cumpliendo con las especificaciones de calidad establecidas en el Contrato de Concesión y el marco legal vigente, es decir, realizar todos los actos necesarios desde la descarga de la mercadería, hasta su salida del terminal portuario, lo que resulta concordante con lo previsto en el artículo 12 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, que dispone:

“Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora:

(...)

h) Prestar servicios con las especificaciones de calidad y cobertura establecidas en los respectivos contratos de concesión y, de ser el caso, en el marco legal vigente.”

41.- Al respecto, el Reglamento de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN establece en su artículo 34 que en los reclamos relacionados con la calidad e idoneidad del servicio, corresponderá a la Entidad Prestadora probar que éste se brindó conforme a las exigencias del Contrato de Concesión¹⁶, en la medida que esta se encuentra en mejor posición que el usuario para demostrar que los servicios fueron brindados de manera adecuada y conforme a los estándares correspondientes.

¹⁶ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN**, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN, respectivamente.

*“Artículo 34. Procedimiento de la entidad prestadora
(...)*

En los reclamos relacionados con la facturación, información, calidad e idoneidad del servicio corresponde a la entidad prestadora probar que éstos se brindaron conforme a las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.”

42.- De otro lado, cabe señalar que APM, en virtud del Contrato de Concesión, tiene el derecho a explotar el terminal concesionado, a efectos de lo cual podrá 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, consecuencia de lo cual, tendrá a su vez, el deber de mantener la operatividad del Terminal y a responder por los actos u omisiones de su personal a cargo. En efecto, en el artículo 8.1 del contrato de concesión se indica lo siguiente:

“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.

En tal sentido, es deber de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, dentro de los límites del Contrato de Concesión, responder por los actos u omisiones del personal a cargo de la operación del Terminal Norte Multipropósito y de los contratistas que la SOCIEDAD CONCESIONARIA decida contratar.

Asimismo de conformidad con lo establecido en la Cláusula 2.7, la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se puedan brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión.

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.”

43.- Como se puede apreciar de los párrafos anteriores, APM no sólo se constituye como una Entidad Prestadora de servicios, sino además, como la administradora y encargada de la gestión del Terminal Portuario.

44.- En tal sentido, en la medida que APM tiene la obligación de realizar todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga de mercancías, entre las cuales se encuentra el servicio

de manipuleo para la recepción de la carga, y detenta la potestad de adoptar todas las decisiones que considere convenientes para el adecuado funcionamiento del Terminal, responderá frente a los usuarios respecto de cualquier hecho o circunstancia que pueda afectar el normal desarrollo de las actividades portuarias, lo que incluye responder por la calidad de sus servicios y la integridad de las mercancías de los usuarios durante el desarrollo de dichas actividades.

Respecto de la responsabilidad de los daños y su probanza

45.- Sobre este punto, es importante recordar que el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios¹⁷ (en adelante, RUTAP) establece lo siguiente:

“Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

(...)

d) En la medida que el contrato de concesión o las normas legales vigentes lo prevean, contratar seguros contra accidentes y otros. Además las Entidades Prestadoras deberán reparar los daños a los usuarios, y a sus bienes, en la medida que resulten responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en lo que resulte pertinente”.

46.- De lo citado se tiene que la reparación de los daños provocados a los usuarios con ocasión de los servicios brindados, es un derecho reconocido a estos y una obligación de la Entidad Prestadora.

47.- Cabe señalar que el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 001-2005-TSC-OSITRAN, señala que si bien el TSC no tiene atribuciones para efectuar valoraciones o estimaciones de los daños, sí resulta competente para declarar si la Entidad Prestadora es responsable o no de dichos daños.

48.- Ahora bien, a fin de definir y establecer la responsabilidad por daños, la referida norma sectorial nos remite a las reglas establecidas en el Código Civil. Al respecto, el artículo 1321 del Código Civil señala lo siguiente:

“Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

¹⁷ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 074-2011-CD-OSITRAN

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

49.- Como se desprende del párrafo anterior, procede el resarcimiento por los daños y perjuicios, en la medida que sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

50.- En este punto, es importante recordar que al estar obligada APM a brindar el servicio estándar, tiene la obligación de realizar todas las actividades operativas que resulten necesarias para la descarga de las mercancías a fin de que estas sean entregadas a sus destinatarios en las mismas condiciones en las que fueron recibidas, consecuencia de lo cual deberán de responder frente a los usuarios respecto de cualquier hecho o circunstancia que pudiera afectar el normal desarrollo de dichas actividades, así como por la integridad de las mercancías de los usuarios.

51.- Ahora bien, el artículo 1331 del Código Civil prescribe lo siguiente:

“Artículo 1331.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de una obligación, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

52.- En tal sentido, de acuerdo con la norma reseñada, corresponderá al usuario destinatario de las mercancías acreditar que los daños se produjeron en el Terminal Portuario y consecuentemente, que APM habría incurrido en una inejecución de sus obligaciones o en un cumplimiento defectuoso. Ello significa pues, que en el presente caso, corresponderá a BRAILLARD, demostrar que los daños se produjeron en el Terminal Portuario.

53.- Cabe señalar que lo expuesto, resulta acorde a lo estipulado en el artículo 196 del Código Procesal Civil que establece que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos¹⁸.

54.- Sin embargo, debe tenerse en cuenta también lo establecido por el Código Civil en sus artículos 1314 y 1317:

18 Código Procesal Civil

(...)

Carga de la prueba.-

Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

“Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”

“Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”

55.- Lo indicado se complementa con lo dispuesto por el artículo 1320¹⁹ del Código Civil que indica que quién omite actuar con la diligencia ordinaria requerida incurre en culpa leve y con el artículo 1329 del mismo texto legal que dispone la presunción de que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor, de lo que se desprende que la probanza de la diligencia le corresponde al deudor de la obligación y no al acreedor perjudicado por su inejecución, esto es, a APM en el presente caso.

56.- Respecto a los artículos 1314 y 1317 del Código, cabe resaltar lo manifestado por Yuri Vega, quién ha señalado que si bien el artículo 1314 dispone que quién actúa con la diligencia ordinaria requerida, no resulta imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, ello no implicaría necesariamente que baste la prueba de la diligencia a efectos de no imputar responsabilidad al obligado, en la medida que lo dispuesto por el referido artículo apuntaría a que la inejecución o su incumplimiento inexacto, deberían de obedecer a hechos que escapan al control del deudor y que, por ende, no le son atribuibles, concluyéndose que la probanza de la diligencia, el cuidado, la atención y la buena fe, no alcanzarían para justificar por sí solas las razones que han imposibilitado o impedido al deudor ejecutar la prestación²⁰.

57.- En el mismo sentido se ha pronunciado Gastón Fernández, al señalar que no puede desvincularse la medida de diligencia del razonamiento sobre la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, indicando que a partir de lo dispuesto por la codificación peruana, cabría darle sentido a la frase de que “la irresponsabilidad del deudor se presenta donde termina el deber de diligencia y comienza la imposibilidad”²¹

19 Código Civil

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quién omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y lugar.

Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

20 VEGA MERE, Yuri. En: Código Civil Comentado. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Segunda Edición, Gaceta Jurídica, 2007. Lima, pág. 664.

21 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. En: Código Civil Comentado. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones Segunda Edición, Gaceta Jurídica, 2007. Lima, pág. 637.

58.- Lo expuesto resulta acorde con lo dispuesto por el artículo 12 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios reseñado precedentemente, en el cual se indica la obligación de la entidad prestadora de que el servicio de descarga de mercancías sea prestado cumpliendo con las especificaciones de calidad establecidas en el Contrato de Concesión y el marco legal vigente hasta su salida del terminal portuario, debiéndose de probar, de acuerdo con el artículo 34 del Reglamento de Reclamos y Solución de Controversias que este se brindó conforme a tales exigencias, de lo que se desprende que de no ser así, no será suficiente la diligencia de la conducta, sino que necesariamente deberá de acreditarse una causa no imputable a la Entidad Prestadora, entendida esta como el hecho que escapa totalmente de su esfera de control.

59.- En consecuencia, la disposición del Código Civil (artículo 1314) de que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, debe de analizarse conjuntamente con la disposición del mismo texto normativo (artículo 1319) de que el deudor no responderá por causas no imputables, pues atendiendo al caso que fuera materia de controversia, el deudor no necesariamente quedara liberado de responsabilidad acreditando solo su actuar diligente.

60.- En tal sentido, en el supuesto de que el acreedor de la inejecución de la obligación, demostrara la existencia de los daños consecuencia del incumplimiento, o de su incumplimiento defectuoso, a la Entidad Prestadora de servicios portuarios, no le bastará demostrar que actuó diligentemente, pues estará obligada a acreditar que se vio imposibilitada de brindar un servicio de calidad debido a causas que no le eran imputables y no solamente que actuó con la diligencia debida.

Respecto de la responsabilidad de los daños en el presente caso

61.- En el presente caso, BRAILLARD sostiene que APM es responsable por los daños ocasionados en el vehículo marca Peugeot, modelo Bipper, motor N° 10FSX16606670 y chasis N° VF3AAKFT0D8395480 en la medida que este sufrió un choque en una de sus puertas mientras se encontraba dentro de las instalaciones de APM.

62.- Para tal efecto, presentó como medios probatorios lo siguiente:

- i) Un Certificado de inspección emitido por la empresa Seguridad Operaciones Salvataje Ajustadores y Peritos de Seguros S.A. en el cual se indican los daños en el vehículo materia de reclamo así como que estos se habrían producido dentro de las instalaciones de APM (zona 04) como consecuencia de haber sido impactado por un vehículo que iba a ser retirado de la misma zona por la agencia AUSA.
- ii) El Parte N° 1476-2013-APTM/PNP-5SS emitido por la empresa Five Security Service S.A.C. en el cual se indica que los daños al vehículo materia de reclamo habrían sido provocados por un tracto perteneciente a la empresa AUSA.
- iii) Un informe emitido por la Comisaría PNP del Callao en el cual se indican los daños en el automóvil, así como que estos habrían sido provocados por un vehículo "Tracto" retirado por la empresa AUSA.

63.- Por su parte, APM alegó que en la medida que la propia apelante ha presentado medios probatorios que demostrarían que fue un tercero (Agencia AUSA) quien generó los daños en la mercadería, no cabría atribuirle responsabilidad por los hechos que fueron generados por dicho tercero. En tal sentido, APM ha reconocido la existencia de los daños en el vehículo materia de reclamo, sin contradecir la alegación de que estos se habrían producido en el Terminal y por la acción de terceros.

64.- Al respecto cabe recordar, como ha sido señalado precedentemente, que el servicio estándar a ser prestado por APM de acuerdo a los estándares de calidad establecidos, incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga de mercancías, teniendo APM la potestad de adoptar todas las decisiones que considere más convenientes para la adecuada gestión, operación y funcionamiento del terminal concesionado, consecuencia de lo cual responderá ante los usuarios por la integridad de sus mercancías.

65.- En efecto, de acuerdo con el Contrato de Concesión, APM tiene el derecho de exclusividad en la explotación del Terminal Portuario del Callao, es decir, el monopolio de los servicios portuarios, como contrapartida de lo cual, asume el riesgo de la operación frente a los usuarios respecto de los servicios que presta, encontrándose dentro de las operaciones portuarias, el servicio estándar que incluye la estiba y desestiba de la carga, tal como se establece en la cláusula 8.19 del mencionado contrato²².

22 Contrato de Concesión

"8.19. SERVICIOS ESTÁNDAR

Son aquellos servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. Comprenden en el caso de embarque, desde que la carga ingresa al Terminal Norte Multipropósito hasta que la Nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro de la carga por el Usuario."

66.- En ese orden de ideas, es evidente que los riesgos de administrar un puerto y realizar operaciones de estiba y desestiba de manera exclusiva, deben ser asumidos por quien realiza dichas operaciones, las cuales conforman el giro del negocio de operar infraestructura portuaria, en este caso APM. En efecto, APM se encuentra en mejor condición de poder prever a un menor costo las posibles contingencias que podrían presentarse en el Terminal Portuario, ya que se entiende que cuenta con la experiencia y conocimiento necesario en lo que respecta a la administración y explotación de puertos, la que además constituye la actividad a la cual se dedica y la que se comprometió a realizar en el Contrato de Concesión.

67.- En el presente caso, se debe tener en cuenta la doctrina del "res ipsa loquitur" o "la cosa habla por sí misma." Este criterio tiene su fundamento en la idea de que quien está en control de una actividad específica está en mejor posición de evitar que se produzcan daños como consecuencia del ejercicio de dicha actividad. En este caso APM se encuentra en control de la operación de estiba y desestiba, por lo que en caso se produzcan daños producto del ejercicio de dicha actividad, se entenderá que no brindó un servicio conforme a los estándares de calidad establecidos, presumiéndose que ello se produjo como consecuencia del incumplimiento de su deber de diligencia.

68.- En línea con lo expresado, es pertinente tener en cuenta lo señalado en el Informe N° 025-14-GAJ-OSITRAN (en adelante, el Informe N° 025), notificado mediante Oficios N° 201 y 202-14-GG-OSITRAN a través de los cuales se confirmó las penalidades impuestas a la mencionada Entidad Prestadora por incumplimiento de los estándares de servicio exigidos en el Contrato de Concesión, durante el séptimo trimestre de explotación. En el informe en cuestión se señala lo siguiente:

"52.- (...) la planificación es un elemento intrínseco de la gestión portuaria y conlleva a que el terminal, antes del inicio de las operaciones, realice coordinaciones con los usuarios del puerto a fin de conocer si una nave puede o no ser atendida en el terminal (por razones de seguridad, por ejemplo), el muelle al que será asignada, el tipo de carga a recibir, las características de la mercancía, la forma de desestiba a emplear, el equipamiento que será necesario destinar, las obligaciones de las partes, y todos aquellos aspectos relevantes para dar atención a la nave. Esa planificación, previa al inicio de la estiba o desestiba, derivará en la elaboración de un plan de trabajo o plan de operaciones, diseñado en función de la información antes referida, el mismo que regirá el modo en que las operaciones se desarrollarán.

53.- A partir de ello, si el Concesionario lleva a cabo la recepción de una nave y procede a efectuar la desestiba de la misma, es porque previamente ha realizado un análisis sobre las condiciones en que efectuará la descarga, así como los riesgos involucrados en el supuesto que las operaciones portuarias se desarrollen fuera de los estándares normales de atención exigidos por el Contrato de Concesión, ya que esto último podría acarrearle responsabilidad frente al Concedente en caso dichos estándares no se alcancen por razones que no le sean ajenas al terminal.

54.- Se colige de lo expuesto, que el Concesionario tiene los incentivos suficientes para planificar lo mejor posible sus operaciones y, asimismo, exigirle a sus clientes que cumplan con las obligaciones a su cargo de manera tal que no perjudiquen en su relación con el Concedente por cuestiones relativas a las operaciones portuarias. En otras palabras, el Concesionario, en su calidad de administrador portuario, se encuentra en una mejor posición para minimizar sus riesgos o para asignarlos de mejor manera entre las partes involucradas en operaciones de ese tipo.

69.- De lo señalado, resulta evidente que APM debe de asumir el riesgo de las operaciones realizadas en el Terminal Portuario que administra, no pudiendo invocar como eximente de responsabilidad cuestiones que debió prever, como ocurre con el caso del establecimiento de las normas de seguridad que regulan la circulación de los distintos vehículos al interior del Terminal, en la medida que es obligación de APM adoptar todas las medidas de seguridad que permitan evitar que hechos como colisiones u otros accidentes o incidentes ocurran.

70.- Lo expuesto, resulta acorde a lo establecido por el Contrato de Concesión que establece la obligación de la Entidad Prestadora de brindar a sus usuarios el servicio estándar que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga de las mercancías, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN, que dispone que dicho servicio debe de realizarse cumpliendo lo estándares de calidad, así como el Código Civil, el cual como hemos indicado en los párrafos precedentes, exime al deudor de la responsabilidad por los daños ocasionados por la inejecución de la obligación en caso acredite que los daños ocurridos a las mercancías se debieron a causas no imputables al deudor, lo cual no ha sido demostrado por APM en el presente caso.

71.- En tal sentido, en la medida que el daño provocado al automóvil de BRAILLARD, fue consecuencia de una colisión ocurrida dentro de las instalaciones del terminal portuario cuya gestión ha sido encargada a APM y ante la cual pudo adoptar las acciones que evitaran su ocurrencia, este Tribunal considera que tal hecho constituye una causa imputable a la entidad prestadora.

72.- En efecto, en el presente caso no existe medio probatorio alguno en el expediente que pueda hacer presumir que el hecho causante del daño a la mercancía de BRAILLARD no fuera atribuible a APM y fuera consecuencia de un hecho totalmente ajeno a su esfera de acción y que por ello, se encuentra eximida de su responsabilidad, tal y como sucede con casos de vehículos dañados de origen, en los que APM hubiera podido demostrar presentando una Nota de Tarja²³ que el vehículo llegó al terminal en mal estado y con daños de origen, como ha ocurrido en otros casos resueltos por este Tribunal, o si hubiera probado la existencia de algún otro hecho o factor totalmente ajeno a su esfera de control que hubiera impedido que a pesar de actuar con la diligencia debida, brinde el servicio de calidad a que está obligada por el contrato de Concesión.

73.- En atención a lo expuesto, corresponde revocar la resolución N° 1 emitida por APM en el expediente APMTC/CS/725-2013 y la Resolución N° 1 emitida en el expediente APMTC/CS/1023-2013 y, consecuentemente, declarar FUNDADO el reclamo presentado por ADUAMÉRICA y por BRAILLARD, y responsable a APM TERMINALS CALLAO S.A. por los daños ocurridos en el vehículo Peugeot, marca Bipper, motor N° 10FSX16606670 y chasis N° VF3AAKFT0D8395480, de propiedad de BRAILLARD.

23 Ley N° 1053, Ley General de Aduanas

“Nota de tarja.- Documento que formulan conjuntamente el transportista o su representante con el responsable de los almacenes aduaneros o con el dueño o consignatario según corresponda, durante la verificación de lo consignado en los documentos de transporte contra lo recibido físicamente, registrando las observaciones pertinentes.”

74.- Cabe señalar que APM tiene expedito su derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales a fin hacer valer su derecho de repetición contra terceros, si así lo estima conveniente.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN²⁴;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- ACUMULAR los expedientes N° 164-2013-TSC-OSITRAN y 198-2013-TSC-OSITRAN.

SEGUNDO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente APMTC/CS/725-2013 y la Resolución N° 1 emitida en el expediente APMTC/CS/1023-2013 y, consecuentemente, declarar FUNDADO el reclamo presentado por ADUAMÉRICA y por BRAILLARD, y responsable a APM TERMINALS CALLAO S.A. por los daños en el vehículo Peugeot, marca Bipper, motor N° 10FSX16606670 y chasis N° VF3AAKFT0D8395480, de propiedad de BRAILLARD, cuyo monto se determinará con arreglo a lo previsto en el inciso b) del Artículo 12 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios.

TERCERO.- NOTIFICAR a ADUAMÉRICA S.A., BRAILLARD 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

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

24 Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-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. (...)”*

RESOLUCIÓN

N° 46-2014-TSC-OSITRAN

APELANTE : ADM ANDINA PERÚ S.R.L.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CS/ APMTC/CS/1228-2013

SUMILLA

En los casos en que la descarga se realiza bajo la modalidad denominada “descarga directa”, si la Entidad Prestadora no comunica al usuario el nivel programado para las operaciones de retiro de la carga, no resulta válido que imponga el recargo por cuadrilla no utilizada.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 18 de agosto de 2015.

VISTOS

El recurso de apelación interpuesto por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. (en adelante, ADM ANDINA o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/1228-2013 (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.- Mediante correo electrónico remitido a APM el 12 de diciembre de 2013, ADM ANDINA solicitó la anulación de la factura N° 003-0024052 cuyo importe asciende a US\$ 16 933,00 (dieciséis mil novecientos treinta y tres con 00/100 dólares de Estados Unidos de América), emitida por el concepto de compensación de cuadrilla no utilizada. Al respecto, argumentó que de conformidad con lo señalado por el OSITRAN, mediante Oficio N° 518-13-STSC, APM no cumplió con comunicar a las usuarios cuáles serían las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), lo cual hubiera permitido, especialmente para el caso de descarga directa, calcular cuántos vehículos enviar y con qué frecuencia, a fin de retirar la carga del puerto, correspondiendo a la Entidad Prestadora comunicar la cantidad de camiones por hora que debía tener en el puerto a fin de no verse afectada con el cobro del referido recargo.
- 2.- A través de la Carta N° 1882-2013-APMTC/CS, de fecha 30 de diciembre de 2013, APM comunicó a ADM ANDINA la ampliación del plazo de 30 días adicionales para dar respuesta al reclamo interpuesto por esta última.
- 3.- El 27 de enero de 2014 APM notificó la Resolución N° 1 declarando infundado el reclamo presentado por ADM ANDINA, de acuerdo con los siguientes argumentos:
 - i.- De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 5.4.2.1 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, se aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, o sus representantes.
 - ii.- APM tiene derecho a realizar el cobro del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada cuando compruebe que por razones ajenas a su responsabilidad las operaciones de la nave se vean afectadas por diferentes circunstancias, como por ejemplo, la falta de camiones.
 - iii.- En el presente caso, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se aplicó como consecuencia de las paralizaciones ocurridas durante las labores de descarga de la nave Charmey Mfto.2013-1775, las que ascendieron a un aproximado de 41 horas, originadas por la falta de camiones, inconveniente que es de entera responsabilidad de ADM ANDINA.
 - iv.- La falta de camiones afectó la normal operación de la descarga en las bodegas N° 1 3, 4 y 5 de la nave Charmey los días 8, 9, 10 y 11 de octubre de 2013, circunstancias que se encuentran registradas en el Reporte de Estado de Hechos de dicha nave.
 - v.- Con relación a la alegación de ADM ANDINA, referida a que no se le habría informado respecto de las características de la operación, la misma que debería de constar en el Plan de Operaciones, conforme lo establecido en el oficio N° 518-13-STSC-OSITRAN, rechazan tal afirmación, manifestando que es el agente marítimo de la nave, en este caso, Canopus S.A., quien informa a APM acerca del arribo de la nave, indicando las características de la

mercancía a descargar, las toneladas a trabajar e información referencial de la nave.

- vi.- APM tiene la obligación de informar a los usuarios, entre ellos a los agentes marítimos y a los clientes en general, las operaciones de las naves que acoderan en el Terminal Norte a través de su página web, mediante la opción “programa de naves”, cuya programación se realiza tres veces al día de acuerdo al desarrollo de las operaciones.
 - vii.- Generalmente, para este tipo de operaciones se utilizan camiones cisternas con una capacidad de 30 toneladas. En ese sentido, al contar con la información de las características de la mercancía a descargar, el agente marítimo de la nave Charmey, así como la empresa ADM ANDINA, fueron informados del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga (11 jornadas aproximadamente). En consecuencia, si el total de descarga era de 29,118 toneladas, si cada camión puede trasladar 30 toneladas y la descarga de toda la mercancía se realizaría en 11 jornadas; entonces se puede afirmar que ADM ANDINA tenía pleno conocimiento de que el desembarque por jornada sería de 2,647 toneladas equivalentes a 88 camiones por jornada.
 - viii.- La función de APM es garantizar que las operaciones de las naves en el puerto se realicen de manera adecuada y de acuerdo a los estándares permitidos, no de verificar la planificación de los camiones que envía el usuario.
 - ix.- Se debe considerar que los usuarios conocen los términos y condiciones del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, así como del Reglamento de Operaciones, los cuales son de conocimiento público. Por ello, los usuarios podrían calcular el periodo máximo en el que deberán desarrollar sus operaciones con la finalidad de evitar el pago por costos adicionales y/o innecesarios, los cuales pueden generarse por el desarrollo ineficiente de las operaciones.
 - x.- Precisamente, los recargos se encuentran regulados en la sección 5.4 del Reglamento de Tarifas de APM y cuentan con una naturaleza similar a la de una penalidad, la cual será cobrada en caso algún usuario incurra en cualquiera de los supuestos detallados en dicha sección. Siendo ello así, el cálculo del monto a cobrar se efectúa como un resarcimiento.
 - xi.- El artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios, establece que los usuarios deberán utilizar la infraestructura portuaria y los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas establecidas para dicha infraestructura, siempre que estas sean debidamente informadas.
 - xii.- De esta manera, se puede concluir que en caso los usuarios del Terminal Portuario no respeten las normas y reglas internas dictadas por APM, en su calidad de Entidad Prestadora, estos deberán asumir las responsabilidades que les compete por no haber actuado conforme a los lineamientos que rigen las operaciones dentro de dicho Terminal Portuario.
- 4.- Con fecha 14 de febrero 2014, ADM ANDINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:
 - i.- APM es quien define el Plan de Operaciones, por ello le corresponde comunicar dicho plan al usuario a fin de que las operaciones se realicen conforme con lo programado, lo que forma parte de las condiciones del servicio, ello

con la finalidad de evitar la aplicación de recargos por acciones u omisiones que puedan generar sobrecostos a la Entidad Prestadora.

- ii.- Corresponde a APM comunicar al usuario las características de la operación, lo cual permitirá al consignatario, especialmente en el caso de descarga directa, calcular cuántos vehículos está obligado a enviar y con qué frecuencia, con la finalidad de retirar la carga de puerto.
 - iii.- APM alega que ha cumplido con brindar la información de las operaciones a través de la publicación de la Programación de Amarraderos en su página web; sin embargo, no puede pretender que el consignatario se guíe únicamente de dicha información, puesto que no considera el total de bodegas a atender durante las descargas, ni el número de cuadrillas a utilizar por bodega.
 - iv.- La función de APM como agente de descarga, es la de brindar la información suficiente, antes del inicio de cada operación a efectos de poder realizar las coordinaciones correspondientes con las empresas de transporte, a fin de evitar paralizaciones y futuros cobros por compensación de cuadrilla no utilizada.
 - v.- Debido a la congestión de camiones en la puerta N° 2, ADM solicitó el ingreso de camiones por la puerta N° 4, hecho que fue negado por APM, a pesar de ser su responsabilidad habilitar las balanzas de ingreso y no de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.
 - vi.- Finalmente, señaló que la información brindada por APM, es incompleta, reactiva y sin la debida anticipación, lo que genera descoordinaciones durante las operaciones de descarga.
- 5.- El 07 de marzo de 2014, 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 los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1 que declaró infundado el reclamo de ADM ANDINA, añadiendo lo siguiente:
- i.- El problema que generó retraso en el desarrollo de las operaciones y que ocasionó que las mismas no puedan realizarse de manera continua y fluida, obedeció a la falta de camiones y/o envió insuficiente para la atención de las operaciones de la nave Charmey.
 - ii.- La falta de camiones afectó la normal operación de la descarga en las bodegas N° 1, 3, 4 y 5 de la nave Charmey los días 8, 9, 10 y 11 de octubre de 2013, las que se encuentran en el Reporte de Estado de Hechos de dicha nave y en el reporte de camiones que ingresaron para el recojo de la mercancía perteneciente a la autorización N° 18844.
 - iii.- A manera de ejemplo de la falta de camiones, indicó lo siguiente:
 - El camión de placa D411799 ingresó el 10 de octubre a las 20:47 horas, ocurriendo que desde esa hora no se generó el ingreso de ningún camión hasta las 21:47 horas en las que ingresó el camión de placa Y18807, generando un tiempo de espera de 59 minutos.

- El camión de placa F1N838 ingresó el 12 de octubre a las 13:49 horas, ocurriendo que desde esa hora no se generó el ingreso de ningún camión hasta las 14:29 horas en las que ingresó el camión de placa C9L809, generando un tiempo de espera de 39 minutos.

- iv.- Los recargos tienen una naturaleza similar a la de una penalidad, puesto que son cobrados bajo determinados supuestos, los cuales han sido taxativamente considerados-en la fecha de ocurridos los hechos – en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM.
- v.- Asimismo, el cobro de los recargos no responden a la prestación de un servicio, sino que son cobrados como parte del derecho con el que cuenta el administrador portuario para organizar sus operaciones de manera eficiente al interior del Terminal. En ese sentido, el cálculo del monto a cobrar por recargo es similar al pago de una compensación, puesto que responde a los daños y perjuicios ocasionados por los usuarios durante el desarrollo de las operaciones a cargo de APM.
- vi.- Siendo así, APM tiene el derecho a: i) exigir el pago del resarcimiento correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados durante el desarrollo de las operaciones dentro del Terminal Portuario; y, ii) dicho derecho puede ser ejercido directamente entre las partes. Precisamente, con la finalidad de simplificar lo antes señalado, a la fecha de ocurrencia de los hechos objeto del reclamo, los supuestos frente a los cuales se cobrarían los recargos se encontraban definidos en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas, versión 2.0.
- vii.- Por otro lado, los usuarios cuentan con toda la información necesaria y suficiente para realizar la planificación de sus operaciones al interior del terminal, puesto que aquella es de carácter público. Además, se debe tener en cuenta que los usuarios son quienes manejan la información conveniente y necesaria para el desarrollo de sus operaciones, dependiendo del tipo de carga y de las particularidades de la misma.
- viii.- Para el presente caso, Canopus S.A fue quien comunicó a APM el arribo de la nave, sus características y el total de la carga a descargar. Dicha información fue transmitida a la Entidad Prestadora mediante la solicitud de atraque de la nave Charmey, manifiesto 2013-1775. Es después de recibida dicha información, que APM asigna un muelle para el atraque de la nave de acuerdo con sus características, la cual fue oportunamente confirmada por el agente marítimo (Canopus).
- ix.- En la junta de puertos, que el área de operaciones de APM realiza diariamente, se observó la asistencia de los representantes de Canopus S.A., con lo que se confirma que el usuario conocía acerca del número de toneladas programadas para la nave Charmey.
- x.- Con toda esa información, el Agente Marítimo, así como los demás operadores y usuarios intervinientes en la operación, fueron informados por APM del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga (11 jornadas aproximadamente). Siendo así, la reclamante contaba con la siguiente información: i) que la operación se realizaría en once jornadas; ii) que el total de carga a granel a desembarcar era de 29,118 toneladas; y, iii) que cada camión podía movilizar treinta (30) toneladas, por lo que se puede afirmar que ADM ANDINA tenía pleno conocimiento que el desembarque por jornada sería de 2,647 toneladas equivalente a 88 camiones por jornada.

-
- xi.- Asimismo, recalcó que el número de camiones a enviar siempre se encontrará en relación directa con la capacidad de carga de los mismos, el cual solo puede ser definido por el consignatario o responsable de retirar la carga del Terminal Portuario.
- 6.- A través del Oficio N° 397-15-STSC-OSITRAN (en adelante, el Oficio del TSC), de fecha 20 de julio de 2015, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a APM remita los documentos que acrediten que cumplieron con lo establecido en el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios y su Reglamento de Operaciones, e informaron los niveles de descarga que se realizarían por operación para la atención de la carga a granel de la apelante, referida a la nave Charmey.
- 7.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), la audiencia de conciliación que se llevó a cabo el 21 de julio de 2015 con la asistencia de la parte apelante. El 22 de julio de 2015, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de ADM ANDINA quien realizó el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.
- 8.- Cabe señalar, que en el Informe Oral los representantes de ADM ANDINA manifestaron que no correspondía que se le efectúe el cobro por concepto de cuadrilla no utilizada, en la medida que siendo dicho recargo aplicable, como consecuencia de servicios brindados a la nave, y no a la carga, únicamente debían de cobrarse a la línea naviera, y no al consignatario. En tal sentido, manifestaron que no debería aplicarse la figura de la “solidaridad” al cobro del referido recargo. Sin perjuicio de lo alegado, reiteraron que APM no había cumplido con informarles respecto de la forma y características en que se efectuarían las operaciones de descarga de su mercancía.
- 9.- Asimismo, mediante escrito de fecha 24 de julio de 2015, ADM ANDINA presentó alegatos finales, reiterando los argumentos esgrimidos en su reclamo y recurso de apelación, señalando además, lo siguiente:
- i.- Respecto a la aplicación de la compensación por recargo a favor de APM, ADM ANDINA alega que no existe norma legal que los obligue a pagar un recargo por compensación de cuadrilla no utilizada; ya que en la sección 2.2 de la Lista de Precios por Otros Servicios y Recargos, se establece que el mencionado cobro es un recargo aplicable a la nave, y siendo ADM ANDINA consignataria de la carga, no corresponde que se les aplique dicho recargo.
- ii.- Debido a que APM señala que el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada tiene la naturaleza de un derecho resarcitorio, ADM ANDINA alega que se debe efectuar la aplicación del Código Civil, y que la entidad prestadora debe cumplir con acreditar que se han configurado en este caso, los elementos de responsabilidad contractual, configurándose un abuso de derecho por parte de APM, de acuerdo a lo establecido en Artículo II del Título Preliminar del Código Civil, ya que no se encuentra amparado en la Ley.
- 10.- Mediante escrito de fecha 30 de julio de 2015, APM presentó alegatos finales, reiterando los argumentos esgrimidos en su Resolución N° 1 y en su escrito de absolución, señalando, además, lo siguiente:
- i.- La falta de camiones, los cuales deben ser contratados y proporcionados directamente por el usuario, generó paralizaciones innecesarias en las operaciones portuarias, lo cual afectó el procedimiento de descarga de las diferentes bodegas de las naves que arribaron al Terminal Portuario y cuyas operaciones son objeto de revisión.

De esta manera, debido a la naturaleza de la carga, y considerando que ésta no podía ser depositada en el área operativa del puerto, se prolongaron las horas de trabajo del personal de APM y se tuvieron muchos tiempos muertos, durante la operación de descarga, hecho que generó la aplicación del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada a ADM ANDINA.

- ii.- En atención a lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento de Operaciones de APM, con relación a las naves que transportan carga a granel sólido, los agentes marítimos tienen la obligación de comunicar al Administrador Portuario con un mínimo de 72 horas de anticipación, los datos correspondientes a la nave, hora y fecha de arribo, el calado, el tipo operación, así como la información preliminar correspondiente a la operación de carga y descarga, según corresponda, ello con el fin de que APM pueda distribuir los recursos que se encuentran a cargo en el interior del Terminal Portuario a efectos de atender los requerimientos de una nave en particular.
- iii.- Lo indicado en el párrafo anterior, ha sido respaldado en la Resolución Final emitida en el expediente N° 115-2013-TSC-OSITRAN, la cual señaló que a partir de la información remitida por el agente marítimo, APM asigna los amarraderos y muelles, determina la prioridad de atención, así como las horas de ingreso, permanencia y salida de las naves en el puerto.
- iv.- APM ha cumplido con la obligación de informar a los usuarios, entre ellos a los agentes marítimos y clientes en general, las características de la operación mediante la publicación de la Programación de Amarraderos, vía website, lo cual se realiza tres veces al día de acuerdo con el desarrollo de las operaciones.
- v.- En base a la información que le comunican los agentes marítimos, así como la información publicada vía website por el Administrador Portuario, los usuarios se encuentran en la capacidad de calcular el período en el que se realizarán las operaciones de una nave, así como de determinar el número de camiones que requieren para recoger su carga, con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales.
- 11.- A través de la Carta N° 978-2015-APMTC/CL, recibida por OSITRAN el 11 agosto de 2015, APM remitió, entre otros documentos, el “Stowage Plan” (Plan de estiba o desembarque) correspondiente a la nave Charmey, señalando lo siguiente:
- i.- En relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega, señaló que son los usuarios quienes poseen dicha información, al ser quienes solicitan (a través de su Agente Marítimo) los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque o descarga, lo que se puede acreditar en el referido “Stowage Plan”. Agregó que, en el referido documento se puede verificar información referente a la cantidad de mercadería que contiene cada bodega y a qué consignatario pertenece.
- ii.- La información relacionada sobre el número de jornadas que necesitará cada nave para culminar las operaciones, se puede encontrar en su página web www.apmterminalscallao.com a través de la opción “programa de naves”, la cual es actualizada tres veces al día, precisando que el área de tráfico es la encargada de enviar directamente a los usuarios tal información.
- iii.- Con relación a la información referida a la cantidad de cuadrillas que APM dispone para cada operación, ésta

es transmitida a los agentes marítimos o consignatarios que participan en las reuniones pre-operativas que se realizan diariamente a las 10:00 horas dentro del Terminal Portuario, y que son realizadas para que los involucrados en la operación tengan conocimiento sobre los aspectos relevantes de dichas operaciones, como es el caso de la cantidad de cuadrillas a utilizar.

- iv.- Sin embargo, en el caso de las coordinaciones para las operaciones de nave Charmey, el agente marítimo y consignatarios de la mercancía no solicitaron asistir a la junta de puertos, a pesar de la importancia de la información que se brinda en la misma.
- v.- En consecuencia, señalan que de lo alegado en los párrafos precedentes, no es posible sostener que APM no informa de las características de cada operación.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

12.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1.
- ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la factura N° 003-0024052, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

13.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM¹, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)², el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

14.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

- i.- La resolución N° 1 de APM, que contiene la decisión de declarar infundado el reclamo, fue notificada a ADM ANDINA el 27 de enero de 2014.
- ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 17 de febrero de 2014.
- iii.- ADM ANDINA presentó su recurso de apelación el 14 de febrero de 2014, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.

15.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG³, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.

16.- 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 LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la naturaleza del cobro por concepto de “recargo por cuadrilla no utilizada”

¹ **Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN.**

“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”.

² **Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN**

*“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”.*

³ **Ley N° 27444**

“Artículo 209.- 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”.

17.- Es menester recalcar, previamente, que 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

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.- Asimismo, 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 (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).

19.- 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.

20.- Adicionalmente, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5, y (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto

Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23:

“1.23.102 Tarifa

Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables.”

“8.20 SERVICIOS ESPECIALES

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5. (...)”

“8.23 Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de competencia económica. (...)

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones.”

21.- Por otro lado, el cobro por concepto de “Compensación de cuadrilla no utilizada” se encuentra detallado en lista de “Precios por Otros Servicios y Recargos”⁴. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

“Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

El recargo aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del Servicio Estándar, de acuerdo al Plan de Operaciones, éste se cancela o se suspende por decisión o responsabilidad de la línea naviera o el consignatario dependiendo del contrato de fletamento. En el caso de la suspensión, se aplicará el recargo cuando éste prolongue las horas de trabajo del personal asignado, de acuerdo al Plan de Operaciones.

Asimismo, se aplicará el recargo cuando la operación es concluida antes del horario programado en el Plan de Operaciones, como consecuencia del recorte del volumen de la carga embarcada/descargada o en el caso que la línea naviera o consignatario solicite ser atendido al arribo de la nave al terminal, y esto ocurra después de la hora de inicio de cada jornada de trabajo.

Este cargo se aplica también en el caso que la nave o el consignatario soliciten el término de operaciones antes del término de la jornada.

De la misma forma, este recargo será aplicado en caso la línea naviera requiera ser atendida fuera del horario programado por el Terminal, o cuando se dispongan las cuadrillas para la atención a la nave y ésta por razones no imputables al terminal, demore su atraque e inicio de operaciones.

El importe del recargo será asumido por la línea naviera o el consignatario de ser el caso, siendo el importe de US\$ 350 (Trescientos Cincuenta con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cuadrilla/hora o fracción de hora”.

22.- En tal sentido, el “recargo por compensación de cuadrilla no utilizada,” cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM para la prestación del servicio estándar, cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.

23.- 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, por el incumplimiento de aquellas cláusulas que fueron aceptadas al establecer la relación contractual; en el presente caso, que no se utilice un personal asignado para el servicio solicitado.

24.- Con relación al recargo por Compensación de cuadrilla no utilizada, conviene tener presente que mediante informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas de OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica), opinaron lo siguiente:

“(…) este cobro no se realiza como contraprestación económica por algún servicio brindado por el Concesionario. Por el contrario, se trata de un mecanismo resarcitorio cuya función es que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora y que hayan sido previa y debidamente difundidas por este último”.

25.- Asimismo, respecto a la facultad de APM para requerir el referido cobro señaló lo siguiente:

“(…) el Concesionario se encuentra facultado a realizar un cobro por concepto de recargo por “Compensación de cuadrilla no utilizada” en tanto se verifique que el despacho de la carga ha sido interrumpido por decisión o responsabilidad del usuario y no por causas imputables al Concesionario.”

26.- Como se verifica en el mencionado informe, las áreas técnicas de OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de “Compensación de cuadrilla no utilizada” es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.

27.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que la Entidad Prestadora deja de percibir

⁴ <http://www.apmterminalsallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>

por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.

28.- En ese sentido, con relación a lo alegado por ADM ANDINA en su informe oral y alegatos, en referencia a que correspondería que el cobro de cuadrilla no utilizada fuera requerido, únicamente, a la línea naviera, cabe recordar que en el documento denominado Lista de “Precios por Otros Servicios y Recargos”⁵ que APM publica en su página web, reseñado en los párrafos precedentes, se establece entre los recargos aplicables a la nave, el recargo “por Compensación de Cuadrilla No Utilizada,” consecuencia de lo cual, dicha Entidad Prestadora se encuentra facultada a poder repetir este cobro, no sólo a la línea naviera, sino también al consignatario de la carga, siempre y cuando se haya comprobado que la aplicación de ese recargo fue responsabilidad de éste último. En este caso, ADM ANDINA es el consignatario de la mercancía, motivo por el cual, APM se encontraría habilitada a poder requerirle el pago de este recargo, siempre y cuando el referido cobro se efectuara por responsabilidad de la apelante, lo que será motivo de análisis en los párrafos siguientes.

29.- Adicionalmente, en su informe oral y alegatos, ADM manifestó que la Entidad Prestadora debía de acreditar la existencia de los elementos de la responsabilidad contractual establecidos en el Código Civil, específicamente del daño, a fin de poder exigir el pago del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada. Al respecto cabe acotar, que en la medida que el recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino debido al incumplimiento de los acuerdos pactados por las partes producto de la relación contractual, dicho cobro se considera como una penalidad cuya aplicación pueden ser establecida y aceptada por las partes, según lo establecido en el artículo 1341 del Código Civil:

⁵ **PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGOS**

Recargos a los Servicios prestado a la Nave

Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

El recargo aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del Servicio Estándar, de acuerdo al Plan de Operaciones, este se cancela, se suspende o se paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes dependiendo del contrato de fletamento. En el caso de la suspensión o paralización, se aplicará el recargo cuando este prolongue las horas de trabajo del personal asignado, de acuerdo al Plan de Operaciones.

(...)

De la misma forma, este recargo será aplicado encaso la línea naviera requiera ser atendida fuera del horario programado por el Terminal, o cuando se disponga las cuadrillas para la atención a la nave y ésta por razones no imputables al terminal, demore su atraque e inicio de operaciones.

El importe del recargo será asumido por la línea naviera o el consignatario de ser el caso.

(...)

“Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene derecho de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como arte de los daños y perjuicios si fueran mayores.”

30.- Consecuentemente, en la medida que el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada configura una penalidad, le resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1343⁶ del Código Civil, conforme al cual, para exigir el pago de la penalidad, no le es exigible al acreedor probar los daños y perjuicios sufridos, en la medida que esta se encuentra previamente establecida, bastando con acreditar la existencia del incumplimiento y que este es imputable al deudor.

31.- En efecto, debe resaltarse que en vista de que el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, se encuentra previsto en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, publicada en su página web, se verifica que el usuario fue informado de las condiciones ofrecidas por el Terminal Portuario para la prestación del servicio, incluyendo los recargos en caso de incumplimiento, así como el monto de recargo a cobrarse, no cabiendo alegar el desconocimiento de los mismos.

32.- En este sentido, corresponde desestimar los argumentos de ADM sobre estos extremos de su apelación, correspondiendo realizar el análisis de fondo de la materia controvertida, a fin de verificar si en el presente caso corresponde que APM efectuara el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

33.- Al respecto, cabe recordar que ADM ANDINA alegó que debía anularse el cobro por concepto de compensación

⁶ **Artículo 1343.-** Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.

de cuadrilla no utilizada durante las operaciones de descarga directa de carga a granel, aduciendo que fue APM quien no brindó un servicio idóneo al no remitir la información necesaria relacionado a las características de la operación que le permitiese organizarse a fin de enviar los camiones suficientes para el retiro de su carga.

34.- Por su parte, APM afirmó que la apelante no contó con la cantidad de unidades de transporte suficiente para atender la descarga de su mercancía, correspondiendo el cobro por la compensación de cuadrilla no utilizada.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

35.- 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.”

36.- 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”.*

37.- 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 cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (market-based approach), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (Performance-based regulation). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si

la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (output), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado.⁷

38.- 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, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

39.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios⁸, con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar la información, establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

“Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios.

(...) la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

a) Transparencia.- El Usuario debe tener **pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible** para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios (...).”

“Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) A la información

El Usuario debe recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente... Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios”.

40.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos, señala en su artículo 7 que **“es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, **comunicar** y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión”.**

41.- En los artículos 54 y 56 del mencionado Reglamento de Operaciones se establece:

“Artículo 54.- APM TERMINALS coordinará con los usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus

⁷ 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.*

⁸ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

⁹ Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 486-2011-APN/GG y sus modificatorias.

correspondientes servicios. Las empresas que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise las labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones.”

“Artículo 56.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones:

- a.- Planear e impartir las disposiciones para el desarrollo de las operaciones.
- b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.
- c.- Planear la asignación de amarraderos.
- d.- Programar al recepción y el despacho de la carga a través del sistema de citas”

42.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.

43.- Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora.

44.- El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.

45.- En este orden de ideas, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.

Sobre el cobro de la factura N° 003-0024052

46.- El artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN prescribe que en los reclamos relacionados con facturación, información e idoneidad del servicio corresponde a la Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron de conformidad con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.

47.- De acuerdo con lo expuesto anteriormente, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se alteren por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.

48.- En el caso bajo análisis, conforme se desprende de su escrito de absolución del Recurso de Apelación, APM realizó directamente la descarga de carga sólida a granel desde la nave a los vehículos de transporte terrestre que ADM ANDINA dispuso para el retiro de dicha carga del Terminal Portuario.

49.- Con relación al nivel de Servicio y productividad para la carga sólida a granel, en el Anexo 3 del Contrato de Concesión se exige que APM realice en promedio trimestral la descarga de 400 toneladas/hora¹⁰, no habiéndose fijado un nivel de servicio por operación, como si sucede en otros servicios¹¹.

50.- APM sostiene que durante la operación de descarga materia de análisis hubo un retraso de 41 horas debido a

¹⁰ Este nivel se incrementará en función a la Ejecución de la Etapa correspondiente, conforme al siguiente detalle establecido en el Numeral II del mencionado Anexo 3:

“I. Niveles de Servicio y Productividad de la Infraestructura Portuaria existente a partir de la fecha de Toma de Posesión.

(...)

g) Niveles de Servicio y Productividad para carga sólida a granel

- *400 toneladas/hora promedio trimestral para granel en general”*

¹¹ Como ejemplo de lo dicho, en el mencionado Anexo 3 del Contrato de Concesión se establece que el tiempo de inicio de descarga y de zarpe de la nave por operación individual no podrá ser mayor a treinta minutos.

la falta de vehículos de transporte que debió enviar el usuario para el retiro de su carga, por lo que el cobro del recargo por cuadrilla no utilizada estuvo justificado.

- 51.- Al respecto, como se indicó anteriormente, para la desestiba de carga sólida a granel en el Contrato de Concesión, el nivel de productividad y servicio exigido no se mide por operación, sino por promedio trimestral, el cual no debe ser menor a 400 toneladas por hora.
- 52.- Por lo tanto, el Contrato de Concesión permite a APM organizar y determinar de manera libre su capacidad de descarga en cada operación individual, y cumplir con sus obligaciones, siempre que dicha descarga no sea menor al referido promedio trimestral. Esto significa que en cada operación individual, el usuario deberá respetar el nivel de descarga decidido por APM.
- 53.- Dicho de otro modo, el establecimiento del nivel de descarga en cada operación individual es parte de la facultad de APM para organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente, según considere pertinente, de acuerdo con los recursos (operativos, humanos, financieros) con los que cuente, respetando los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico.
- 54.- Al respecto, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través de la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN indicó que para el supuesto de descarga, una vez determinada la planificación, APM debe comunicar al usuario las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), lo que le permitirá a este último, especialmente en el caso de descarga directa, calcular cuántos vehículos está obligado a enviar y con qué frecuencia con la finalidad de retirar la carga del puerto.
- 55.- En consecuencia, si bien APM tiene la facultad de determinar cuál será el nivel de descarga de mercadería a granel en cada operación individual, esta prerrogativa exige como contrapartida que informe las características de dicha operación al usuario para que este pueda organizarse y enviar los vehículos suficientes.
- 56.- Ello es concordante con lo establecido en el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹², según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 57.- En el caso de que APM no determine un nivel de descarga general y fijo para todas las operaciones, sino que más bien depende de los recursos con los que cuenta y de la organización para cada operación; entonces, de acuerdo con el Reglamento de Operaciones, la oportunidad para informar a los usuarios cuál será el volumen de descarga individual será al momento de establecer y comunicar el respectivo Plan de Operaciones.

¹² Aprobado por la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

58.- Lo indicado es coherente con el establecimiento del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, puesto que para su aplicación se requiere que se haya incumplido con el Plan de Operaciones por causas imputables al usuario.

59.- Siendo esto así, se hace necesario acreditar que el usuario conocía cuál iba a ser el nivel de descarga, a efectos de que programara qué cantidad de camiones debía llevar como mínimo para que la atención se realizara sin contratiempos. En tal sentido, en el presente caso, en aplicación del artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, correspondía a la Entidad Prestadora probar que informó del nivel de descarga al usuario al momento de determinar y comunicar o el Plan de Operaciones o en alguna de las reuniones pre-operativas que la Entidad Prestadora tuvo con el usuario.

60.- Como se ha mencionado anteriormente, a través del Oficio N° 397-15-STSC-OSITRAN se solicitó a APM remita los documentos que acrediten si habrían cumplido con informar los niveles de descarga que se realizaría por operación para la atención de la carga a granel de la apelante, referida a la nave Charmey. En virtud a ello, la Entidad Prestadora presentó la Carta N° 978-2015-APMTC/CL, la cual contiene, el plan de estiba y/o descarga de la referida nave, reiterando que con relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega los usuarios cuentan con tal información pues a través de sus agentes marítimos solicitan los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque o descarga, y agrega que la información sobre el número de jornadas que necesita cada nave para culminar las operaciones fue informada a través de su página web.

61.- Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- Si bien es posible que el “*Stowage Plan*” (Plan de estiba o desembarque) puede que sea presentado por el Agente Marítimo, en dicho documento sólo se indica la cantidad de carga que se encuentra en cada bodega de la nave, sin establecer el nivel de descarga a efectuar por parte de la Entidad Prestadora para el desembarque de dicha mercancía, pues ello es de entera discreción de APM.

- La información a la que hace alusión APM no acredita que haya informado al usuario (ADM ANDINA) las condiciones en las cuales dicha Entidad Prestadora efectuará las operaciones de desembarque a efectos de que la apelante pueda saber a ciencia cierta cuál será el nivel de descarga que por operación deberá realizar, ello con el fin de que ADM ANDINA pueda asignar de manera eficiente la cantidad de vehículos a enviar para su retiro.

- Finalmente, respecto de la programación de atraques que se encuentran en la página web de APM, cabe acotar que en dicha programación no se verifica que se consigne información referida a la cantidad de cuadrillas a utilizar, no habiéndose establecido tampoco el nivel de descarga conforme al cual se efectuará el desembarque de una determinada mercancía.

62.- Con relación a las juntas pre-operativas, APM adjunto una hoja de asistencia en la cual se observa que el agente marítimo Canopus S.A; sin embargo, en dicho documento solo se verifica las firmas de los usuarios o representantes que asistieron a dicha junta, mas no se acredita que en dichas reuniones ambas partes coordinaron respecto de las características en qué se realizaría la descarga de la mercancía de la apelante.

63.- Siendo así, de los medios probatorios presentes no se observa documento alguno que acredite que APM comunicó a ADM ANDINA cuál sería el respectivo nivel de descarga (máxime si fue la propia Entidad Prestadora quien manifestó que por lo menos se debió disponer de 88 camiones a fin de realizar una descarga de 2,647 toneladas por jornada). En tal sentido, correspondía a APM informar el referido nivel de descarga, puesto que se encuentra en mejor condición de establecer las condiciones y la forma en que realizará el desembarque de una determinada mercancía por operación.

64.- Ahora bien, APM ha señalado que es el agente marítimo el encargado de brindar las características de la mercancía a descargar, toneladas a trabajar e información referencial de la nave, hecho que supondría que todos los usuarios e intervinientes en esta operación de descarga ya contaban con la información suficiente que le permitiera establecer como sería el nivel de descarga y por ende disponer lo vehículos necesarios para su atención.

65.- Al respecto, cabe señalar que si bien los usuarios tienen pleno conocimiento de la cantidad de mercancía a descargar, ello no implica que conozcan cómo ejecutará tal operación APM, dado que aquella es la única entidad en condiciones de establecer las características de la descarga de mercancía. En efecto, APM al detentar el control y manejo de la actividad, puede establecer cuántas toneladas podrá atender y los recursos que requiere para una determinada operación.

66.- En ese sentido, la Entidad Prestadora debió brindar la información adecuada y detallada respecto de las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), a efectos de permitirle al usuario, en este caso ADM ANDINA, calcular el número de unidades vehiculares a enviar, así como la frecuencia en que debía enviarlos en un determinado lapso de tiempo.

67.- Cabe resaltar que si bien ADM ANDINA es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones, también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas de APM, empresa que finalmente conoce de antemano la prioridad, velocidad, día y hora en la que puede ser realizada la descarga.

68.- Finalmente, en cuanto a los tickets de ingreso de los camiones adjuntados por APM a fin de acreditar la falta de envío de los camiones por parte del usuario, se debe indicar que dichos medios probatorios carecen de relevancia, en la medida que ha quedado acreditado que la Entidad Prestadora no cumplió con informar el Plan de Operaciones al apelante. Por ello, mal hace APM al pretender exigir la obligación del usuario de enviar medios

de transporte para el retiro de su carga, cuando éste nunca tuvo conocimiento de las condiciones ni el momento en que debía enviar los referidos camiones.

69.- En consecuencia, no resulta razonable que APM realice un cobro por concepto de cuadrilla no utilizada al no haber informado debidamente al usuario, las obligaciones que ADM ANDINA debía de cumplir a efectos de que las operaciones de descarga no se vieran interrumpidas, omisión de información que finalmente provocó que la paralización de dichas operaciones sea atribuible a la Entidad Prestadora.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/1228-2013 y en consecuencia,

DECLARAR FUNDADO el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° 003-0024052 emitida por concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, dejando sin efecto su cobro; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa ADM ANDINA PERÚ S.R.L. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución, así como el Oficio N° 018-14-GRE-OSITRAN.

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional: www.ositran.gob.pe.

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

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

RESOLUCIÓN

Nº 196-2013-TSC-OSITRAN

APELANTE : RANSA COMERCIAL S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución Nº 1 del Expediente Nº APMTC/CS/992-2013

SUMILLA

El servicio de “Embarque/Descarga de Carga Proyecto” aplica en función a los recursos adicionales de equipos y/o cuadrilla que el terminal portuario debe proveer cuando realiza las operaciones de embarque y/o descarga de una determinada mercadería que por su peso y/o dimensiones es calificada como carga proyecto, sin perjuicio del cobro realizado por el servicio estándar.

RESOLUCIÓN Nº 3

Lima, 10 de setiembre de 2015.

VISTOS

El recurso de apelación interpuesto por RANSA COMERCIAL S.A. (en adelante RANSA o la apelante) contra la Resolución Nº 1 emitida dentro del expediente Nº APMTC/CS/992-2013 (en lo sucesivo, la resolución Nº1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 11 de octubre de 2013 RANSA presentó reclamo solicitando lo siguiente:
 - a) La devolución de la suma de US \$ 192.62 (ciento noventa y dos y 62/100 dólares de Estados Unidos de América), emitida por 31.62 toneladas de carga relacionada con el B/L N° ERI23017507, que APM cargó de forma incorrecta en la factura N° 003-0013080 correspondiente al servicio estándar de “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, en la medida que dicho servicio se encontraba incluido dentro del servicio especial denominado “Descarga de Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”, el cual fue cobrado a través de factura N° 003-0016621.
 - b) La devolución de la suma de US \$ 223.72 (doscientos veintitrés y 72/100 dólares de Estados Unidos de América), emitida por 30.25 toneladas de carga relacionada con el B/L N° 5171304500080 que APM cargó de forma incorrecta en la factura N° 003-0014266 correspondiente al servicio estándar de “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, en la medida que dicho servicio se encontraba incluido dentro del servicio especial denominado “Descarga Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”, el cual fue cobrado a través de factura N° 003-0016623.
 - c) La devolución de la suma de US \$ 506.36 (quinientos seis y 36/100 dólares de Estados Unidos de América), emitida por dos bultos de 41.79 y 40.26 toneladas, relacionados con el B/L N° UNIU963112434 que APM cargó de forma incorrecta en la factura N° 003-0018076 correspondiente al servicio estándar de “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, en la medida que dicho servicio se encontraba incluido dentro del servicio especial denominado “Descarga Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”, el cual fue cobrado a través de factura N° 003-0020116.
 - d) La anulación de la factura N° 003-0019649 emitida por el servicio estándar de “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra” de dos bultos de 41.07 y 37.70 toneladas, los cuales estarían relacionados con el B/L N° DE1334532, en la medida que el servicio de descarga de dichos bultos fue debidamente cancelado mediante factura N° 003-0020090 emitida por el servicio de “Descarga Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”, correspondiendo que efectúe únicamente el pago por el servicio de “Descarga sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra” respecto de 1 bulto de 12.20 toneladas por la suma de US \$ 75.47 (setenta y cinco y 47/100 dólares de Estados Unidos de América) y no de US \$ 561.60 (quinientos sesenta y uno y 60/100 dólares de Estados Unidos de América).

Al respecto argumentó lo siguiente:

- i.- Afirmó ser perjudicada con cobros dobles realizados por APM, sobre la carga cuyo peso excede las 35 toneladas, en la medida que, en primer lugar se emite la factura por el servicio de “Descarga sin Grúa Pórtico Carga Fraccionada – Porción Tierra” y posteriormente se factura por el “Servicio de descarga Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”.

- ii.- A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2013-CD-OSITRAN, mediante la cual se realiza la Fijación Tarifaria de tres servicios especiales a ser prestados por el Terminal Norte Multipropósito, se estableció que el servicio de “embarque y descarga de carga proyecto” incluye: i) El “servicio estándar” a la carga fraccionada: estiba/desestiba, tracción, transferencia, manipuleo, tarja y transmisión electrónica, pesaje y otros vinculados, así como su almacenamiento y, ii) el uso del equipamiento y personal adicional necesario para la movilización de la carga proyecto.
- iii.- El servicio estándar correspondiente a un bulto incluye todos los servicios descritos en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial que van desde el servicio de descarga/embarque, estiba/desestiba, servicio de manipuleo, pesaje, almacenamiento entre otros; siendo dicho concepto el que viene siendo cobrado por la Entidad Prestadora, en primer momento como servicio estándar de “Descarga Sin Grúa Pórtico Carga Fraccionada – Porción Tierra” (servicio estándar) de la totalidad de los bultos declarados; y posteriormente cobrado de manera unitaria por el “Servicio de Descarga de Carga Proyecto sin Grúa Móvil” (servicio especial).

- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 25 de noviembre de 2013, APM resolvió el reclamo presentado por RANSA, declarándolo infundado argumentando lo siguiente:

- i.- Durante los meses de junio y julio de 2013, se emitieron las facturas N° 003-0019649, 003-0018076, 003-0014266 y 003-0013080, cuyo importe total asciende a US \$ 1655.99 (mil seiscientos cincuenta y cinco y 99/100 dólares de Estados Unidos de América), por el servicio de “Descarga sin grúa Pórtico de Carga Fraccionada Porción tierra”.
- ii.- Durante los meses de julio, agosto y setiembre de 2013, se emitieron las facturas N° 003-0020090, 003-0020116, 003-0016623 y 003-0016621, cuyo importe asciende a US \$ 3 589.23 (tres mil quinientos ochenta y nueve y 23/100 dólares de Estados Unidos de América), por el servicio de “Descarga de Carga Proyecto sin Grúa Móvil”.
- iii.- Con fecha 11 de octubre de 2013, RANSA presentó su reclamo formal ante APM, aduciendo que para la descarga de su mercadería, se estaría cobrando el servicio estándar y posteriormente el servicio especial de descarga de carga proyecto, ocurriendo que en la medida que este último incluye el servicio estándar, se habría incurrido en una duplicidad de cobro.
- iv.- Desde el 22 de abril del 2013, entró en vigencia el cobro del servicio denominado “Embarque/Descarga de Carga Proyecto”, tarifa adicional al servicio estándar de carga fraccionada, cuya descripción se encuentra desarrollada en el Reglamento de Tarifas de APM.
- v.- Para el presente caso, el servicio de Descarga Sin Grúa Pórtico de Carga Fraccionada, cobrado en las facturas N° 003-0019649, 003-0018076, 003-0014266 y 003-0013080, es un servicio que se factura independientemente del servicio de Descarga de Carga Proyecto, cobrado mediante las facturas N° 003-0020090, 003-0020116, 003-0016623 y 003-0016621.
- vi.- Por lo expuesto, al no haberse incurrido en una doble facturación, corresponde que el reclamo sea declarado infundado.

3.- Con fecha 29 de noviembre de 2013 RANSA presentó su recurso de apelación contra la resolución N° 1, añadiendo lo siguiente:

i.- En el presente caso se aprecia lo siguiente:

- a) La factura N° 003-0013080 correspondiente al servicio de “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, fue emitida por un bulto de 31.62 toneladas por la suma de US \$ 192.62 (ciento noventa y dos y 62/100 dólares de Estados Unidos de América) el cual está relacionado con el BL N° ERI23017507; posteriormente, a través de la factura N° 003-0016621, APM procedió a cobrar el servicio de “Descarga de Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”, por un bulto de 40.20 toneladas y que estaba relacionado con el mismo BL, por la suma de US \$ 608.13 (seiscientos ocho y 13/100 dólares de Estados Unidos de América). Al respecto, indicó que el servicio estándar denominado “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, se debería encontrar incluido dentro del servicio de Descarga de Carga Proyecto, por lo que al haberse realizado un doble cobro, corresponde la devolución del monto ascendente a US \$ 192.62 dólares.
- b) La factura N° 003-0014266 correspondiente al servicio de “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, fue emitida por un bulto de 36.25 toneladas por la suma de 223.72 (doscientos veintitrés y 72/100 dólares de Estados Unidos de América) el cual está relacionado con el BL N° 517130450008; posteriormente, a través de la factura N° 003-0016623, APM procedió a cobrar el servicio de “Descarga de Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”, por un bulto de 36.25 toneladas y que estaba relacionado con el mismo BL, por la suma de US \$ 548.38 (quinientos cuarenta y ocho y 38/100 dólares de Estados Unidos de América). Al respecto, indicó que el servicio estándar denominado “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, se debería encontrar incluido dentro del servicio de Descarga de Carga Proyecto, por lo que al haberse realizado un doble cobro, corresponde la devolución del monto ascendente a US \$ 223.72 dólares.
- c) La factura N° 003-0018076 correspondiente al servicio de “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, fue emitida por 05 bultos de 109.87 toneladas por la suma de US \$ 678.05 (seiscientos setenta y ocho y 05/100 dólares de Estados Unidos de América) los cuales están relacionados con el BL N° UNIU963112434; posteriormente, a través de la factura N° 003-0020116, APM procedió a cobrar el servicio de “Descarga de Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”, por dos bultos de 41.79 y 40.26 toneladas los cuales estaban relacionados con el mismo BL por la suma de US \$ 1 241.22 (mil doscientos cuarenta y uno y 22/100 dólares de Estados Unidos de América). Al respecto, indicó que el servicio estándar denominado “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, se debería encontrar incluido dentro del servicio de Descarga de Carga Proyecto, por lo que al haberse realizado un doble cobro, corresponde la devolución parcial del monto que fuera cancelado con la factura N° 003-0018076, el cual ascendería a US \$ 506.36 (quinientos seis y 36/100 dólares de Estados Unidos de América), en la medida que únicamente les correspondía pagar por el servicio estándar por 6 de los 8 bultos facturados.

d) Finalmente, la factura N° 003-0019649 correspondiente al servicio de “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, fue emitida por 3 bultos de 91.00 toneladas por la suma de US \$ 561.60 (quinientos sesenta y uno y 60/100 dólares de Estados Unidos de América) los cuales estaban relacionados con el BL N° DE1334532; posteriormente, a través de la factura N° 003-0020090, APM procedió a cobrar el servicio de “Descarga de Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”, por dos bultos de 41.07 y 37.70 toneladas, los cuales estaban relacionados con el mismo BL, por la suma de US \$ 1 191.50 (mil ciento noventa y uno y 50/100 dólares de Estados Unidos de América). Al respecto, indicó que el servicio estándar denominado “Descarga Sin Grúa Pórtico – Carga Fraccionada Porción Tierra”, se debería encontrar incluido dentro del servicio de Descarga de Carga Proyecto, por lo que al haberse realizado un doble cobro, corresponde la devolución parcial del monto que fuera cancelado con la factura N° 003-0019649, en la medida que únicamente les correspondía pagar por el servicio estándar por 1 de los 3 bultos facturados, es decir, US \$ 75.47 (setenta y cinco y 47/100 dólares de Estados Unidos de América) de los US \$ 561.60 dólares facturados.

ii.- Tal como lo señala la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2013-CD-OSITRAN, mediante la cual se realiza la Fijación Tarifaria de tres servicios especiales a ser prestados por el Terminal Norte Multipropósito, el servicio de “embarque y descarga de carga proyecto” incluye: i) El “servicio estándar” a la carga fraccionada: estiba/desestiba, tracción, transferencia, manipuleo, tarja y transmisión electrónica, pesaje y otros vinculados, así como su almacenamiento y, ii) el uso del equipamiento y personal adicional necesario para la movilización de la carga proyecto.

iii.- Conforme a lo expuesto, se aprecia que en las facturas impugnadas, APM facturó por duplicado el servicio estándar, pues para el caso del “Servicio Especial de Embarque/Descarga de Carga Proyecto”, tal servicio estándar se encontraba incluido dentro del servicio especial.

4.- El 20 de diciembre de 2013, 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 que declaró infundado el reclamo presentado, agregando lo siguiente:

i.- Con fecha 22 de abril de 2013, entró en vigencia el servicio de “Embarque/Descarga de Carga Proyecto”, cuya descripción se encuentra señalada en el Reglamento de Tarifas y Tarifario de APM, el mismo que textualmente señala lo siguiente:

“7.1.2.3 Servicios Especiales para Carga Fraccionada – En función a la Carga (Sección 2.3 del tarifario)
7.1.2.3.1 Carga especial (Numeral 2.3.1 del tarifario)

Aplican los siguientes servicios:

Desembarque/embarque de carga proyecto sin grúa móvil.- Servicio que consiste en abastecer de equipos y/o cuadrillas especiales para las operaciones de embarque/desembarque de carga proyecto (carga fraccionada con sobrepeso o sobredimensionado). En este caso no se proveerá de grúas móviles para el embarque o descarga. La carga de proyecto es aquella que por unidad cuenta con un peso mayor a las 35 toneladas o una dimensión mayor a los 50 m3. La tarifa por este servicio será facturado por la unidad de cobreo mayor, sea en tonelada o m3.”

ii.- En el mismo sentido que el punto anterior, los incisos 2.3.1.1 y 2.3.1.2 del Tarifario de APM vigente a partir del 22 de abril de 2013, señalan que el servicio de embarque/desembarque de Carga Proyecto resulta:

“Sección 2.3 Servicios Especiales para Carga fraccionada – En función a la carga

2.3.1.1 Desembarque/ Embarque de carga de proyecto sin grúa móvil*

2.3.1.2 Desembarque/ Embarque de carga de proyecto con grúa móvil*

*Aplicable a toda carga que no pueda movilizarse por sus propios medios y que sea superior a las 35 toneladas de peso o los 50 m3 de volumen por unidad. Se aplicará como unidad de cobro la que resulte mayor entre el tonelaje o la dimensión en m3.

La tarifa será cobrada al consignatario de la carga a menos que el contrato de transporte marítimo indique lo contrario.”

iii.- Asimismo, la tarifa especial del “Servicio de Embarque/Desembarque de Carga Proyecto sin Grúa Pórtico,” servicio adicional al “Servicio Estándar de Descarga de Carga Fraccionada,” se aplica en función a los recursos adicionales, de equipos y/o cuadrilla que APM debe proveer cuando realiza las operaciones de embarque y/o descarga de una determinada mercadería, que por su tamaño y dimensiones es considerada como carga proyecto.

iv.- Siguiendo lo antes expuesto, se aprecia lo siguiente:

Autorización	Manifiesto	Factura servicio Estándar	Factura Carga Proyecto	Bultos Controlados	Peso Bultos	Peso factura Carga Fraccionada	Peso Factura Carga Proy
12 667	2013-1064	002-0013080	002-0016621	1	40.2	31.82	40.2
13 207	2013-1234	002-0014266	002-0016623	1	36.25	36.25	36.25
16 344	2013 - 1459	002-0019679	002-0020090	3	37.7	91	78.77
					12.23		
					41.07		
15 601	2013-1357	002-0018076	002-0020116	5	40.26	109.87	82.05
					41.79		
					10.02		
					4.27		
					13.53		

v.- De la información consignada, se puede apreciar que APM únicamente ha considerado para la emisión de las facturaciones por el servicio de “Descarga de Carga Proyecto,” la mercadería que por su peso y características califica como tal, más no el total de la mercancía que considera cada autorización de retiro.

vi.- Por su parte, para la emisión de las facturas por el servicio de “Descarga de carga Fraccionada - Porción Tierra,” se ha considerado el total de la mercadería controlada en cada uno de los tickets emitidos, por cada una de las autorizaciones solicitadas por RANSA.

vii.- En ese sentido, no existe duplicidad en el cobro del servicio conforme lo señala RANSA, por cuanto las facturas N° 003-0013080, 003-0014266, 003-0018076 y 003-0019649, fueron emitidas por el servicio de Descarga Sin Grúa Pórtico de 31.820, 36.250, 109.87 y 91.00 toneladas de Carga Fraccionada - Porción Tierra, servicio estándar que APM brindó a la totalidad de la mercancía que RANSA solicitó descargar; mientras que las facturas N° 003-0016621, 003-0016623, 003-0020116 y 003-0020090, fueron emitidas por el servicio especial que APM brindó a la mercadería que por su peso, es considerada como carga proyecto, en ambos casos, para las operaciones de las naves Tomar, Aragonborg, Grand Dahlia y Torino.

viii.- Sin perjuicio de lo indicado, agregó que en la factura N° 002-0013080 se ha considerado el peso de 31.820 toneladas, cuando correspondía que la misma sea emitida de acuerdo con el peso controlado de la mercadería, esto es 40.2 toneladas, por lo que corresponde que la misma sea emitida teniendo en cuenta el peso controlado de la mercadería, considerando adicionar 8.38 toneladas, es decir un importe total de US \$ 42.98 (cuarenta y dos y 98/100 dólares de Estados Unidos de América).

ix.- Dado lo expuesto, queda claro que las facturas impugnadas N° 002-0013080, 002-0014266, 002-0019679 y 002-0018076 han sido emitidas por un concepto distinto al de “Descarga de Carga Proyecto,” cumpliéndose con lo dispuesto en el reglamento de Tarifas y de Política Comercial de APM.

5.- Mediante la Resolución N° 1 de fecha 15 de mayo de 2014, el TSC suspendió la tramitación del presente proceso, en la medida que en el presente caso, resultaba necesario obtener la opinión del área técnica que participó en el proceso de fijación de tarifa del servicio especial denominado “Descarga carga proyecto sin Grúa móvil,” la cual ha sido requerida a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del OSITRAN, a fin de que aquella sirva precisar cuál fue la metodología y los criterios empleados al momento de realizar el cálculo tarifario mencionado y si su cobro se adiciona o se descuenta al pago por concepto de servicio estándar.

6.- Sobre el particular, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, a través de Informe N° 016-2014-GRE-OSITRAN del 6 de junio de 2014, remitió su pronunciamiento respecto de la consulta formulada, por lo que a través de proveído N° 1 del 18 de agosto de 2015, se levantó la suspensión del presente proceso a efectos de emitir el pronunciamiento correspondiente.

7.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 28 de agosto de 2015, no pudiéndose arribar a un acuerdo debido a la inasistencia de la Entidad Prestadora. El 31 de agosto de 2015, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de los representantes de la apelante, quienes realizaron el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8.- Son cuestiones en discusión:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto por RANSA.
- ii.- Determinar, de ser el caso, si es procedente realizar el cobro por el servicio especial de descarga de carga proyecto, como un servicio adicional al servicio estándar.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

9.- Del análisis del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento por parte de RANSA, por el supuesto doble cobro realizado sobre la misma mercadería respecto de los servicios de “Descarga Sin Grúa Pórtico-Carga Fraccionada Porción Tierra” y “Descarga Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”; situación que se encuentra prevista como supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.1 del Reglamento de Reclamos de APM¹ 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.

¹ **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.

1.5.3.3 Daños o pérdidas en perjuicio de los USUARIOS, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de APM TERMINALS CALLAO S.A., vinculados con los servicios proporcionados por la entidad, y que derivan de la explotación de la INFRAESTRUCTURA”

² **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN**

“Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

g) Las que tengan relación con defectos en la información proporcionada a los usuarios, respecto de las tarifas o condiciones del servicio; o información defectuosa”

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”.

10.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁵, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

11.- Por su parte, el artículo 28 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN dispone que los plazos se computan conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), el cual dispone que el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto.

12.- En la misma línea, el numeral 1 del artículo 134 de la LPAG dispone que cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio y los feriados no laborables de orden nacional o regional⁶. En virtud a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.

13.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

i.- La resolución N° 1 de APM materia de impugnación fue notificada a RANSA el 25 de noviembre de 2013.

ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que RANSA interponga su recurso de apelación fue el 16 de diciembre de 2013.

iii.- RANSA presentó su recurso administrativo el 29 de noviembre de 2013, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.

⁴ **Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN.**

“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 **Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN**

“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 **LPAG**

“Artículo 134.- Transcurso del Plazo

134.1 Cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional. (...)”

14.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁷, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por un servicio prestado por APM.

15.- 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 LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

16.- El artículo 35º del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM establece que: “El concesionario percibirá como compensación por las obras y servicios que explote, la tarifa, precio, peaje, u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, así como los beneficios adicionales expresamente convenidos en el contrato tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad y otros. El contrato de concesión establecerá en su caso, los mecanismos que aseguren al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones, de acuerdo con la naturaleza de la concesión. El concesionario no podrá establecer exenciones en favor de usuario alguno.”

17.- De acuerdo con el Contrato de Concesión, APM presta dos clases de servicios portuarios: estándar y especial.

18.- Al respecto, 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 fraccionada⁸.

19.- Adicionalmente, la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

⁷ Ley N° 27444

“Artículo 209.- 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.”

⁸ 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.

En el caso de la carga fraccionada, el Servicio Estándar incluye:

- i) El servicio de descargue/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 verificación de la carga para la tarja, incluyendo la transmisión electrónica de la información;

v) El servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información; y

vi) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y 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.

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.”

“8.20. SERVICIOS ESPECIALES

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.”

20.- Ahora bien, el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN (RETA), define a la tarifa como “(...) la contraprestación monetaria que se paga por la prestación de los servicios derivados de la explotación de infraestructura de Transporte de Uso Público. Su denominación puede ser también tasa, peaje u otro equivalente, siempre que responda a dicha naturaleza.”

21.- Asimismo, el artículo 10º del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN (RETA), establece que la prestación de servicios derivados de la explotación de infraestructura estará sujeta a los siguientes regímenes tarifarios:

“Artículo 10.- Regímenes tarifarios

La prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público podrá estar sujeta a los siguientes regímenes tarifarios:

1. Régimen tarifario supervisado.- Régimen tarifario bajo el cual las Entidades Prestadoras pueden establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios que presten en condiciones de competencia en los mercados respectivos.

Este régimen tarifario es aplicable de manera general a la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, sin perjuicio de la aplicación del régimen tarifario regulado, de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.

2. Régimen tarifario regulado.- Régimen tarifario bajo el cual las Entidades Prestadoras pueden establecer y modificar libremente las Tarifas de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, sin exceder las Tarifas Máximas que hayan sido fijadas en sus respectivos contratos de Concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por OSITRAN, conforme a lo establecido en el presente Reglamento.

Este régimen es aplicable de manera exclusiva a la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público por parte de las Entidades Prestadoras, en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado. Dicho régimen es aplicable, sin perjuicio de la aplicación de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.”

22.- En el presente caso, tenemos que a través de resolución N° 011-2013-CD-OSITRAN del 25 de marzo de 2013, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó, entre otros, la fijación tarifaria del Servicio Especial denominado “Embarque/Descarga de Carga Proyecto”, a ser prestados en el Terminal Norte Multipropósito del Callao”, disponiendo la aplicación

de las siguientes tarifas:

“SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Determinar las Tarifas Máximas de 03 Servicios Especiales, prestados en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao: (i) servicio de re-estiba de carga rodante, en sus dos modalidades (vía nave y vía muelle); (ii) servicio de re-estiba de carga fraccionada, en sus dos modalidades (vía nave y vía muelle); y, (iii) servicio de embarque/descarga de carga proyecto, conforme al siguiente detalle:

Servicio	Estructura Tarifaria	Unidad de cobro	Nivel tarifario
Re-estiba carga rodante			
Vía nave	A la nave	t	USD 2,93
Vía muelle	A la nave	t	USD 5,13
Re-estiba carga fraccionada			
Vía nave	A la nave	t	USD 3,18
Vía muelle	A la nave	t	USD 4,08
Servicio especial por embarque / descarga de carga de proyecto			
Con grúa móvil		t o m ³	USD 13,59
Sin grúa móvil		t o m ³	USD 12,80

23.- Se debe precisar que la mercadería (bultos) calificada como carga proyecto a diferencia de la mercadería (bultos) calificada como carga fraccionada, se caracteriza por tener grandes dimensiones y/o pesos, lo cual implica un tratamiento especial a través de la utilización de un mayor número de estibadores y equipamiento complementario.

24.- En cuanto a las dimensiones y/o pesos que debe tener una mercadería para ser calificada como como carga proyecto, la referida Resolución de Consejo Directivo N° 011-2013-CD-OSITRAN, estipuló que se considerará como carga proyecto, aquella que supere las 35 toneladas de peso o sus dimensiones sean superiores a 50 m3, caso contrario será atendida como carga fraccionada.

25.- Asimismo, en la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2013-TSC-OSITRAN, se señaló que el equipamiento y personal adicional para atender la carga de proyecto son utilizados únicamente en las actividades

de estiba/deseestiba, esto es, que los costos adicionales por dicho servicio especial, únicamente afectarán a la tarifa en la “porción nave”, según se indica a continuación:

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

(i) Estructura tarifaria

29. Para determinar la estructura tarifaria de la tarifa a la carga de proyecto hay que determinar qué parte del incremento de los costos corresponde a la “porción nave” y a la “porción tierra”.

30. APMT precisa en su propuesta tarifaria, que el equipamiento y personal adicional para atender la carga de proyecto son utilizados únicamente en las actividades de estiba/deseestiba. Según lo manifestado por APMT en su propuesta tarifaria, para la atención a la carga de proyecto no se incurre en otros costos adicionales.

31. En ese sentido, teniendo en cuenta lo antes mencionado, el costo correspondiente al equipamiento y personal adicional requerido para la movilización de la carga de proyecto (cálculo que es materia del presente procedimiento) correspondería a la “porción nave” de la tarifa.”

26.- Es así que en virtud de la referida resolución, con fecha 22 de abril de 2013 entró en vigencia el cobro por el servicio especial denominado “Embarque/Descarga de Carga Proyecto”, el cual de conformidad con el tarifario de APM versión 2.0, constituye una tarifa adicional al “Servicio Estándar de Descarga de Carga Fraccionada”, cuya descripción se encuentra en el Reglamento de Tarifas de APM. Al respecto, el numeral N° 7.1.2.3.1, lo describe de la siguiente forma:

“7.1.2.3.1 Carga especial (numeral 2.3.1 del tarifario)

Aplican los siguientes servicios:

Servicio que consiste en abastecer de equipos y/o cuadrillas especiales para las operaciones de embarque/deseembarque de carga proyecto (carga fraccionada con sobrepeso o sobredimensionado). En este caso no se proveerá de grúas móviles para el embarque o descarga. La carga de proyecto es aquella que por unidad cuenta con un peso mayor a las 35 toneladas o una dimensión mayor a los 50 m3.

La tarifa por este servicio será facturado por la unidad de cobro mayor, sea en tonelada o m3”

27.- Asimismo, los incisos 2.3.1.1 y 2.3.1.2 del tarifario de APM; señalan lo siguiente:

“Aplicable a toda la carga que no pueda movilizarse por sus propios medios y que sea superior a las 35 toneladas de peso o los 50 m3 de volumen por unidad. Se aplicará como unidad de cobro la que resulte mayor entre el tonelaje o la dimensión en m3.

La tarifa será cobrada al consignatario de la carga a menos que el contrato de transporte marítimo indique lo

contrario.”

28.- En tal sentido, se observa que la tarifa especial de “Embarque/Descarga de Carga Proyecto” aplica en función a los recursos adicionales de equipos y/o cuadrilla, que APM debe proveer cuando realiza las operaciones de embarque y/o descarga de una determinada mercadería que por su peso y/o dimensiones es calificada como carga proyecto.

29.- En el presente caso, APM emitió las facturas de acuerdo al siguiente detalle⁹:

Nave	Factura servicio Estándar	Factura Carga Proyecto	Bultos Controlados	Peso Bultos (Toneladas)	Peso factura Carga Fraccionada (toneladas)	Peso Factura Carga Proyecto (toneladas)
Tomar	002-0013080	002-0016621	1	40.2	31.82	40.2
Aragorn Borg	002-0014266	002-0016623	1	36.25	36.25	36.25
Torino	002-0019649	002-0020090	3	37.7	91	78.77
				12.23		
				41.07		
Grand Dahlia	002-0018076	002-0020116	5	40.26	109.87	82.05
				41.79		
				10.02		
				4.27		
				13.53		

30.- Debe precisarse que en el caso en cuestión, la apelante no reclama el cobro realizado por APM correspondiente al servicio especial denominado “Descarga de Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”; sino que su reclamo radica en que, a criterio de RANSA, APM estaría realizando un doble cobro en la medida que por el mismo bulto, APM estaría facturando el servicio estándar denominado “Descarga sin Grúa Pórtico de Carga Fraccionada” y, de manera adicional a ello, el servicio especial denominado “Descarga de Carga Proyecto Sin Grúa Móvil”.

31.- RANSA agregó que la tarifa por el servicio especial denominado “Embarque/Descarga de Carga Proyecto”, aprobado a través de resolución del Consejo Directivo N° 011-2013-CD-OSITRAN, incluye la tarifa por el servicio estándar de “Descarga sin Grúa Pórtico de Carga Fraccionada”, razón por la cual, considera que APM debe devolver el monto pagado por el mencionado servicio estándar correspondiente a las toneladas por las cuales se pagó el servicio especial de “Descarga de Carga Proyecto”.

⁹ Cabe indicarse que APM ha señalado que en la factura N° 002-0013080, emitida por el servicio de “Descarga de Carga Fraccionada – Porción Tierra”, se ha considerado erróneamente el peso de 31.82 toneladas, siendo que la misma deberá de emitirse nuevamente considerando el peso controlado de la mercadería, esto es 40.2 toneladas

32.- Sobre el particular, cabe indicar que en la exposición de motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2013-CD-OSITRAN, se establece literalmente lo siguiente:

“El servicio de embarque/descarga de carga proyecto incluye:

- El servicio estándar a la carga para carga fraccionada: estiba/desestiba, tracción o transferencia, manipuleo, tarja y su transmisión electrónica, pesaje y otros vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables (cláusula 8.19), así como su almacenamiento.
- El uso del equipamiento y personal adicional necesario para la movilización de la carga de proyecto (cadenas, estrobos, grilletes y spreader, entre otros).”

33.- Asimismo, en la exposición de motivos de la referida resolución se establece lo siguiente:

“El servicio de embarque/descarga de carga proyecto es prestado a aquella carga fraccionada que se caracteriza por tener grandes volúmenes o dimensiones. Incluye el servicio estándar para carga fraccionada, así como la utilización de equipamiento y personal adicional que permita la movilización de este tipo de carga sobredimensionada.”

34.- Por su parte, el Informe de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos N° 018-14-GRE-OSITRAN, estableció lo siguiente:

(...)

5. De acuerdo a lo señalado en el Informe de Fijación de Tarifa Máxima por la Prestación del Servicio Especial de Embarque/descarga de carga proyecto en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao – Versión 2.0 (en adelante, el Informe GRE), el servicio especial incluye el servicio estándar para carga fraccionada, así como la utilización de equipamiento (cadenas, estrobos, grilletes, spreader, entre otros) y personal adicional que permita la movilización de este tipo de carga sobredimensionada.

6. En el Informe GRE se menciona también que APMT precisó en su propuesta tarifaria que los únicos costos adicionales en los que se incurre para la atención de carga proyecto son equipamiento y personal adicional, los cuales son utilizados únicamente en las actividades de estiba/desestiba. En tal sentido, los costos adicionales que se atribuyen al servicio especial corresponden a la “porción nave” de la tarifa.

(...)

10. Considerado todo lo anterior, la tarifa estimada es una tarifa adicional a la porción nave de la tarifa del servicio estándar a la carga fraccionada, la cual podrá ser cobrada a la nave o al usuario, según los términos de contratación acordados por las partes en el contrato de transporte marítimo.”

- 35.- De los párrafos reseñados, se aprecia que estos no hacen referencia a que por el hecho de pagar por 1 bulto de más de 35 toneladas de peso, el servicio especial de “Descarga de Carga Proyecto,” no corresponda realizar el pago del servicio estándar de “Descarga de Carga Fraccionada” por ese mismo bulto, conforme a la tesis defendida por RANSA.
- 36.- Por el contrario, de la exposición de motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2013-CD-OSITRAN, se verifica que la misma distingue el servicio de “Embarque/Descarga de Carga Proyecto,” que incluye el uso de equipamiento y personal adicional necesario para la movilización de la carga proyecto (cadenas, estrobos, grilletes y spreader, entre otros); del servicio estándar, siendo tales servicios prestaciones distintas.
- 37.- En efecto, se indica de manera expresa que el “Servicio de Embarque/Descarga de Carga Proyecto” es prestado para atender la carga fraccionada caracterizada por tener grandes volúmenes o dimensiones, e incluye equipamiento y personal adicional que permita la movilización de ese tipo de carga sobredimensionada; de lo que se verifica que la “Descarga de Carga Proyecto” constituye un servicio adicional al Servicio Estándar “Descarga de Carga Fraccionada.”
- 38.- En ese sentido, aplicando el criterio señalado al presente caso, correspondía que RANSA pagara tanto las facturas correspondientes al cobro por el servicio estándar de descarga de carga fraccionada, como las facturas correspondientes al cobro por el servicio de carga proyecto, por el uso de equipamiento y personal adicional dado al gran peso de los bultos relacionados con aquellas.
- 39.- Siendo así, los cobros realizados por APM a RANSA en el presente caso, no resultan indebidos, por lo que corresponde confirmar la resolución recurrida.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el Expediente N° APMTC/CS/992-2013, que declaró infundado el reclamo presentado por RANSA COMERCIAL S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de las facturas N° 003-0019649, 003-0018076, 003-0014266 y 003-0013080, emitidas por el servicio de Descarga Sin Grúa Pórtico Carga Fraccionada – Porción Tierra; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa RANSA COMERCIAL S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional: www.ositran.gob.pe.

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

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

RESOLUCIÓN

Nº 229-2014-TSC-OSITRAN

APELANTE : MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERÚ S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución Nº 1 emitida en el expediente Nº APMTC/CL/840-2014

SUMILLA

No corresponde amparar el reclamo por concepto de servicio de Uso de Área Operativa en los casos en los que el Agente Marítimo no acredite la existencia de circunstancias imputables o atribuibles a la Entidad Prestadora que hayan propiciado la permanencia de la carga por un periodo superior al de libre almacenamiento.

RESOLUCIÓN Nº 2

Lima, 18 de noviembre de 2015.

VISTOS

El recurso de apelación interpuesto por MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERÚ S.A.C. (en adelante, MEDITERRANEAN o la apelante) contra la Resolución Nº 1 emitida dentro del expediente Nº APMTC/CL/840-2014 (en lo sucesivo, la Resolución Nº 1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 13 de agosto de 2014, MEDITERRANEAN interpuso reclamo ante APM solicitando la anulación de 08 facturas, emitidas por concepto de Uso de Área Operativa – Exportación e Importación de contenedores, conforme al siguiente detalle:

Expediente	Factura N°	Servicio	Nave
229-2014-TSC-OSITRAN	002-0101752	Uso de área Operativa - Exportación	MSC FEDERICA
	002-0101533	Uso de área Operativa - Importación	
	002-0101016	Uso de área operativa- Exportación	MN MSC KIM
	002-0100336	Uso de área operativa- Exportación	MN MSC ROMANOS
	002-0102222	Uso de área operativa- Exportación	MN MSC LORENA
	002-0103172	Uso de área operativa- Exportación	MN BRASILIA
	002-0104482	Uso de área operativa- Exportación	MN HS HUMBOLDT
	002-0105533	Uso de área operativa- Importación	MN MSC FLORIDA

Afirmó que no procede el cobro en la medida que se ingresó la carga dentro de los plazos establecidos por la propia Entidad Prestadora.

- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 02 de septiembre de 2014, APM resolvió el reclamo presentado por MEDITERRANEAN, declarándolo i) infundado respecto de 03 facturas: N° 002-0103172, 002-0101016 y 002-0101752; y, ii) fundado en parte en el extremo correspondiente a 05 facturas: N° 002-0104482, 002-0102222, 002-0100336, 002-0105533 y 002-0101533, en base a los siguientes argumentos:
- i.- Con fecha 13 de agosto de 2014 de 2014, MEDITERRANEAN solicitó la anulación del cobro de 08 facturas, cuyo importe total asciende a US \$ 2, 721.88 (Dos Mil, Setecientos Veinte y Uno y 88/100 Dólares de los Estados Unidos de América), correspondientes al servicio de Uso de Área Operativa – Contenedores de Exportación e Importación, argumentando que su carga fue ingresada dentro de los plazos establecidos por APM.

- ii.- De acuerdo a la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el servicio estándar, tanto en el caso del embarque como el de descarga de mercadería, incluye un período de permanencia de la carga en el almacén del Terminal Portuario libre de pago, así como de cualquier cargo por gasto administrativo, operativo u otro que implique la prestación del servicio estándar.
- iii.- Asimismo, la cláusula citada establece que dicho período se computará desde que la nave ha terminado la descarga o una vez que la carga ingrese en el patio del Terminal Portuario para su posterior embarque, siendo el mismo de 48 horas para el caso de la carga contenedorizada.
- iv.- En virtud de lo expuesto, el cálculo del período de libre almacenaje, para el caso de contenedores de embarque, se debe considerar desde que éstos ingresan al patio del Terminal Norte Multipropósito de APM hasta su posterior embarque en la nave correspondiente, mientras que para el caso de descarga, dicho plazo se computará desde el término de la descarga de la Nave.
- v.- Con relación al cómputo de los días, si bien el Código Civil señala las reglas básicas de la forma en que deberá de realizarse (como por ejemplo que se cuenta de medianoche a medianoche, lo que implica que un día podría ser de 24 horas o una fracción y que el plazo se cuenta desde el día siguiente, es decir, no incluye el día inicial y sí el final), también se ha establecido que las partes definirán dichas reglas.
- vi.- Siendo esto así, el numeral 3.3.3 del Reglamento de Tarifas señala expresamente que toda fracción de día se considera como un día completo. Por tanto, en caso la carga de un usuario se encuentre depositada un par de horas en el Terminal Portuario o todo un día completo (24 horas), APM tendrá el derecho a cobrar el monto aplicable a la permanencia de dicha carga en el puerto, sobre todo si la estancia de aquella ha excedido el período de libre almacenamiento comprendido dentro del servicio estándar.
- vii.- Con relación a las facturas declaradas infundadas, señaló que de las siguientes 03 facturas: N° 002-0103172, 002-0101016 y 002-0101752 han sido correctamente cobradas, en la medida que fueron emitidas de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial, así como en el Tarifario versión 2.6 y 3.0 vigentes a la prestación del servicio.
- viii.- Respecto a las facturas declaradas fundadas en parte, señaló que las siguientes 05 facturas: N° 002-0104482, 002-0102222, 002-0100336, 002-0105533 y 002-0101533, contienen errores en el cálculo de días de utilización del servicio de Uso de Área Operativa en algunos de sus contenedores, correspondiendo devolver al usuario los montos respectivos por cada una de las facturas antes descritas.

¹ "Cut Off": Tiempo máximo, como límite en el que las unidades /equipos podrán entrar a la zona de stacking a fin de completar el embarque hacia la nave programada. Véase esta definición en http://www.mscolivia.com/es/our_services/used_terms.html.

3.- Con fecha 17 de septiembre de 2014, MEDITERRANEAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, argumentando lo siguiente:

- i.- La cláusula 8.19 del Contrato de Concesión dispone que APM presta directamente los servicios de embarque y descarga de contenedores, los cuales forman parte del denominado servicio estándar, en virtud de ello, la Entidad Prestadora puede controlar y determinar el tiempo de permanencia de la carga de exportación en el Terminal Portuario. Asimismo, de conformidad con el numeral 1.5.13 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM (en adelante Reglamento de Tarifas de APM), esta tiene plena libertad para fijar el cut off¹, el cual establece la fecha y hora límite que la carga puede ser recibida por el puerto para su posterior embarque en la nave correspondiente.
- ii.- El artículo 2.1.1 del Reglamento de Tarifas de APM establece que la prestación del servicio estándar por parte de APM comprende todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. Consideran que APM no puede cobrar por un supuesto servicio de uso de área operativa cuya generación le es imputable, pues de lo contrario, incurriría en un Abuso de Derecho.
- iii.- Agregó que los cálculos realizados por APM en relación a las facturas materia de reclamo para el cobro de uso de área operativa, deben ser reformulados conforme a lo señalado en el numeral 8.19 del Contrato de Concesión y al Oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN, el cual en el inciso d) especifica lo siguiente, en relación a la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión:

“...Tal y como lo determina la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el cálculo del plazo de permanencia del contenedor en almacén empezará una vez terminada la descarga o cuando la totalidad de la carga ingrese al área operativa, es decir, el tiempo libre de almacenaje se contabilizará desde que la nave ha terminado la descarga total de contenedores o una vez que el último contenedor ingrese en el patio del Terminal para su posterior embarque.”

- iv.- Pese a lo expuesto, APM considera que el cómputo del plazo se inicia desde que el camión pasa por la balanza del terminal, cuando el plazo debería computarse desde su ingreso al patio, el cual es un momento posterior y distinto que se configura cuando se producen las siguientes condiciones: a) cuando el contenedor es derivado al área de Stacking, en la cual el contenedor es apilado sobre otros y organizado para su recojo por el camión que lo lleva a la grúa pórtico del puerto y lo embarca; y, b) cuando el contenedor haya sido acomodado y organizado por la Entidad Prestadora de forma tal que se encuentre listo para su embarque, por lo que sólo a partir de dicho momento se podría considerar que el referido contenedor está en “patio para su posterior embarque.”

v.- Finalmente, debe tenerse en consideración que al contarse el plazo de 48 horas desde que el contenedor ingresa al terminal, la carga se encuentra bajo la gestión operativa de APM y por ello, corresponde al usuario el pago de la tarifa correspondiente al servicio estándar. Sin embargo, al computarse el plazo a partir de dicho momento, se estaría generando un incentivo para que la Entidad Prestadora no realice un manejo eficiente de la carga, pues mientras más tiempo permanezca la carga en el puerto, mayores ingresos percibirán por uso de área operativa.

vi.- En atención a lo expuesto solicitaron que el correo electrónico de fecha 03 de abril de 2013, enviado por el Supervisor de Planeamiento de Operaciones de APM a la Línea Naviera MSC Perú, sea tomado en cuenta en virtud del Principio de Verdad Material, ya que en él se admite que la ubicación de la carga “en patio” es distinta al momento de ingreso de la carga al Terminal.

4.- El 02 de octubre de 2014, 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, añadiendo lo siguiente:

i.- De una lectura integral de las cláusulas del Contrato de Concesión, se puede determinar que las partes han establecido claramente la manera en que se realiza el cómputo del plazo libre de pago. El cual se efectuará de la siguiente manera:

- Para la descarga: El plazo se cuenta desde el momento en que termina la descarga (incluye el día inicial) hasta el tercer o quinto día calendario.
- Para el embarque: El plazo se cuenta desde el momento en que la carga ingresa en el patio del Terminal Portuario (incluye el día inicial) hasta el tercer o quinto día calendario máximo en que se embarque la carga (incluye el día final).

ii.- Siendo ello así, de acuerdo con el numeral 7.1.3.2.1 del Reglamento de Tarifas de APM, el tiempo libre se computa desde el fin de la descarga total de la nave o una vez que el contenedor ingrese al patio del Terminal Portuario. Asimismo, establece expresamente que el servicio de uso de área operativa será facturado del día 3 al 6, por día o fracción de éste.

-
- iii.- De acuerdo con el Tarifario de APM, éste realiza el cobro por día o fracción en función a los TEU² con los que cuenta la carga, es decir la Entidad Prestadora no realiza dicho cobro necesariamente en función a la permanencia de la mercadería de un usuario en el puerto por un día completo (24 horas), puesto que el Reglamento de Tarifas lo autoriza a cobrarlo por una fracción de aquella.
 - iv.- Señaló que las empresas navieras son las principales interesadas y supervisoras de que las operaciones de embarque se realicen en el menor tiempo posible, cuestionando de qué manera podría retrasar APM las operaciones de embarque y descarga en general, si son las propias líneas navieras las que se encargan de verificar el cumplimiento de los planes de embarque que ellas mismas aprueban.
 - v.- Asimismo, manifestó que el Stacking y el Cut Off son programados en base a la información que le es proporcionada por el Agente Marítimo de la nave, quién es el encargado de comunicar al Administrador Portuario, con una anticipación de 72 horas al arribo de la nave a su cargo, la hora y fecha de arribo, calado, tipo de operación, así como la información preliminar correspondiente a la carga y descarga, de conformidad con el artículo 33 del Reglamento de Operaciones de APM.
 - vi.- Por otro lado, el Agente Aduanero o el Depósito Extraportuario, son los encargados de gestionar la Autorización de Embarque Directo, la cual les permite a los contenedores ingresar al Terminal para su posterior embarque, en virtud de lo cual, en caso los contenedores permanezcan más de 48 horas en el Terminal Portuario (período correspondiente al libre almacenaje), los responsables de asumir el pago por la prestación del servicio de uso de área operativa serán quienes figuran como solicitantes de la mencionada Autorización de Embarque.
 - vii.- Dado lo expuesto, las facturas impugnadas tienen como base fundamental la prestación efectiva del servicio por el uso de área operativa; es decir, se está realizando el cobro por un servicio efectivamente brindado a favor de la apelante.
 - viii.- Finalmente, señaló que el correo electrónico enviado por el señor Sergio Vigil (supervisor del área de planeamiento de APM), dirigido al señor Daniel Borbor, representante de MEDITERRANEAN, no tiene relación con los hechos materia del presente reclamo (uso de área operativa), en la medida que dicho mensaje se refirió a cobros por cambio de estatus y derechos de embarque.
- 5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, las partes no asistieron a la audiencia de conciliación convocada para el 29 de setiembre de 2015. El 30 de setiembre de 2015, se convocó la audiencia de vista, sin la asistencia de ninguna de las partes, quedando la causa al voto.

6.- El 05 de octubre de 2015, APM presentó alegatos finales, señalando lo siguiente:

- i. Considera que el servicio prestado a la mercancía a cargo de la reclamante, se realizó para el embarque (exportación) y para la descarga de la misma (importación), por lo que pudo permanecer libre de pago en las instalaciones del Terminal Norte desde su ingreso hasta las 48 horas posteriores. Pasado este plazo cuenta con el derecho de realizar el cobro correspondiente al Servicio Especial de Uso de Área Operativa, tal como lo ha reconocido el Tribunal de Solución de Controversias en el Expediente N° 115-2013-TSC-OSITRAN.
- ii. APM realiza el embarque de contenedores de acuerdo a los planes de embarque que aprueba el representante de la línea naviera, es decir el agente marítimo, que en el presente caso fue precisamente MEDITERRANEAN quien actuó como línea naviera y agente marítimo a la vez – en gran parte de las naves cuyas operaciones son objeto de revisión, por lo que con la información provista por la apelante, procedieron a programar las operaciones de descarga de cada nave.
- iii. Las líneas navieras y los agentes marítimos son los principales interesados en realizar la labor de supervisión de las labores ejecutadas al interior del terminal, en ese sentido, son los agentes marítimos quienes velan porque las operaciones de embarque se realicen en el menor tiempo posible, no siendo posible sostener que APM retrasa deliberadamente el embarque y descarga en general, al ser aquellos quienes se encargan de verificar el cumplimiento de los planes de embarque.
- iv. Respecto a la forma como APM programa el desarrollo de las operaciones, precisó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento de Operaciones de APM, los Agentes Marítimos son los encargados de comunicar al Administrador Portuario, con un mínimo de 72 horas de anticipación, los datos correspondientes a la nave, hora y fecha de arribo, el calado, el tipo de operación, información en base a la cual se realiza la programación del stacking y del cut off de una determinada Nave. En ese sentido, de acuerdo al artículo 52° del Reglamento de Operaciones, APM procede a remitir al agente marítimo la información de programación, a efectos de que la retransmita a los embarcadores y otros actores, con el propósito de que éstos tomen conocimiento de la hora en la que la mercancía deberá encontrarse en el terminal portuario para su embarque (cut off).
- v. En cuanto al inicio del cómputo del plazo de la carga en el almacén del Terminal, precisó que el Oficio Circular N° 033-15-STC-OSITRAN, de fecha 28 de enero de 2015, indica que el inicio del cómputo del plazo de las 48 horas de libre almacenamiento, necesariamente coincide con el paso de la carga por las balanzas de APM, pues es

² Las siglas TEU (acrónimo del término en inglés Twenty-foot Equivalent Unit, que significa Unidad Equivalente a Veinte Pies) representa una unidad de medida de capacidad inexacta del transporte marítimo (Buques portacontenedores y terminales portuarios para contenedores) expresada en contenedores. Definición que se encuentra en la dirección electrónica: [http://es.wikipedia.org/wiki/TEU_\(unidad_de_medida\)](http://es.wikipedia.org/wiki/TEU_(unidad_de_medida))

un paso previo que debe de cumplirse para que los contenedores puedan ingresar al patio del Terminal para su posterior embarque. Asimismo, la Gerencia General de OSITRAN, mediante informe N° 032-13-GRE-GS-GAL-OSITRAN de fecha 02 de setiembre de 2013, determinó que si bien el día comienza a las 00:00 horas y termina a las 24:00 horas, el cómputo de un plazo no necesariamente coincidirá con la hora inicial de un día, no existiendo un cobro por horas, sino por uno o más días.

vi. Finalmente, considerando que en la presente controversia los argumentos de la reclamante se limitaron a abordar cuestiones operativas, de cómputo de plazos y metodología de cobro, solicitaron al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, que se pronuncie sobre tales extremos, atendiendo a la Resolución Final del Expediente 115-2013-TSC-OSITRAN.

7.- Con oficio N° 750-15-TSC-OSITRAN del 27 de octubre de 2015,³ la Secretaría Técnica del TSC solicitó a APM que remita los documentos que acrediten que cumplió con informar a MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERÚ S.A.C, cuál fue la programación de operaciones de las naves involucradas en el expediente de la referencia.

8.- Con fecha 05 de noviembre de 2015, APM presentó la carta N° 1602-2015-APMTC/CL, mencionando lo siguiente:

i. APM, a través de su área de tráfico, publica diariamente, en la página web www.apmterminalscallao.com, el “programa de naves”, enviando diariamente a los correos electrónicos de los usuarios dicha información, por lo que viene cumpliendo con brindar a todos los usuarios la información necesaria para que el usuario pueda gestionar de manera oportuna el envío de los contenedores para su posterior embarque.

ii. En atención a lo dispuesto en el artículo 57 del Reglamento de Operaciones de APM, los agentes marítimos son los encargados de informar a los embarcadores, dentro de los cuales se encuentran los depósitos temporales, el tiempo límite para ingresar contenedores al terminal para su posterior embarque; de manera tal que el nexo entre APM y dichos usuarios ocurre a través de los agentes marítimos, al ser estos quienes solicitan los servicios de la nave y detallan las especificaciones de cada operación.

iii. De acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 6 del Decreto Supremo N° 010-99-MTC⁴, el agente marítimo tiene la obligación de contar con la información detallada sobre las operaciones que realicen los usuarios en la infraestructura de APM. Adicionalmente, conforme a lo señalado en el artículo 36 del Reglamento de Operaciones, los agentes marítimos (quienes se encuentran en contacto directo con las naves), son los encargados de brindar la información respecto del tipo de operación y carga a favor de APM.

iv. En ese sentido, es el agente marítimo quien se encuentra en mejor posición para brindar eficientemente la

³ Folios 217 del expediente

⁴ Reglamento de Agencias Generales, Agencias Marítimas, Agencias Fluviales, Agencias Lacustres, Empresas y Cooperativas de Estiba y Desestiba del Decreto Legislativo N° 707.

información específica a los usuarios, quienes además, son sus contrapartes contractuales o representan a las mismas; por lo que, debido a la complejidad de la actividad portuaria, no será APM – sino los agentes marítimos – los encargados de suministrar la información a la que tienen derecho los usuarios.

v. Finalmente, señalaron que APM cumple con brindar de manera dinámica la información que resultara necesaria para la planificación de las operaciones de ingreso y/o retiro de mercancías a cargo de los depósitos temporales.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de APM.

ii.- Determinar si corresponde que MEDITERRANEAN pague las facturas cuyo cobro es efectuado por APM por el Servicio Uso de Área Operativa.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

10.- De la revisión del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento por parte de MEDITERRANEAN respecto al cobro por parte de APM de las facturas antes mencionadas. 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 infraestructura⁵. Dicho supuesto también se encuentra recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM⁶ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM); por lo que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁷, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

⁵ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

Artículo 33.-
(...) Los reclamos que versen sobre:

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

⁶ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

“15.3 Materia de Reclamos
(...)

15.3.1 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.

⁷ 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.”

- 11.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁸, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁹, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 12.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 de APM materia de impugnación fue notificada a MEDITERRANEAN el 02 de septiembre de 2014.
- ii.- El plazo máximo para que MEDITERRANEAN interponga su recurso de apelación fue el 23 de septiembre de 2014.
- iii.- MEDITERRANEAN apeló con fecha 17 de septiembre de 2014, es decir dentro del plazo legal.
- 13.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas, pues debe determinarse si el cobro realizado a MEDITERRANEAN fue producto de un inadecuado servicio brindado por APM, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG¹⁰.
- 14.- 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.

⁸ **Reglamento 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."

⁹ **Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN**

"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."

¹⁰ **LPAG**

"Artículo 209.- 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."

III.2.- PAGO DE LAS FACTURAS CUYO COBRO APM PRETENDE EFECTUAR A MEDITERRANEAN

III.2.1.- SOBRE LAS FACTURAS EMITIDAS RESPECTO DE CONTENEDORES CON DESTINO DE EXPORTACIÓN

15.- El análisis de este asunto requerirá que se aborden los siguientes aspectos:

- Sobre el servicio estándar de carga contenedorizada y el servicio especial de uso de área operativa.
- Cómputo del plazo durante la prestación del servicio de uso de área operativa.
- Sobre la organización de los servicios que brinda APM en materia de contenedores.
- Del acceso a la información en la prestación de los servicios portuarios.
- Respecto del servicio de uso de área operativa.

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

16.- De acuerdo con el Contrato de Concesión¹¹, 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 contenedorizada¹².

17.- La mencionada cláusula señala también que dentro del servicio estándar de carga contenedorizada, se incluye el almacenamiento libre de pago de hasta 48 horas dentro del Terminal Portuario, precisando además que dicho plazo se computará desde que la nave termina la descarga o una vez que la mencionada carga haya ingresado en el patio del referido terminal portuario para su posterior embarque¹³.

¹¹ 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.

¹² **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:

- El servicio de descarga/embarque, incluyendo la estiba/desestiba, utilizando la Infraestructura y Equipamiento necesario.
- El servicio de tracción entre el costado de la Nave y el área de almacenaje, o viceversa en el embarque
- 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.
- El servicio de trinca o destrinca.
- El servicio de verificación de la carga para la tarja, incluyendo la transmisión electrónica de la información.
- El servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información;
- 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.

¹³ **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. (...).

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 (...)"

18.- Asimismo, el Contrato de Concesión establece que transcurrido el plazo que corresponda según el tipo de carga, la Entidad Prestadora podrá cobrar el servicio de almacenaje portuario¹⁴.

19.- Como se puede apreciar de lo antes expuesto, para el servicio estándar de carga contenedorizada, el contrato establece que la mercadería de los usuarios podrá permanecer dentro del Terminal Portuario por un período de libre almacenamiento de 48 horas, sin que éstos tengan que pagar por tal servicio; finalizado dicho período, la Entidad Prestadora tiene el derecho a cobrar una determinada tarifa.

20.- En ese sentido, más allá de estas 48 horas, se aplicará al servicio de almacenamiento una tarifa preestablecida en el Contrato de Concesión a partir del día calendario 3 al 6 o un precio a partir del séptimo 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 7 lo determina libremente, puesto que no está sujeto a regulación¹⁵.

b) Del Cómputo del plazo durante la prestación del servicio de uso de área operativa.

21.- Tal como se desprende de los actuados en el expediente, durante el embarque de contenedores la Entidad Prestadora establece como período de libre de almacenamiento 48 horas desde el momento en que la carga ingresa al patio del Terminal Portuario. Culminado este plazo, APM entiende iniciado el día 3, cuyo cómputo comienza desde el momento en que finaliza dicho período (libre almacenamiento) hasta las 23:59 horas de ese mismo día. En adelante, computa los días desde las 00:00 horas hasta las 23:59 horas.

22.- Al respecto, MEDITERRANEAN señala que APM estaría realizando de manera errada el cómputo del plazo del uso de área operativa, pues afirma que el inicio del cómputo del período de libre almacenamiento debe de considerarse, para el caso de contenedores con destino de exportación, desde que el último contenedor se encuentra debidamente apilado y listo para su embarque en el patio del terminal y no, como lo hace APM, desde que cada uno de los contenedores pasa por las balanzas del terminal.

¹⁴ **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".

¹⁵ **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"

23.- Sobre el particular, el artículo 8.19 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"8.19. SERVICIOS ESTÁNDAR

Son aquellos servicios que, durante el período de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. Comprenden en el caso de embarque, desde que la carga ingresa al Terminal Norte Multipropósito hasta que la Nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro de la carga por el Usuario.

Asimismo, tanto en el caso de embarque como en 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 cargo por 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".

24.- Como se observa de lo descrito en el párrafo anterior, el período de las 48 horas de libre almacenamiento se encuentra incluido como parte del servicio estándar que pagan los usuarios, el cual, para el caso de la carga a ser embarcada, se computa desde que aquella ingresa al patio del terminal portuario.

25.- No obstante, si bien el cómputo de dicho plazo requiere que la mercancía llegue a ingresar hasta el patio del Terminal Portuario para su posterior embarque, existe un procedimiento inmediatamente anterior para el caso de los contenedores que APM se encuentra obligada a realizar, a efectos de llevar el control del peso de la carga a exportar, pues sin dicho control, los referidos contenedores no podrían ingresar al patio del terminal, y mucho menos aún, ser embarcados.

26.- Dicho procedimiento, recogido en el PRO-005 "Ingreso por balanza de contenedores para exportación" de APM, se realiza a través de las balanzas y el sistema de pesaje, los cuales se encuentran ubicados dentro del Terminal Portuario, y permiten, de no existir inconvenientes, la entrega de un ticket o constancia de pesaje de los contenedores a los usuarios, así como también el registro de su hora de ingreso. La extensión de estos documentos, es lo que habilita a que dichos contenedores puedan ser llevados al patio del Terminal Portuario para su posterior embarque¹⁶.

¹⁶ PRO-005. Ingreso por balanza de contenedores para exportación. Páginas 1 a 5.
<http://www.apmterminalscallao.com.pe/default.aspx?id=31&articulo=26>

27.- Consecuentemente, el inicio del cómputo del plazo de las 48 horas de libre almacenamiento, necesariamente coincide con el paso de la carga por las balanzas de APM, puesto que, como ya lo hemos señalado, este es un paso previo que se debe de cumplir para que los contenedores puedan ingresar al patio del terminal para su posterior embarque.

28.- En tal sentido, corresponde desestimar lo alegado por MEDITERRANEAN en este extremo.

c) Sobre la organización de los servicios que brinda APM en materia de embarque de contenedores

29.- 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.”

30.- 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”.

31.- 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 cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (market-based approach), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (Performance-based regulation). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (output), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado.¹⁷

32.- 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, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

d) Del acceso a la información en la prestación de los servicios portuarios

33.- El término “usuario” es definido por la cláusula 1.23.113 del Contrato de Concesión como la persona natural o jurídica que recibe los servicios brindados por la Entidad Prestadora. Por su parte, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN define al Usuario como la persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura en calidad de usuario intermedio o usuario final.¹⁸

¹⁷ 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 El Reglamento define al usuario intermedio y final de la siguiente manera:
1.- Usuario intermedio: Prestador de servicios de transporte o vinculados a dicha actividad y en general, cualquier empresa que utiliza la infraestructura para brindar servicios a terceros. Son ejemplos de usuarios intermedios, entre otros, los siguientes:
- las líneas aéreas;
- los agentes marítimos,
- los transportistas de carga o pasajeros, por ferrocarril o carretera o utilizando puertos.
Este tipo de usuarios pueden ser operadores secundarios.
2.- Usuario final: Aquel que utiliza de manera final los servicios prestados por una entidad prestadora o por los usuarios intermedios.
Se considera usuario final, entre otros, a:
- Los pasajeros de los distintos servicios de transporte que utilicen la infraestructura en los términos definidos en el Reglamento General del OSITRAN; y,
- Los dueños de la carga

34.- En ese sentido, la cláusula 8.6 del Contrato de Concesión señala que APM es responsable frente a los usuarios de brindar información suficiente sobre los términos y condiciones en los que los servicios serán brindados:

8.6. La SOCIEDAD CONCESIONARIA es responsable de brindar a los Usuarios:

(ii) La información suficiente sobre las Tarifas, Precios, así como los términos y condiciones aplicables a los Servicios que presta, conforme a este Contrato de Concesión y a las Normas Regulatorias;

35.- El derecho de los usuarios de acceder a información a que se refiere el Contrato de Concesión, se encuentra desarrollado en disposiciones emitidas por el Regulador, concretamente, para el ámbito portuario, en la Resolución de Consejo Directivo N° 074-2011-CD-OSITRAN, Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, cuyo artículo 5 establece lo siguiente:

“Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de la servicios aeroportuarios y portuarios.

(...) la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

a) Transparencia.- El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios (...).”

“Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) A la información

El Usuario debe recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente... Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios.”

36.- En tal sentido, todo usuario del Terminal Portuario tiene el derecho a que APM le otorgue información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre las condiciones en las que los servicios serán brindados. Dicha información debe ser brindada por la Entidad Prestadora, toda vez que ostenta el control de los servicios que se prestan al interior del puerto, encontrándose, por tanto, en mejor posición para suministrarla.

37.- El Reglamento de Operaciones de APM, a través de los artículos 49, 51 y 56, establece disposiciones específicas sobre la forma en que la Entidad Prestadora brindará información a los usuarios del terminal portuario sobre los servicios que presta:

“Artículo 49.- APM TERMINALS coordinará con los usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise las labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones.

Artículo 51.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones:

a.- Planear e impartir las disposiciones para el desarrollo de las operaciones.

b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.

c.- Planear la asignación de amarraderos.

d.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento.”

“Artículo 56.- APM TERMINALS es responsable de:

56.1.- Organizar, conformar y conducir la junta de operaciones electrónica, a fin de garantizar que los servicios y actividades portuarias se realicen en forma eficiente, segura y oportuna.

56.2.- Hacer de conocimiento de la comunidad portuaria las políticas y procedimientos de asignación de muelles, amarraderos y otros servicios, bajo criterios de transparencia y no discriminación.

56.3.- Establecer prioridad y programar el ingreso, permanencia y salida del Terminal Portuario, de acuerdo a las prioridades de atraque y desatraque antes mencionadas, transmitiendo esta información a la APN.

56.4.- Informar vía correo electrónico o vía website (<http://www.apmterminals.com/americas/callao>) la asignación de amarraderos juntos con la lista de arribos de naves.

Las comunicaciones entre el Terminal Portuario y los usuarios se establecerán vía correo electrónico. Para tal efecto, toda la información concerniente a la asignación de los amarraderos deberá ser enviada por estos medios.”

38.- La información sobre la prestación de los servicios portuarios requiere acciones constantes de coordinación y comunicación entre la Entidad Prestadora y los usuarios del terminal portuario. Ello se debe a que las operaciones portuarias contienen un alto grado de complejidad, por lo que se hace necesario que el usuario tenga contacto constante con la Entidad Prestadora de manera tal que le informe sobre cualquier aspecto que pueda tener relación con el servicio a ser prestado o sobre cualquier evento o circunstancia que pueda alterar su prestación.

39.- En este orden de ideas, APM tiene que coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas

operaciones serán llevadas a cabo, lo cual deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios.

e) Respetto del servicio de uso de área operativa

La relación entre la nave, el agente marítimo, el terminal portuario y el embarcador.

40.- De acuerdo a lo establecido en el artículo 7 del Reglamento de Agencias Generales, Marítimas, Fluviales, Lacustres, Empresas y Cooperativas de Estiba y Desestiba aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-99-MTC¹⁹ (Reglamento de Agencias), toda nave mercante de bandera nacional o extranjera estará obligatoriamente representada por una agencia marítima, la que tendrá la calidad de representante del capitán, propietario, armador, fletador u operador de la nave que agencie.

41.- Asimismo, en el artículo 8 del Reglamento de Agencias²⁰ se menciona que es inherente a las Agencias Marítimas, la representación judicial del capitán, propietario, naviero, armador, fletador u operador de la nave o naves que agencie; personería procesal que es activa y pasiva, con las facultades generales y especiales del mandato judicial.

42.- En virtud a lo señalado en el artículo 6 del mencionado Reglamento, las agencias marítimas se encuentran en capacidad de cumplir con los trámites para el movimiento de carga, así como también, practicar las diligencias necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones de las autoridades competentes y demás documentos pertinentes como se aprecia a continuación:

“Artículo 6.- Las Agencias Marítimas, Agencias Fluviales y Agencias Lacustres, son personas jurídicas constituidas en el país conforme a ley, que, por cuenta o delegación del capitán, propietario, armador, fletador u operador de nave mercante o Agencia General se encuentran en capacidad de cumplir una o varias de las siguientes actividades:

- a) Operaciones de recepción, despacho y avituallamiento de naves mercantes y de pasajeros; trámites para el movimiento de tripulación, pasajeros y carga; (...)*
- c) Practicar las diligencias necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones emanadas de las autoridades competentes, en el ejercicio de sus atribuciones;*

¹⁹ Reglamento de Agencias Generales, Marítimas, Fluviales, Lacustres, Empresas y Cooperativas de Estiba y Desestiba

Artículo 7.- Toda nave mercante de bandera nacional o extranjera estará obligatoriamente representada por una Agencia Marítima, Fluvial o Lacustre, según corresponda y debidamente autorizada por la Dirección General, en los Puertos de la República donde arribe, la que tendrá la calidad de representante del capitán, propietario, armador, fletador u operador de la nave que agencie.

²⁰ Reglamento de Agencias Generales, Marítimas, Fluviales, Lacustres, Empresas y Cooperativas de Estiba y Desestiba

Artículo 8.- Es además inherente a las Agencias Marítimas, Fluviales y Lacustres la representación judicial del capitán, propietario, naviero, armador, fletador u operador de la nave o naves que agencie; personería procesal que es activa y pasiva, con las facultades generales y especiales del mandato judicial.

(...)

e) *Designar a las empresas de estiba, en los puertos nacionales donde arriben las naves mercantes que agencien. (...).”*

43.- En concordancia con lo mencionado en el párrafo precedente, cabe considerar lo establecido en el Modulo 2 del Manual del Participante del Curso “Gestión Moderna de Puertos” (TRAIN FOR TRADE) de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en lo sucesivo “UNCTAD”), en el cual se desarrolla la Organización de un Sistema Portuario, describiéndose el papel del agente marítimo durante la operación y las tareas que a continuación se mencionan:

“(…)

- *Coordinación de la manipulación, actuará de enlace con la empresa de manipulación que tiene a la mano un duplicado de la lista de carga y las instrucciones de estiba de la compañía naviera (plano de estiba) para determinar las tareas que deben realizarse y el número de trabajadores necesarios para cada una de ellas.*

• (...)

- *Declaración del buque*

A la llegada y a la salida del buque un representante de la agencia subirá a bordo para llevar a cabo las formalidades relativas a la declaración del buque (el pago de los derechos portuarios, la presentación de la carta de arqueo bruto, la presentación de la lista completa de la tripulación a la aduana, las existencias de provisiones y mercancías a bordo).

(...)

Las tareas del agente marítimo son numerosas y variadas.

Además de las tareas mencionadas, el agente es el encargado de las siguientes funciones:

(...)

b). *El buque*

(...)

- *Comprobar el aprovisionamiento;*
- *Combustible;*
- *Solicitar agua potable; (...).”*

44.- Ahora bien, para el embarque de mercancías para exportación se requiere que previamente se conozca el día y la hora en que la nave arribará al puerto, por lo cual para poder conocer esta información se requiere la interacción conjunta entre el agente marítimo (representante de la nave) y la Entidad Prestadora. En ese sentido, de acuerdo

con el artículo 36 del Reglamento de Operaciones de APM, en el caso de naves con contenedores, el agente marítimo deberá comunicar, vía correo electrónico, el arribo de la nave con una anticipación no menor de (setenta y dos) 72 horas.

“Artículo 36.- Naves de contenedores

El Agente Marítimo, representante de la nave, deberá comunicar vía correo electrónico al Terminal Portuario, con una anticipación no menor de setenta y dos (72) horas, el arribo de su nave con indicación expresa de fecha y hora, calado y tipo de operación y la información preliminar de carga y descarga.”

45.- Asimismo, previo al arribo, de conformidad con los literales a), b) y d) del artículo 57 del Reglamento de Operaciones de APM, el agente marítimo deberá remitir a la Entidad Prestadora la siguiente información:

- a) Solicitud de número de Manifiesto.
- b) Solicitud de atraque.
- c) Archivo electrónico de lista de descarga.
- d) Archivo electrónico de lista de contenedores a embarcar (CAL), a fin de iniciar el ingreso de contenedores.
- e) Archivo electrónico de proyecciones de carga.
- f) Archivo UN/EDIFACT (BAPLIE). Archivo electrónico que establece la definición del plan de bodega.

46.- Una vez que cuenta con toda la información mencionada, APM procede a efectuar la asignación de amarraderos y muelles, tal como lo establece el artículo 61 del Reglamento de Operaciones:

“Artículo 61.- APM TERMINALS es responsable de:

(...)

61.3.- Establecer prioridad y programar el ingreso, permanencia y salida del Terminal Portuario, de acuerdo a las prioridades de atraque y desatraque antes mencionadas, transmitiendo esta información a la APN.

47.- En tal sentido, a partir de la información remitida por el agente marítimo, APM asigna los amarraderos y muelles, determina la prioridad de atención, así como las horas de ingreso, permanencia y salida de las naves en el puerto. En otras palabras, con dicha información se determina el muelle al que la nave será asignada, el amarradero correspondiente, la hora aproximada de arribo -ETA²¹, la hora aproximada de ingreso a muelle – ETB²² y la hora aproximada de salida de la nave -ETD²³.

²¹ ETA.- Estimated Time of Arrival / Hora estimada de llegada.

²² ETB.- Estimated Time of Berthing / Hora estimada de amarre.

²³ ETD.- Estimated Time of Departure / Hora estimada de partida.

48.- Luego de ello, de acuerdo con el artículo 57 del Reglamento de Operaciones, APM procede a remitir al agente marítimo la información señalada en el párrafo anterior, a efectos de que el agente marítimo la retransmita a los embarcadores y otros actores, con el propósito de que éstos tomen conocimiento de la hora en que la mercancía deberá encontrarse en el terminal portuario para su embarque (cut off):

“Artículo 57.-

(...)

d. Naves que transportan contenedores:

Los Agentes Marítimos de aquellas naves que transportan contenedores como mercancía predominante, estarán obligadas a presentar, la siguiente información en forma electrónica:

(...)

Estableciéndose a continuación el tiempo límite de ingreso de contenedores (CUT OFF):

d) Contenedores llenos con carga seca, tendrán un plazo de ingreso al área de uso alterno, hasta veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave.”

(...)

49.- Adicionalmente a lo señalado respecto a las obligaciones de las agencias marítimas, durante la operación, éstas se encuentran en capacidad de emitir, firmar, cancelar – por cuenta y en nombre de sus principales – los conocimientos de embarque; así como realizar las operaciones portuarias conexas y todas aquellas actividades que le sean encomendadas.

“Artículo 6.- Las Agencias Marítimas, (...) se encuentran en capacidad de cumplir una o varias de las siguientes actividades:

(...)

b) Operaciones portuarias conexas a las indicadas en el inciso precedente.

(...)

d) Emitir, firmar y cancelar, por cuenta y en nombre de sus principales, los conocimientos de embarque y demás documentos pertinentes.

(...)

f) Otras que pudiera encomendarle el capitán propietario, armador, fletador u operador de la nave o el Agente General.”

50.- Asimismo, en relación a las funciones del agente marítimo mencionadas en los literales del párrafo precedente, el Modulo 2 del mencionado Manual desarrollado por la UNCTAD, establece adicionalmente las siguientes tareas:

(...)

- *Solicitud de escala para:*
- *El atraque*
- *Los remolcadores y las lanchas de los prácticos*
- *(...) Solicitará remolcador y prácticos para remolcar el buque fuera del puerto y hacer la declaración de salida.*
- *El agente elaborará las listas y los documentos requeridos por el naviero (por ejemplo, la lista de carga) (...)*

51.- En atención a lo expuesto, se puede concluir que los agentes marítimos son los encargados de remitir a las autoridades competentes la información de las naves que representan a fin de que amarren sin complicaciones en el terminal encargándose de realizar las coordinaciones correspondientes con la Entidad Prestadora en el cumplimiento de su función de supervisar las operaciones dentro de la instalación portuaria.

Sobre la demora en el embarque de los contenedores de MEDITERRANEAN

52.- MEDITERRANEAN, cuestiona el cobro realizado por APM por el uso de área operativa en las facturas N° 002-0103172, 002-0101016, 002-0101752, 002-0104482, 002-0102222 y 002-0100336, señalando que el embarque de sus contenedores luego de excedido el plazo de libre almacenaje (48 horas) fue responsabilidad de ésta debido a que la Entidad Prestadora no habría cumplido con prestar de manera idónea el servicio de embarque. Asimismo, precisó que es APM quien fija libremente la fecha y hora límite que la carga puede ser recibida por el Terminal Portuario para ser embarcada en una nave específica (Cut Off), debiendo el usuario presentarse en el terminal en el día y hora establecidos por el Concesionario²⁴.

53.- De los detalles de las facturas de almacenamiento presentados por APM²⁵; así como, de los argumentos expuestos por ambas partes a lo largo del procedimiento, se desprende que si cumplió con ingresar todos los contenedores dentro del período establecido por la Entidad Prestadora.

²⁴ De acuerdo con el Reglamento de Tarifas y Políticas Comerciales de APM, el Cut Off consiste en lo siguiente:
 "1.5.13 **Cut Off.**- Fecha y hora límite que la carga puede ser recibida por APM TERMINALS CALLAO S.A., para ser embarcada en una nave específica. El Cut Off será fijado mediante una fecha y hora determinada, previa al horario programado para el zarpe de la nave".

El Reglamento de Operaciones de APM señala en su artículo 52 literal c) lo siguiente:
 "Los Agentes Marítimos deberán informar a los embarcadores y demás, el tiempo límite para ingresar contenedores al Terminal Portuario, para su posterior embarque. Estableciéndose a continuación el tiempo límite de

ingreso de contenedores (CUT OFF):

- Contenedores llenos con carga seca, tendrán un plazo de ingreso al área de uso alterno, hasta veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave.
- Contenedores con carga refrigerada y vacía, tendrán un plazo de ingreso al área de uso alterno, hasta dieciséis (16) horas antes del inicio de operaciones de la nave.

²⁵ Fojas 05-09 Y 13-15 del expediente N° 229-2014-TSC-OSITRAN

54.- Como ha sido señalado en anteriores resoluciones por este tribunal, en los cuales el reclamo era formulado por depósitos temporales, APM, en su calidad de administrador de los servicios al interior del terminal, tenía la responsabilidad de realizar el embarque de los contenedores de la apelante, encontrándose, por tanto, obligada a brindar un servicio adecuado, que comprende la entrega de información relacionada con la prestación de dicho servicio; siendo la información relevante que el usuario requería conocer por parte de la Entidad Prestadora, la ocurrencia de cualquier evento o circunstancia que pudiera generar que el embarque de los contenedores no se llegue a realizar dentro del plazo de 48 horas de libre almacenamiento. La importancia de esta información estriba en que si el embarque se realiza excediendo dicho plazo, el usuario tendría que pagar a APM el servicio especial denominado Uso de Área Operativa.

55.- Sin embargo, en el presente caso ocurre que MEDITERRANEAN actúa como agente marítimo de las naves MSC Kim, MSC Romanos, MSC Lorena, HS Humboldt y MSC Federica (y no como depósito temporal), tal y como se aprecia de las Consultas de Manifiestos de Salida de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT que a continuación se detallan:

SUNAT CONSULTA DE MANIFIESTOS DE SALIDA			
Manifesto: 118-2014-01290			
Manifesto	118-2014-01290	No Buques:	08727
Fecha de Salida	18/06/2014	Fecha Límite de Embarque:	17/06/2014
Matrícula de la Nave	MSC KIM	Nacionalidad:	
Empresa de Transporte	MSC MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERU SAC	No Detalles:	109
Fecha de Autorización de Carga	18/06/2014 00:00:00	Fecha de Transmisión del Manifiesto:	18/06/2014 18:29:32

SUNAT CONSULTA DE MANIFIESTOS DE SALIDA			
Manifesto: 113-2014-01247			
Manifesto	113-2014-01247	No Buques:	08591
Fecha de Salida	13/06/2014	Fecha Límite de Embarque:	13/06/2014
Matrícula de la Nave	MSC ROMANOS	Nacionalidad:	
Empresa de Transporte	MSC MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERU SAC	No Detalles:	29
Fecha de Autorización de Carga	13/06/2014 20:21:39	Fecha de Transmisión del Manifiesto:	13/06/2014 09:09:28

SUNAT CONSULTA DE MANIFIESTOS DE SALIDA

Actualizar | Inicio

Manifiesto	119-2014-01373	No Buques	43706
Fecha de Salida	23/06/2014	Fecha Término de Embarque	23/06/2014
Matrícula de la Nave	MSC LORENA	Nacionalidad	
Empresa de Transporte	3402- MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERU SAC	No Detalles	24
Fecha de Autorización de Carga	23/06/2014 10:01:19	Fecha de Transmisión del Manifiesto	23/06/2014 17:06:43

SUNAT CONSULTA DE MANIFIESTOS DE SALIDA

Actualizar | Inicio

Manifiesto	119-2014-01323	No Buques	21326
Fecha de Salida	12/07/2014	Fecha Término de Embarque	12/07/2014
Matrícula de la Nave	HS HUMBOLDT	Nacionalidad	
Empresa de Transporte	3402- MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERU SAC	No Detalles	25
Fecha de Autorización de Carga	12/07/2014 09:05:14	Fecha de Transmisión del Manifiesto	13/07/2014 21:27:22

SUNAT CONSULTA DE MANIFIESTOS DE SALIDA

Actualizar | Inicio

Manifiesto	119-2014-01315	No Buques	3783
Fecha de Salida	25/06/2014	Fecha Término de Embarque	24/06/2014
Matrícula de la Nave	MSC FEDERICA	Nacionalidad	
Empresa de Transporte	3402- MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERU SAC	No Detalles	7
Fecha de Autorización de Carga	24/06/2014 00:11:38	Fecha de Transmisión del Manifiesto	25/06/2014 14:39:40

56.- En efecto, como se puede verificar de las consultas de manifiestos de salida de la SUNAT, en ellos se hace referencia a la respectiva Empresa de Transporte, figurando Mediterranean Shipping Company del Perú S.A.C. y el número 3402, el cual corresponde a un agente marítimo, que como se puede corroborar de la consulta realizada en SUNAT corresponde a la misma Mediterranean Shipping Company del Perú S.A.C.

Consulta de Agentes Marítimos

Criterios de búsqueda :

Código del Agente Marítimo:

Razón Social del Agente Marítimo:

Código de Jurisdicción:

Esta opción permite consultar por código de agente marítimo o por descripción (en ambos casos si no se acuerda de todo el texto puede digitar parte del mismo y se mostrará los datos de aquellas agencias que tienen como parte de su código o descripción el dato que Ud. ha ingresado)

1 a 5 de 5

Código	Razón Social	Cod. Jurisdicción	Jurisdicción	Estado	Fecha de Ingreso
3402	MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERU SAC	46	46	HABILITADO	28/01/2016
3402	MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERU SAC	118	MARITIMA DEL CALLAO	HABILITADO	28/01/2016

57.- En tal sentido, al constatarse que MEDITERRANEAN participó como agente marítimo de las naves MSC Kim, MSC Romanos, MSC Lorena, HS Humboldt y MSC Federica, se verifica que conocía de las operaciones de recepción y despacho, movimiento de la tripulación y de la carga, y en general de todas las operaciones portuarias de embarque y demás operaciones conexas prestadas a las naves.

58.- Consecuentemente, en el presente caso se debe tener en consideración que la naturaleza de la actividad de los agentes marítimos, a diferencia de otros usuarios, como es el caso de los depósitos temporales (que almacenan temporalmente mercancías pendientes de la autorización de levante por la autoridad aduanera²⁶ y que luego de realizados los controles aduaneros llevados por la SUNAT deben de remitir las mercancías al puerto para su embarque correspondiente²⁷), determina que dichos agentes marítimos no pueden alegar un desconocimiento de las operaciones de embarque de las mercancías, ya que se encuentran en constante coordinación con el terminal portuario siendo las designadas a supervisar las labores que se desarrollan en el puerto, remitiendo al terminal la lista de contenedores a embarcar así como la definición del plan de bodega²⁸. De ello que se desprende que estaban en la obligación de conocer el momento exacto en el que los contenedores fueron embarcados y estibados, así como también las circunstancias que provocaron la superación del plazo de 48 horas de libre

²⁶ Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo N° 1053.
Deposito temporal.- local donde se ingresan y/o almacenan temporalmente mercancías pendientes de la autorización de levante por la autoridad aduanera.

²⁷ Numeral 46 del INTA – PG.02, Procedimiento de Exportación Definitiva.

²⁸ Numeral 65 de la presente Resolución

almacenamiento que generó la emisión de la factura por el cobro de uso de área operativa.

- 59.- Cabe señalar que este Tribunal ha establecido en resoluciones previas, en las cuales el usuario reclamante era el depósito temporal, que la Entidad Prestadora debía de cumplir con informar los pormenores y particularidades de la operación, a fin de que dichos depósitos tomaran conocimiento de las obligaciones que como usuarios debían asumir, entre ellas, el pago por el servicio de almacenaje luego de transcurridas las 48 horas de libre disposición. Ello debido a que se consideraba que los mencionados usuarios, luego de ingresar la carga al terminal dentro del plazo del cut off, desconocían totalmente de los eventos ocurridos en él y de las circunstancias que provocaban que sus mercancías estuvieran allí por un plazo mayor a las 48 horas, siendo la única forma de que conocieran cuales habían sido dichos eventos o circunstancias, que ellos les fueran informadas por la Entidad Prestadora, a efectos de que pudieran determinar si correspondía el pago por el servicio de uso de área operativa en caso consideraran que los hechos informados no eran imputables a la Entidad Prestadora o reclamaran en caso consideraran que los referidos hechos informados si eran responsabilidad del Terminal Portuario.
- 60.- Sin embargo, dicho criterio no puede aplicarse a los agentes marítimos, pues la situación de incertidumbre y desconocimiento propia de los depósitos temporales, que no les permite conocer las circunstancias que ocasionaron la demora del embarque que genera el cobro de uso de área operativa, no se presenta en su caso al ser empresas que desarrollan actividades en la instalación portuaria y se encuentran designadas para coordinar y supervisar las operaciones de la nave²⁹, consecuencia de lo cual, estaban en la obligación de conocer las circunstancias que afectaron la operación y si estas respondieron a hechos atribuibles a APM.
- 61.- En ese sentido si bien en su escrito de apelación MEDITERRANEAN alegó que al ser APM quien prestó el servicio de embarque de contenedores, estaba en la posibilidad de controlar y determinar el tiempo de permanencia de la carga en el terminal de manera tal que la superación del plazo libre de 48 horas se habría debido a una demora provocada por su mala gestión del terminal provocando el cobro por el servicio de uso de área operativa; cabe señalar que en el expediente no se evidencia medio probatorio alguno que acredite tal aseveración.
- 62.- En virtud de todo lo expuesto, sobre la base de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, el Reglamento de Operaciones de APM y el Reglamento de Agencias, y no habiendo acreditado, MEDITERRANEAN, la existencia de algún acontecimiento que hubiera generado la prestación deficiente del servicio por parte de APM, este Tribunal considera que corresponde a la apelante efectuar el pago por el servicio especial denominado uso de área operativa.

Respecto de la nave CSAV BRASILIA

- 63.- Ahora bien, en lo que corresponde al caso de la nave CSAV Brasilia, se verifica que el agente marítimo de dicha nave fue la empresa Trabajos Marítimos S.A. tal y como se demuestra de la Consulta de Manifiestos de Salida de

la SUNAT y de la Consulta de Agentes Marítimos que a continuación se detallan:

- 64.- Al respecto, cabe señalar que dicha agencia marítima, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Agencias, actuó por cuenta y delegación de la línea naviera, en este caso, de la propia MEDITERRANEAN.
- 65.- En efecto, el artículo 6 del Reglamento de Agencias indica que las referidas agencias se encuentran en capacidad de cumplir con los trámites para el movimiento de carga, practicar las diligencias necesarias para dar cumplimiento de las disposiciones de las autoridades competentes, así como también emitir, firmar, cancelar – por cuenta y en nombre del capitán, propietario, armador, fletador u operador de la nave mercante – los conocimientos de embarque, realizar las operaciones portuarias conexas y todas aquellas actividades que le sean encomendadas.
- 66.- Consecuentemente, se desprende que al actuar en representación del capitán, propietario, armador, fletador u operador de la nave mercante, respecto de todas las actividades que realiza e información con que cuentan, se presume de conocimiento de su representada, esto es MEDITERRANEAN.
- 67.- En ese sentido, corresponde confirmar la resolución N° 1 en el extremo que declaro infundada las facturas N° 002-0101752, 002-0101016, 002-0103172 y fundada en parte en el extremo relacionado con las facturas N° 002-0104482, 002-0102222 y 002-0100336.

III.2.2.- SOBRE LAS FACTURAS EMITIDAS RESPECTO DE CONTENEDORES CON DESTINO DE IMPORTACION

- 68.- Al respecto, se observa que las facturas N° 002-0101533 y 002-0105533, están relacionadas con contenedores cuyo destino es la importación. Sobre dicho extremo, APM señaló que son los usuarios quienes cuentan con el deber de programar sus operaciones y recoger su carga dentro del período de 48 horas de libre almacenamiento, por lo que la responsabilidad por la demora en el envío del transporte para el retiro de sus contenedores recae en el usuario.
- 69.- Sobre el particular, se debe tener presente que las razones que puedan generar la sobreestadía de los contenedores en el Área Operativa, difieren en ambos supuestos, dado que mientras que en el caso de la exportación, corresponde a la Entidad Prestadora la función de realizar el embarque de los contenedores en sus respectivas naves; en el caso de la importación, son los usuarios quienes tienen el deber de recoger su carga dentro del período de 48 horas de libre almacenamiento, por lo que la responsabilidad por la demora en el envío del transporte para el retiro de sus contenedores recae en el usuario.
- 70.- Ahora bien, para el caso de las importaciones, también puede darse el supuesto de que debido a la prestación deficiente del servicio por parte de la Entidad Prestadora, se produzca la demora en la descarga y retiro de

²⁹ Artículo 54 del Reglamento de Operaciones de APM

la mercadería y ello genere sobre costos al usuario, como ocurre con el pago por el servicio de Uso de Área Operativa.

- 71.- Sin embargo, cualquiera de estas hipótesis debería de haber sido argumentada y acreditada en el presente expediente, a fin de que el TSC pueda realizar un análisis sobre el particular y determinar sobre quien recae la responsabilidad por la facturación realizada.
- 72.- Siguiendo la línea de lo antes expuesto, en el presente caso no se observa que exista argumentación alguna por parte de MEDITERRANEAN, dirigida a cuestionar las razones por las cuales los contenedores con destino de importación salieron fuera del período de 48 horas de libre almacenamiento del terminal.
- 73.- En atención a ello, al haberse limitado MEDITERRANEAN, a exponer su argumentación únicamente respecto del supuesto referido al cobro del servicio de Uso de Área Operativa para contenedores con destino de exportación, no obran alegaciones en el expediente ni medio probatorio alguno que pueda hacer presumir que existió una prestación deficiente del servicio por parte de APM, y por lo tanto, que permita imputarle la responsabilidad por la demora en la salida de los contenedores con destino de importación, fuera del plazo de las 48 horas de libre almacenamiento.
- 74.- Por lo expuesto, la pretensión de la apelante en el extremo referido que se deje sin efecto el cobro de las facturas N° 002-0101533 y 002-0105533, correspondiente al servicio de Uso de Área Operativa – Contenedores de Importación, cabe que sea desestimada. En consecuencia, corresponde confirmar la resolución apelada que declaró fundado en parte el reclamo en el extremo referido a dichas facturas.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN³⁰;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/840-2014, que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERÚ S.A.C. contra APM TERMINALS CALLAO S.A. por concepto de uso de área operativa respecto de las facturas N° 002-0101752, 002-0101016, 002-0103172 y FUNDADO EN PARTE respecto de las facturas N° 002-0105533, 002-0104482, 002-0102222, 002-0100336 y 002-0101533.

SEGUNDO.- DECLARAR que la presente resolución agota la vía administrativa.

TERCERO.- NOTIFICAR a MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY DEL PERÚ S.A.C. 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

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

³⁰ *Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN. Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-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;

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.”

Aeropuertos



CASOS RELEVANTES

RESOLUCIONES EMITIDAS SOBRE INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA

Retiro de beneficios tarifarios por servicios aeroportuarios: Resolución Final del 15 de julio de 2014 emitida en el Expediente N° 085-2013-TSC-OSITRAN.

En noviembre de 2010, PROMPERÚ, Lima Airport Partners (LAP) y CORPAC celebraron un Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional con el objeto de contribuir al desarrollo de la actividad turística en el país, generando una mayor oferta de servicios aerocomerciales mediante la promoción y fomento de la operación de un mayor número de rutas y frecuencias internacionales. En esa línea, se comprometieron a ofrecer beneficios tarifarios aplicables a los servicios aeroportuarios, a toda línea aérea que operara rutas nuevas y frecuencias internacionales adicionales (FIA) en el Aeropuerto Jorge Chávez con una frecuencia semanal no menor a tres veces por semana y fuera operada en forma consecutiva e ininterrumpida por un periodo no menor de seis meses.

En el Convenio Marco se precisó que para calificar como FIA, esta debía implicar un incremento respecto del número de frecuencias internacionales semanales base (FISB), a efectos de lo cual se debía considerar como número de FISB, al mayor número de frecuencias internacionales de la respectiva aerolínea comparado con el periodo de 52 semanas anteriores (01 año) a la solicitud presentada por la aerolínea para acogerse a la promoción prevista.

En junio de 2011, AIR FRANCE celebró con PROMPERÚ el Convenio N° 032-2011-PROMPERÚ-COI, en el cual se estableció como obligación de AIR FRANCE:

a) implementar una nueva ruta internacional con destino directo Lima - París - Lima con un número de cinco frecuencias semanales; y, b) que la frecuencia semanal de la nueva ruta internacional operara por lo menos tres veces por semana y durante seis meses sin interrupciones; caso contrario, AIR FRANCE asumiría el total de los costos por la tarifa no facturada en virtud del beneficio otorgado.

Posteriormente, AIR FRANCE manifestó que por razones de estacionalidad y de conformidad con los términos del régimen promocional del Convenio Marco, AIR FRANCE decidió reducir sus vuelos semanales de 5 a 3 en la referida ruta París – Lima – París a partir del 28 de octubre de 2012, lo que provocó que desde el 31 de octubre, LAP procediera a facturar a AIR FRANCE el 100% de la tarifa materia de promoción, solicitando la aerolínea se restableciera el descuento del 100% en la tarifa de aterrizaje y despegue de los vuelos de la ruta Paris-Lima-Paris y el reembolso del importe cancelado por tales conceptos a partir del 31 de octubre de 2012; argumentando que el requisito de operar en forma ininterrumpida los 5 vuelos semanales tuvo una vigencia de seis meses concluidos el 04 de enero del 2012, periodo luego del cual únicamente estaban obligados a mantener operativa la nueva ruta con una frecuencia no menor de 3 vuelos semanales.

LAP se pronunció indicando que su Política Tarifaria había previsto las condiciones que las aerolíneas debían de cumplir si deseaban acogerse a alguno de los referidos paquetes promocionales, estableciendo que para que una frecuencia internacional calificara como FIA, debía de

configurarse un incremento respecto del número de FISB, precisando que toda FIA se computaría automáticamente como parte de las FISB a partir de la presentación a LAP de la solicitud de acogimiento a los paquetes promocionales. En ese sentido, LAP manifestó que al ser AIR FRANCE una línea aérea que inició operaciones con una nueva ruta internacional, no contaba con FISB al no haber registrado operaciones en las 52 semanas previas al inicio de las operaciones; por lo que sus 5 frecuencias automáticamente pasaron a computarse como parte de las FISB a partir del momento en que LAP presentó su solicitud para aplicar a los beneficios del Tercer Paquete Promocional y esta fuera aprobada.

Luego de que AIR FRANCE apelara dicha decisión, el Tribunal inició su pronunciamiento reconociendo que en el Convenio Marco suscrito entre las partes se acordó que las aerolíneas conservarían los beneficios del paquete a que se acogieran si el nuevo vuelo operaba por lo menos tres veces por semana durante no menos de seis meses en forma consecutiva e ininterrumpida, habiéndose emitido posteriormente la Política Tarifaria de LAP, en la cual correspondía fijar y regular los beneficios económicos que la aerolínea se comprometió a otorgar al suscribir el Convenio Marco.

El Colegiado precisó que lo establecido en la Política Tarifaria debía interpretarse en concordancia con el Convenio Marco, pues la primera pretendía desarrollar lo establecido en el segundo, no obstante lo cual, si por un lado, el Convenio Marco calculaba el FISB tomando como referencia el promedio de frecuencia de vuelos las 52 semanas anteriores a la presentación de la solicitud, la Política Tarifaria de LAP establecía que una vez que las aerolíneas presentaran su solicitud de acogimiento a los beneficios establecidos en el Convenio Marco, los vuelos y las frecuencias sobre las cuales se solicitaba

la aplicación de dichos beneficios, formarían parte de la FISB al margen de que estas nuevas frecuencias empezaran a operar o no, esto es, que si las FIA eran de 5 vuelos semanales, las FISB serían consideradas automáticamente de 5 vuelos semanales también.

En atención a lo expuesto, el Tribunal señaló que en la medida que la Frecuencia Internacional Adicional (FIA) que AIR FRANCE se comprometió a implementar era la nueva ruta Lima-Paris-Lima sin escala que no operaba desde 1994, al momento en que se presentó la solicitud de los beneficios promovidos por el Convenio Marco, la FISB era de cero (0), teniendo en consideración que AIR FRANCE no había realizado vuelos las 52 semanas anteriores a la presentación de su solicitud.

En ese sentido, manifestó que al existir disposiciones sucesivas en el tiempo, esto es, el Convenio Marco y la Política Tarifaria de LAP, estas debían leerse e interpretarse de manera sistemática, en la medida que una desarrollaba aquello que se había establecido en la otra, por lo que la interpretación de ambas disposiciones debía de leerse de manera conjunta, indicando que en el caso materia de discusión, la disposición adicional prevista en la Política Tarifaria, que no formaba parte ni del Convenio Marco ni del Convenio firmado entre AIR FRANCE y PROMPERU, obligaba a las líneas aéreas a preservar el número de vuelos que manifestaron en su solicitud de acogimiento a los beneficios promovidos por PROMPERU, limitando la libertad que tenían de adecuar su número de vuelos conforme al nivel de demanda de dicha nueva FIA, desnaturalizándose lo acordado en el Convenio. En atención a lo señalado, el Tribunal declaró:

“En este caso, LAP agregó una precisión que no estaba ni se desprende del Convenio Marco. Es decir, las estipulaciones adicionales contenidas en la Política

Tarifaria antes descritas resultan de una interpretación unilateral que realiza la Entidad Prestadora respecto de las condiciones aceptadas en el Convenio Marco y firmadas entre CORPAC, LAP y PROMPERU, estipulaciones adicionales que si bien pretenden desarrollar aquellas establecidas en dicho convenio, en los hechos desnaturalizan el mismo y modifican de forma unilateral obligaciones provenientes del acuerdo entre las partes.

Siguiendo lo antes expuesto, en el presente caso la FIA es la nueva ruta Lima – Paris – Lima, la cual AIR FRANCE cumplió con mantener en el período de vigencia de los beneficios solicitados. Asimismo se observa que, tanto el Convenio Marco como el Convenio N° 032-2011-PROMPERU-COI, el número de vuelos mínimos requeridos para esta nueva FIA es de 3 veces a la semana, por lo que la reducción de 5 a 3 vuelos por semana, no implica salirse de los límites que establece el Convenio Marco para conservar los beneficios otorgados.”

En consecuencia, el Tribunal resolvió que al haberse mantenido los requisitos establecidos en el Convenio Marco y el Convenio N° 032-2011-PROMPERU-COI, correspondía que aplicarían los beneficios adquiridos en virtud de los referidos convenios a favor de AIR FRANCE, debiendo devolver la Entidad Prestadora el monto indebidamente facturado, más los intereses legales correspondientes.

Acceso a facilidades esenciales en infraestructura aeroportuaria: Resolución Final del 28 de octubre de 2014 emitida en el Expediente N° 212-2014-TSC-OSITRAN.

El Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN establece

las reglas, principios y procedimientos legales, técnicos y económicos que rigen el acceso a las facilidades esenciales en las infraestructuras de transporte de uso público, los cuales tienen por finalidad generar bienestar a los usuarios por la vía de una mayor competencia o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtengan resultados similares a los de una situación competitiva.

En agosto de 2014, TRANSBER presentó ante Aeropuertos Andinos del Perú (AAP) una solicitud de acceso a facilidades esenciales a fin de prestar el servicio de rampa dentro del aeropuerto internacional Alfredo Rodríguez Ballón de la ciudad de Arequipa. AAP denegó el acceso solicitado argumentando que no existía espacio suficiente en la plataforma que permitiera el ingreso de un nuevo operador de rampa, y que en el supuesto de que cualquier usuario intermedio adicional prestara el servicio de rampa, podría generarse congestión en la plataforma y en las sendas vehiculares existentes en la misma.

La apelante apeló ante el Tribunal la denegatoria de acceso formulada por TRANSBER manifestando que existía espacio suficiente para que se le permitiera el acceso a la facilidad esencial, agregando que la incorporación de un nuevo operador del servicio de rampa no generaría congestión o riesgo en la seguridad de las operaciones.

El Tribunal señaló que el Reglamento Marco de Acceso establece los requisitos para el acceso a las facilidades esenciales, obediendo su exigencia a que la naturaleza de las operaciones que se realizan en las infraestructuras de transporte requieren de un alto grado de especialización por parte de los operadores, a fin de garantizar la seguridad de las operaciones en dichas infraestructuras. En consecuencia con ello, agregó que los referidos requisitos eran establecidos

con un criterio de razonabilidad, teniendo en cuenta el grado de especialización necesario para poder prestar el servicio especial y cuidando que tales exigencias no fueran desproporcionadas y terminaran actuando como una barrera de entrada al mercado.

En atención a ello, teniendo en cuenta las razones alegadas por AAP para denegar el acceso a TRANSBER a la facilidad esencial de rampa, y considerando que el servicio de rampa es un servicio esencial que tiene que ser prestado a través del uso de una facilidad esencial, el Tribunal solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN - GSF (órgano encargado de supervisar los aspectos operativos de las infraestructuras de transporte), aclarar si existía o no espacio en el referido aeropuerto que permitiera la entrada de un nuevo proveedor para el servicio de rampa, así como si era correcto afirmar que la entrada de un nuevo competidor generaría congestión en la plataforma del Aeropuerto de Arequipa, pudiendo poner en riesgo la seguridad de los usuarios y de las operaciones que se realizaran en dicho aeropuerto.

En atención a la respuesta remitida por la GSF, el Tribunal señaló que el argumento de falta de espacio en la plataforma había quedado desvirtuado, en la medida que esta había indicado expresamente que existía espacio en las instalaciones del Aeropuerto de Arequipa para permitir la entrada de un nuevo operador del servicio de rampa.

En cuanto al posible congestionamiento de los equipos de arrastre en la plataforma y en las sendas vehiculares

existentes en la misma, el Colegiado manifestó que de acuerdo a lo señalado por la GSF, una eventual congestión en la plataforma no se encontraba relacionada con el número de operadores de rampa que pudiera existir, sino con la cantidad de equipos necesarios para atender los vuelos en simultáneo, ocurriendo que en el Aeropuerto de Arequipa era posible atender hasta 6 aeronaves, presentándose la congestión independientemente de que 1 ó 3 operadores de rampa atendieran a las 6 aeronaves.

En consecuencia con lo expuesto, el Tribunal resolvió lo siguiente:

“(…) a pesar de que el concesionario tenía la carga probatoria, y por lo tanto, la obligación de demostrar que se encuentra incurso dentro de las causales establecidas en el artículo 61 incisos a) y b) del REMA para denegar el acceso a las facilidades esenciales, no ha acreditado, la ausencia de espacio en la plataforma ni en qué medida habría congestión por la cantidad de equipos necesarios para atender los vuelos, argumentos que por el contrario, han sido desvirtuados por los memorandos remitidos por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

En tal sentido, el Tribunal declaró que la denegatoria de la solicitud de acceso a la facilidad esencial para la prestación del servicio de Rampa en el Aeropuerto Alfredo Rodríguez Ballón de Arequipa no se encontraba justificada, al no haberse acreditado la existencia de limitaciones ni restricciones en la infraestructura del referido aeropuerto, revocando la decisión de AAP al respecto.

RESOLUCIÓN

N° 013-2009-TSC-OSITRAN

APELANTE : AERO TRANSPORTE S.A.
EMPRESA PRESTADORA : LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.
ACTO APELADO : Carta Notarial LAP-GCC-00103-2009-C

SUMILLA

Confirmar la decisión de la Entidad Prestadora, LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L., contenida en la Carta Notarial LAP-GCC-00103-2009-C, de fecha 06 de febrero del 2009, de denegar a AERO TRANSPORTE S.A. la solicitud de acceso a las “losas” como facilidad esencial para la prestación de servicio de mantenimiento en el Aeropuerto Internacional ‘Jorge Chávez’”

RESOLUCIÓN N° 001

Lima, 07 de abril de 2009.

VISTOS

El Expediente N° 013-2009-TSC-OSITRAN, relativo al recurso de apelación interpuesto por AERO TRANSPORTE S.A. (en adelante, ATSA), contra la decisión denegatoria recaída en la solicitud de acceso a facilidad esencial contenida en la Carta Notarial LAP-GCC-00103-2009--C emitida LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. (en adelante, LAP); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES.-

1. Mediante carta notarial de fecha 20 de enero 2009, ATSA solicita a LAP el acceso al uso de un área de 6500 u 7000 m² requeridos para brindar el servicio de mantenimiento diario preventivo/correctivo, como facilidad esencial, lo que incluye la ocupación de las aeronaves y la utilización de todos los equipos de soporte de tierra necesarios. Al respecto, esta empresa argumenta lo siguiente:
 - i. Que las Resoluciones N^{os} 022-2007-CD-OSITRAN, 042-2007-CD-OSITRAN y 010-2008-CD-OSITRAN¹ (en adelante, el mandato de acceso para el servicio esencial de mantenimiento) fueron emitidas con el propósito que las aerolíneas (usuarios intermedios) obtengan acceso para la prestación del Servicio Esencial de Mantenimiento de Aeronaves en hangares y otras áreas en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (en lo sucesivo, el AIJCh).
 - ii. Que en dicho mandato de acceso quedó expresamente pendiente la definición del servicio, y recién con la *resolución modificatoria*² existe certeza de aquella, quedando sin efecto la delimitación sobre este servicio determinada en el Reglamento de Acceso a la Infraestructura del AIJCh-LAP (en adelante, REA-LAP)³.
 - iii. Que la flota de ATSA conformada por 12 aeronaves, cuenta con aviones Cessna de última generación, Beechcraft 1900 D y Beechcraft 1900 C, Hércules, Antonov, Piper, Cheyenne, Astra, entre otros y requiere la prestación del servicio de mantenimiento preventivo/correctivo diario. Para ello el área sobre la cual se realiza el servicio de mantenimiento preventivo denominada “losa”, constituye realmente una facilidad esencial, motivo por el cual debe aplicársele la tarifa correspondiente. Las actividades para las que se requiere la ocupación de esta facilidad esencial denominada “losa” son para la realización de las inspecciones o checks “A”
 - iv. Que al encontrarse dentro del supuesto de hecho de la definición del servicio esencial de mantenimiento preventivo y habiéndose verificado la necesidad de completar la cadena logística y de utilizar la losa, corresponde declarar a ésta como facilidad esencial, aplicando así para este espacio lo dispuesto en el mandato de acceso para la prestación del servicio esencial de mantenimiento.

1 Mediante la Resolución de Consejo Directivo N^o 022-2007-CD-OSITRAN se dictó mandato de acceso en favor de Continental Airlines, Aerocondor, ATSA Delta Airlines, American Airlines, Avianca, Aerolíneas Argentinas, Iberia, Lloyd Aéreo Boliviano, Shougang Hierro Perú, LAN, Taca Perú, Varig, Aerpostal, Cielos del Perú, Cielos del Perú, Aeroméxico, KLM 21, LC Busre, Servicios AQP, Air Canadá, Copa Airlines; a efectos que LAP les permita el acceso la utilización del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” con el fin de que éstas puedan prestar el Servicio Esencial de Mantenimiento de aeronaves en hangares y otras áreas.

Posteriormente, LAP presentó un recurso de reconsideración contra la mencionada resolución, el que, mediante Resolución de Consejo Directivo N^o 042-2007-CD-OSITRAN fue declarado fundado en parte, modificándose las definiciones de modificar las definiciones de Áreas de Mantenimiento, Mantenimiento de Aeronaves y Talleres de Apoyo, contenidas en la cláusula segunda del mandato de acceso.

Esta última resolución fue corregida mediante la Resolución de Consejo Directivo N^o 010-2008-CD-OSITRAN.

2 En la solicitud de acceso, ATSA no precisa cuál es la resolución que se alude cuando hace referencia a “resolución modificatoria”.

3 Aprobada mediante Resolución del Consejo Directivo N^o 039-2008-CD-OSITRAN.

2. Mediante Carta Notarial LAP-GCC-0103-2009-C (en adelante, la Carta LAP), de fecha 06 de febrero de 2009, LAP declaró improcedente la solicitud de ATSA. La entidad prestadora sustentó su decisión en que de acuerdo con el REMA, el REA-LAP, así como con el mandato de acceso, las facilidades esenciales que están involucradas en la prestación del servicio esencial de mantenimiento son: las oficinas, almacenes y talleres; en ese sentido, las “losas” - a las cuales ATSA solicita acceder para prestar el servicio de mantenimiento en el AIJCh- no constituyen facilidades esenciales, por lo tanto su uso está sujeto a condiciones comerciales.

Adicionalmente a lo acotado LAP expresa lo siguiente:

- i. Que de acuerdo con las Regulaciones Aeronáuticas del Perú N^{os} 1 y 111 (en lo sucesivo RAP 1 o RAP 111), las inspecciones o checks A (1 A, 2 A, 3 A, 4 A o 6 A), así como los trabajos boroscópicos a los motores de la flota, trabajos de ingeniería, descritos por ATSA en su solicitud de acceso y que serían llevadas a cabo en las referidas “losas”, no forman parte de las actividades consideradas como mantenimiento preventivo, por lo que dichos trabajos de mantenimiento no se encuentran comprendidos dentro de los alcances del REMA ni del REA-LAP.
 - ii. Que la definición de “mantenimiento” contenida en el REA-LAP se encuentra plenamente vigente, y no fue modificada por la Resolución de Consejo Directivo N^o 014-2008-CD-OSITRAN, resultando errada lo sostenido por ATSA, toda vez que incluso mediante Resolución de Consejo Directivo N^o 056-2008-CD-OSITRAN, se decidió dejar sin efecto la Resolución de Consejo Directivo N^o 014-2008-CD-OSITRAN, por la que se inició una revisión – de oficio – de la definición de Mantenimiento prevista en el REA LAP.
3. El 26 de febrero del 2009, ATSA interpuso recurso de apelación contra la decisión de LAP solicitando a este Tribunal lo siguiente:
 - i. Dar tratamiento de facilidad esencial a las “losas de mantenimiento” que vienen ocupando y se ordene a LAP efectuar el cobro de dichas áreas a un valor de “Facilidad Esencial”, anulando las facturas emitidas a partir del mes de enero de 2009 por la errónea aplicación de uso comercial.
 - ii. Se considere que en la “losa” de mantenimiento preventivo de aeronaves que ocupa estén incluidas las inspecciones de mantenimiento, los servicios de reparación, conservación y cambio de partes, incluyendo toda acción que es parte de un programa de mantenimiento para prevenir el mal funcionamiento o daños que son esperados en la operación normal de una aeronave, motor de aeronave, hélice o accesorio, en concordancia con los regulado por el RAP 121 y/o RAP 135.

Fundamentando su recurso, ATSA indica lo siguiente:

- i. Que según la definición de “mantenimiento” contenida en la Resolución de Consejo Directivo N^o 056-2008-CD-OSITRAN (en adelante, la Resolución N^o 056) de fecha 26 de noviembre del 2008, éste es aquel que se presta conforme con lo definido en la RAP 1 y RAP 111.
- ii. Que sin embargo, los RAP que se aplican a las líneas aéreas nacionales son los 121 y 135, y no el 1 (referido genéricamente a nomenclatura y definiciones) o el 111 que aplica a los operadores de servicios especializados aeroportuarios.

- iii. Que la Dirección de Aeronáutica Civil⁴ (en adelante, la DGAC), que es la entidad que regula el servicio de transporte aéreo del Perú informó a OSITRAN que el término de “*Mantenimiento Preventivo*” que el REA-LAP establece es un término parcial y no se ajusta a la normatividad aeronáutica vigente.
- iv. Que en ese sentido, el término “*mantenimiento de aeronaves*” constituye un requisito técnico que toda empresa debe cumplir para la correcta prestación del servicio de transporte y OSITRAN no puede redefinir conceptos técnicos netamente aeronáuticos y su interpretación no puede ser contraria a la regulación de la DGAC;
- v. Que en el proceso de certificación de los operadores aéreos se solicita como requisito indispensable que se consigne cuál es la base principal de mantenimiento, por lo que es necesario contar con áreas de mantenimiento, mantenimiento preventivo y alteraciones, siendo responsabilidad de las empresas aéreas la ejecución de dichas acciones; en tal sentido, las “*losas*” deben entenderse como las áreas pavimentadas o asfaltadas asignadas al explotador aéreo como parte de su área de mantenimiento.
- vi. Que la Resolución N° 056, que deroga la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2008-CD-OSITRAN (en adelante, la Resolución N° 014), contraviene directamente las indicaciones técnicas a las que se ha hecho alusión.
- vii. Que con la definición contenida en la Resolución N° 056 se pretende establecer que el mantenimiento preventivo se realiza en el área de Almacenes 167,84 m², de talleres 53,39 m² u oficinas 64,76 m².
- viii. Que el taller de mantenimiento Aeroinversiones S.A.C. que es mencionado por LAP en sus cartas y notificaciones ha sido expropiado, por ello solicita que se le otorgue el acceso a la facilidad esencial mencionada.

II.- CUESTIÓN EN DISCUSIÓN.-

4. Corresponde determinar lo siguiente:
 - i. La procedencia del recurso de apelación contra la Carta LAP; y,
 - ii. Establecer si las “*losas*” son facilidad esencial y si el servicio de mantenimiento que pretende brindar la recurrente configura o no como servicio esencial, conforme a la legislación vigente.

⁴ De acuerdo con el numeral 8.2 del artículo 8° de la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, la Autoridad Aeronáutica Civil es ejercida por la DGAC como dependencia especializada del MTC, con autonomía técnica, administrativa y financiera, necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

III.- ANÁLISIS

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

5. Para analizar el cumplimiento de los requisitos de procedencia para conocer y emitir pronunciamiento respecto a denegatorias emitidas respecto de solicitudes de acceso a facilidades esenciales, debe tenerse en cuenta lo establecido por el REMA y la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en lo sucesivo, LPAG). El artículo 63° del REMA prescribe lo siguiente

“Artículo 63°.- Apelación de la denegatoria de la Solicitud de Acceso.

La decisión de la Entidad Prestadora de denegar total o parcialmente el Acceso, podrá ser apelada por el solicitante ante la propia Entidad Prestadora, en un plazo no mayor de quince (15) días, contados desde la fecha de la notificación de la denegatoria o de resuelto en forma negativa el recurso de reconsideración. La Entidad Prestadora deberá elevar el expediente al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN en un plazo máximo de cinco (05) días contados desde la presentación de la apelación.

El Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN deberá resolver en el plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la sesión en que se tome conocimiento de la controversia o se hayan actuado las pruebas que sean solicitadas a las partes. Para ello, la apelación deberá ser incluida en la primera agenda posterior a la fecha de su recepción.

De confirmarse la denegatoria de Acceso, se dará por culminado el procedimiento administrativo. En caso de revocar la denegatoria, se continuará con los procedimientos establecidos en el presente Reglamento.

Si vence el plazo antes señalado, sin que el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN se haya pronunciado, se entenderá que se ha confirmado la denegatoria y, por lo tanto, se dará por culminado el procedimiento administrativo.

Si la Entidad Prestadora no cumple con elevar el expediente al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN en el plazo establecido en el presente artículo, el solicitante podrá presentar un recurso de queja ante OSITRAN. El incumplimiento por parte de la Entidad Prestadora de elevar el expediente en el plazo establecido será considerado como infracción, y por tanto está sujeto a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

6. Conforme con la norma citada, concordante con los artículos 15° del REMA y 7° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), es el órgano competente para resolver, como segunda instancia administrativa, el recurso de apelación interpuesto por ATSA.

7. Por otra parte, la Carta LAP fue notificada notarialmente a ATSA el 10 de febrero de 2009 y ATSA interpuso el recurso de apelación el 26 de febrero último, por tanto, el mencionado medio impugnatorio fue interpuesto dentro del plazo de quince días previsto en el artículo 207º de la LPAG⁵.
8. Finalmente, el recurso de apelación se fundamenta en una cuestión de puro derecho -determinar si la losa es una facilidad esencial o no-, por ende, se cumple el requisito exigido en el artículo 208º de la LPAG⁶.
9. En conclusión, el recurso de apelación de ATSA cumple con los requisitos formales exigidos por ley, por lo que siendo admisible, corresponde analizar los argumentos en los que se fundamenta.

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

10. Para el análisis de los argumentos del recurso de apelación se seguirá el siguiente orden:

III.2.1. Competencia del Tribunal para otorgar tratamiento de facilidad esencial a las losas.

III.2.2 Regulación del servicio esencial de mantenimiento y de las “losas” en el REMA, REA-LAP y en los mandatos de acceso.

III.2.3 Cobro de las “losas” como áreas de uso comercial.

III.2.1. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA DETERMINAR FACILIDADES ESENCIALES

11. Como se hizo mención, ATSA pretende que este Tribunal le otorgue *tratamiento de facilidad esencial a la “losa”* de mantenimiento que ocupa en el *AIJCh*, argumentando que para brindar el servicio de mantenimiento, como lo ordenan las normas sectoriales, necesitan de la infraestructura solicitada.

5 **LPAG** **Artículo 207.- Recursos administrativos**

207.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación
- c) Recurso de revisión

207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

(...)

6 **LPAG** **“Artículo 208”.- Recurso de reconsideración**

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.”

12. En ejercicio de la función normativa⁷, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el REMA que, acorde con su artículo 4º, es la norma de carácter general que establece las reglas y procedimientos aplicables **al derecho de acceso a las facilidades esenciales**, y establece los criterios técnicos, económicos y legales, así como los procedimientos a los cuales deberán sujetarse los contratos de acceso, incluida su forma y mecanismo de celebración; y los mandatos de acceso y demás pronunciamientos que emite OSITRAN sobre el acceso a la facilidades esenciales.
13. Adicionalmente, en concordancia con el artículo 13º de esta norma, cada entidad prestadora bajo la competencia de OSITRAN deberá contar con Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, con la finalidad de otorgar a los potenciales usuarios toda la información relevante para solicitar el Acceso.
14. En el REMA y REA-LAP, ambos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN, se establecen expresamente cuáles son las facilidades y servicios esenciales aeroportuarios dentro del AIJCh, así como los procedimientos a seguir para obtener el acceso a dichas facilidades y poder brindar los servicios esenciales.
15. Por lo tanto, si algún usuario y/o la misma entidad prestadora consideran que determinada infraestructura debe incluirse o dejar de considerarse como facilidad esencial, deben solicitarla ante el Consejo Directivo de OSITRAN, para que evalúe tal pretensión y establezca si cumple o no con los requisitos exigidos por el REMA o, de ser el caso, deberán solicitar la modificación del REMA y/o el REA.
16. En tal sentido, conforme con la función de solución de controversias⁸, si bien en los artículos 7º inciso d) y 14º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias⁹, se establece que es competencia de este Tribunal en vía de apelación resolver los reclamos de usuarios que se presenten como consecuencia de la aplicación del REMA, esta competencia no permite a este órgano colegiado determinar qué infraestructura tiene la calidad de facilidad esencial; esta función es ejercida sólo por el Consejo Directivo como parte de su función normativa.

7 El literal c) del artículo 3º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante la LOR) señala que estos organismos, entre ellos OSITRAN, ejercen la función normativa, que comprende la facultad exclusiva de dictar en el ámbito y en materias de sus respectivas competencias, **reglamentos**, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. Asimismo, de acuerdo con el artículo 2º del Reglamento de la LOR, aprobado por el Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, concordante con el artículo 23º del Reglamento General de OSITRAN (en adelante el REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, la función normativa a la que se hizo referencia, es ejercida de manera exclusiva por el Consejo Directivo de los Organismos Reguladores.

8 La *función de solución de controversias*, que comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados, y conforme con el artículo 47º de este último cuerpo legal, la función de solución de controversias es ejercida en primera instancia administrativa por las entidades prestadoras (reclamos) y los cuerpos colegiados (controversias) y por este Tribunal en vía de apelación.

9 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial “*El Peruano*” el 23 de enero de 2004, y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CDOSITRAN publicada en el Diario Oficial “*El Peruano*” el 22 de diciembre de 2006.

“Artículo 7º Materia de los reclamos y controversias.-

Los reclamos y controversias que son materia del presente Reglamento son los siguientes:

(...)

d) Los reclamos de usuarios que se presenten como consecuencia de la aplicación del Reglamento Marco de Acceso;

(...)

Artículo 14º.- Tribunal.

El Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia administrativa las controversias que se susciten entre las Entidades Prestadoras y entre éstas y los Usuarios de conformidad a los procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del Título III del presente Reglamento.”

17. En consecuencia, la primera pretensión de ATSA, según la cual solicita se otorgue tratamiento de facilidad esencial a la “losa” de mantenimiento que ocupan en el AIJCh, resulta improcedente porque no es competencia de este órgano administrativo establecer la calidad de facilidad esencial o no de la infraestructura del AIJCh.
18. Siendo esto así, el análisis y determinación sobre la confirmación o revocación de la decisión contenida en la Carta LAP se realizará según lo establecido en el ordenamiento legal vigente que resulte aplicable, especialmente, por el REMA y REA-LAP, que es el marco legal que regula lo relacionado al acceso a las facilidades esenciales en el AIJCh.

III.2.2 SOBRE REGULACIÓN DEL SERVICIO ESENCIAL DE MANTENIMIENTO Y DE LAS “LOSAS” EN EL REMA, REA-LAP Y EN LOS MANDATOS DE ACCESO

19. ATSA solicita que las “losas” que ocupa para realizar servicio de mantenimiento de aeronaves se considere como facilidad esencial. Sobre el particular es necesario realizar el análisis del REMA y REA-LAP.
20. Conforme con el REMA, esta norma resulta aplicable en el supuesto que un usuario intermedio solicita o requiere el acceso a una facilidad esencial, con la finalidad de brindar un servicio también calificado esencial.
21. Un servicio es calificado de esencial cuando para completar la cadena logística de transporte de carga o pasajeros en una relación origen – destino, requiere de la utilización de infraestructura cuya duplicación no es técnica o económicamente rentable en el corto plazo, y que es provista por un único o limitado número de proveedores¹⁰. En los anexos 1 y 2 del mismo REMA se han establecido taxativamente cuáles son las facilidades y servicios esenciales sobre los cuales resulta aplicable esta norma cuando se solicite su acceso a la infraestructura bajo la competencia de OSITRAN, entre

10 REMA

“Artículo 6°.- Alcance.

- El presente Reglamento es de aplicación a las Entidades Prestadoras que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público y a los Usuarios Intermedios que presten o soliciten prestar Servicios Esenciales.

No constituye objeto de este Reglamento lo siguiente:

- El ingreso a la infraestructura por parte de usuarios finales
- El Acceso a la Infraestructura por parte de Usuarios Intermedios y de otros proveedores, con fines distintos a la prestación de servicios no calificados como Esenciales.
- Servicios que se brinden de manera ocasional o por situación de emergencia, aún cuando utilicen una Facilidad Esencial.
- La normativa sobre los requisitos legales, técnicos, operativos, administrativos y ambientales, que deben cumplir las personas naturales y jurídicas que deseen brindar servicios relativos a la explotación de la infraestructura de transporte; establecidos por el órgano sectorial competente.
- El servicio de transporte terrestre por carretera (carga y pasajeros). La regulación tarifaria de dicho servicio está sometida a la aplicación del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.

Artículo 7°.- Concepto de Acceso.

Se entiende por Acceso, el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una **Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran a la Cadena Logística**. En tal virtud, el presente Reglamento regula el fenómeno económico relativo a la insustituible utilización de las **Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios**.”

(...)

ellos la aeroportuaria¹¹.

22. Según el anexo 2 del REMA, el mantenimiento para aeronaves es un servicio esencial. Sin embargo, no todo mantenimiento es un servicio esencial, habiendo sido definido y delimitado este servicio por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante el REA-LAP y el mandato de acceso para el servicio esencial de mantenimiento¹².

“Artículo 9° Facilidad Esencial.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

- a) Es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras;
- b) No es eficiente ser duplicada o sustituida;
- c) El acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino.”

Artículo 10° Servicios Esenciales.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se consideran Servicios Esenciales a aquellos que cumplen con las siguientes condiciones:

- a) Son necesarios para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino.
- b) Para ser provistos, requieren utilizar necesariamente una Facilidad Esencial.”

11 REMA

“ANEXO N° 1: Lista de facilidades esenciales sujetas al REMA

AEROPUERTOS

- Rampa.
- Áreas de parqueo de equipos.
- Áreas de maniobra en tierra.
- Vías y áreas de tránsito interno.
- Áreas de procesamiento de pasajeros y equipaje.
- Planta de combustible, red de almacenamiento y distribución.
- (...)”

Anexo 2: Lista de Servicios Esenciales sujetos al REMA

AEROPUERTOS

- Rampa o asistencia en tierra (autoservicio/terceros).
- Abastecimiento de combustible.
- Atención de tráfico de pasajeros y equipaje (oficinas necesarias para las operaciones y counters).
- Mantenimientos de aeronaves en hangares y otras áreas para aerolíneas.”

- 12 Ver pie de página N° 1 de la presente resolución.

23. Así, el REA-LAP en su artículo 4º ha delimitado el *concepto mantenimiento de aeronaves en hangares y otras áreas para aerolíneas*¹³, a las que se hace referencia en el REMA. Acorde con esta definición el servicio de mantenimiento de aeronaves que es considerado como esencial es únicamente **el preventivo** de acuerdo con las definiciones contenidas en los RAP 1 y 111, y no cualquier tipo de mantenimiento, entre ellos el mantenimiento mayor u *overhaul*, o cualquier otro tipo de mantenimiento que no se encuentre en concordancia con los RAP mencionados, como alega y pretende la apelante.
24. Pero además existe otro límite. En efecto, en el anexo 3 del REMA se establece cuál es la infraestructura que debe ser considerada como facilidad esencial a efectos de brindar los servicios esenciales en el AIJCh, entre ellos el servicio de mantenimiento preventivo¹⁴. Dentro de la infraestructura detallada en este anexo, no se consideran o consignan a las “*losas*”; a las que pretende y solicita acceso ATSA, como una facilidad esencial.
25. Adicionalmente, mediante los mandatos de acceso para el servicio esencial de mantenimiento dictado por el Consejo Directivo se estableció de manera expresa y con más detalle cuál es la infraestructura que se utiliza o es considerada como facilidad esencial para brindar el servicio esencial de mantenimiento preventivo. Según estos mandatos, las facilidades esenciales necesarias para brindar el servicio esencial de mantenimiento son a) Oficinas, b) Almacenes, y c) Talleres, no considerándose a las “*losas*” dentro de esta lista. Es más, en dichos mandatos de acceso se excluyó de manera expresa el área denominada “*losa*”¹⁵. En este sentido, esta infraestructura al no ser considerada como facilidad esencial, queda fuera del ámbito de aplicación del tratamiento especial previsto en el REMA, por lo que estas “*losas*” tienen la calidad de uso de área comercial y su acceso se determina por libre negociación entre las partes.

13 **“Artículo 4.- Definiciones**

(...)

r) Mantenimiento de aeronaves en hangares y otras áreas para aerolíneas:

Consiste en el Mantenimiento Preventivo que las aerolíneas se prestan, conforme a lo definido en la RAP 1 y RAP 111, el mismo que se refiere a las operaciones de preservación simple o menores y el cambio de partes estándares pequeñas, que no significan operaciones de montaje complejas. En ese sentido, se refiere al mantenimiento diario requerido a efectos que la aeronave esté lista para su siguiente vuelo.”

14 **REA-LAP**

“Anexo 3

De acuerdo al REMA LAP se consideran facilidades esenciales del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez a las siguientes:

- Pista de aterrizaje y despegue.
- Calles de rodaje.
- Rampa.
- Áreas de parqueo de equipos.
- Puentes de embarque.
- Áreas de maniobra en tierra.
- Vías y áreas de tránsito interno.
- Áreas de procesamiento y distribución de carga.
- Áreas de procesamiento de pasajeros y equipaje.”

15 **Mandato de Acceso para el servicio esencial de mantenimiento de aeronaves en hangares y otras áreas del AIJCh (Resoluciones de Consejo Directivo N°s 022, 042-2007-CD-OSITRAN y 010-2008-CD-OSITRAN)**

“Cláusula Segunda.- Definiciones.-

(...)

2.5 *‘Áreas de Mantenimiento’: son el(los) espacios utilizados como Almacenes y/o Oficinas de Mantenimiento y/o Talleres de Apoyo, de acuerdo a las definiciones contenidas en el presente Numeral, excluyendo las áreas de loza (sic) y/o terreno eriazo, la(s) misma(s) que se detalla(n) en el Acta de Entrega de Áreas suscrita entre LAP y la Aerolínea.’*

26. En resumen, y en virtud de lo argumentado, el REMA y el REA-LAP han delimitado el servicio esencial de mantenimiento de aeronaves al de tipo preventivo, con lo cual cualquier otro tipo de mantenimiento, como el mayor u *overhaul*, como el que pretende ATSA, no es considerado como esencial. Adicionalmente, la infraestructura solicitada por la apelante, como son las “*losas*”; no está considerada como una facilidad esencial, siendo excluida de manera expresa por los mandatos de acceso dictados por el Consejo Directivo de OSITRAN.
27. Por otro lado, la apelante trata de argumentar su impugnación en la Resolución 014, mediante la cual se inició un procedimiento de modificación del REA-LAP en lo que se refiere a la ampliación del servicio de mantenimiento de aeronaves en hangares y otras áreas para aerolíneas, incorporando en dicha definición el mantenimiento mayor u *overhaul*.
28. Al respecto, debe quedar claro que dicha resolución no modificó el REA-LAP, únicamente inició un procedimiento para su modificación, el cual fue dejado sin efecto mediante la Resolución 056, por haberse determinado que si bien este mantenimiento mayor es “indispensable” para completar la cadena logística, y por tanto cumple con una de las condiciones para ser considerado como servicio esencial, según lo establecido en el REMA, sin embargo, no cumple con el segundo requisito, es decir, para prestar dicho servicio no se requiere utilizar necesariamente las facilidades esenciales aeroportuarias bajo la administración de la empresa concesionaria del AIJCh.
29. Siendo esto así, debe quedar claro que el hecho que las empresas aéreas estén obligadas a brindar el servicio de mantenimiento de acuerdo con las normas técnicas de la DGAC, este no es un criterio para determinar si este servicio es esencial o no; los criterios para determinar la calidad de esencial de un servicio o infraestructura son los establecidos expresamente en el REMA que dicta el Consejo Directivo de OSITRAN.
30. En tal sentido, ATSA tiene la obligación de brindar a sus aeronaves el mantenimiento exigido por la normativa técnica sobre aeronáutica civil dictada por la DGAC, entre ellos el mantenimiento preventivo, al margen de si estos servicios son declarados como esenciales o no de acuerdo con el REMA y REA-LAP.
31. La Resolución N° 056-2008-CD-OSITRAN, contrariamente a lo alegado por ATSA, no constituye una modificación a la definición de “*mantenimiento preventivo*” establecida en el REA-LAP, sino que dejó sin efecto la propuesta de modificación contenida en la Resolución N° 014-2008-CD-OSITRAN. Debe aclararse además que de ninguna manera puede considerarse materia de apelación lo contenido en dicha resolución.

III.2.3 COBRO POR EL USO DE LAS “LOSAS” COMO ÁREAS DE USO COMERCIAL

32. Habiéndose determinado que las “*losas*” ocupadas por ATSA no constituyen facilidad esencial, y que no han sido solicitadas para brindar el servicio esencial de mantenimiento preventivo, el monto a pagar por el uso de estas áreas queda condicionado únicamente a la libre negociación entre las partes.
33. En consecuencia, resulta válida la posición expresada por LAP de cobrar un precio comercial por el arrendamiento de esta infraestructura que no es considerada como esencial de acuerdo con las normas que regulan el acceso.

Consecuentemente, el recurso de apelación presentado por ATSA carece de sustento dentro de la regulación sobre el acceso al

AIJCh. Por ello, debe confirmarse la decisión denegatoria contenida en la Carta LAP que motiva la interposición del recurso.

POR TANTO:

En concordancia con lo establecido en el artículo 7º inciso d) del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de controversias de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN; concordante con el artículo 63º del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Confirmar la decisión contenida en la Carta Notarial LAP-GCC-0103-2009-C, de fecha 06 de febrero del 2009, emitida por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.

SEGUNDO.- Notificar la presente resolución a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. y a AERO TRANSPORTE S.A. comunicándoles que con la presente resolución se agota la vía administrativa.

TERCERO.- Disponer la publicación de la presente resolución en la página Web institucional (www.ositran.gob.pe)

Con la intervención de los señores Vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ESPINOZA ESPINOZA
Presidente

RESOLUCIÓN

N° 062-2009-TSC-OSITRAN

APELANTE : JOSE MANUEL PARCEIRO
EMPRESA PRESTADORA : LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.
ACTO APELADO : CARTA LAP-GAC-2009-577

SUMILLA

LAP no puede exigir el doble pago de la TUUA en caso que el usuario reingrese al área restringida, por un problema relativo al control de equipaje por causas no imputables a su persona, a razón que el usuario realizó un único proceso de embarque.

RESOLUCIÓN N° 001

Lima, 3 de agosto de 2010

VISTO

El Expediente N° 062-2009-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto por el señor JOSÉ MANUEL PARCEIRO (en lo sucesivo, el señor Parceiro o el apelante), contra la Carta LAP-GAC-C-2009-577, emitida por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. (en adelante, LAP); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES.-

- 1.- Con fecha 20 de octubre de 2009 el señor Parceiro, mediante correo electrónico con LAP, informó que debido a un exceso de equipaje tuvo que salir de la zona de seguridad, sin haber pasado el control, a fin de entregar su maleta en el *counter* de la compañía de aviación y que para poder reingresar a la zona de seguridad tuvo que pagar nuevamente la Tarifa Única de Uso de Aeropuerto (en adelante, la TUUA) solicitando, en tal sentido, información del procedimiento a seguir a efectos de la devolución de uno de los pagos, en virtud que, como señala, únicamente utilizó el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”(en lo sucesivo, el AIJCh) sólo una vez para embarcarse a su vuelo.
- 2.- El 21 de octubre de 2009, el señor Parceiro reiteró a LAP que en su caso no había pasado el control de equipaje y por ende no le correspondía efectuar el doble pago de la TUUA.
- 3.- A través de otro correo electrónico de fecha 20 de noviembre de 2009, el apelante manifiesta a LAP entre otras cosas que:
 - i.- Al pasar el control de equipaje, el señor Iván Olivera Castañeda, que, según afirma el usuario, se identificó como Director de Control de Equipajes, le impidió continuar su embarque, obligándole a regresar al *counter* de la aerolínea.
 - ii.- El número de bultos y su peso corresponde ser decidido por la compañía aérea.
 - iii.- Los dependientes de LAP únicamente tienen competencia para controlar que no pasen como parte del equipaje, productos prohibidos.
- 4.- Con fecha 3 de diciembre de 2009 LAP emitió la Carta LAP-GAC-C-2009-577 que contiene su pronunciamiento respecto del reclamo, declarándolo improcedente sobre la base de los siguientes argumentos:
 - i.- Según su reporte, el oficial que atendió al señor Parceiro al momento de pasar el puesto de Control de Seguridad, observó que portaba tres bultos como equipaje de mano, razón por el cual se contactó con un agente de tráfico de la aerolínea para poder verificar el exceso de equipaje.
 - ii.- Si los pasajeros al momento de realizar el *check-in* no facturan todo el equipaje que debe ir en la bodega, LAP tiene el deber informar a la aerolínea a fin de que determine si el pasajero prosigue con el proceso de embarque o si debe regresar al *check-in* para facturarlo, tal como aconteció en el caso bajo análisis, motivo por el cual la Gerente de Aeropuerto de Iberia refirió que el reclamante tuvo que volver a facturar uno de los tres bultos que portaba.
 - iii.- Por razones operativas y de seguridad en el AIJCh, y con la autorización del OSITRAN, todo pasajero que luego de ingresar a la zona restringida, para su respectivo embarque, retorna a la zona pública y desea reingresar a la primera deberá pagar nuevamente la TUUA.

- iv.- LAP, en su calidad de concesionaria del terminal aéreo, está autorizada a cobrar las tarifas que correspondan por los servicios que pone a disposición de los pasajeros.
 - v.- La TUUA es una contraprestación por la administración y gestión de la infraestructura y servicios brindados a los usuarios, el cual se aplica conforme al contrato citado y las normas pertinentes.
 - vi.- La regulación tarifaria no obedece a la voluntad unilateral de LAP sino que es “establecida” por el OSITRAN.
 - vii.- OSITRAN ha establecido 10 causales según las cuales se debe reembolsar al pasajero el costo del pasaje, de acuerdo a la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2008-CD-OSITRAN (en lo sucesivo, la Resolución 011 o la resolución de revalidación). Sin embargo la salida del área restringida para facturar una maleta con la línea aérea, no es causal contemplada en la resolución.
- 5.- Mediante los correos electrónicos del 7 y 10 de diciembre de 2009 el señor Parceiro interpuso recurso de apelación contra la Carta N° LAP-GAC-C-2009-577, reiterando los argumentos de su reclamo y agregando que “[E]l paso del control nunca llegó a producirse porque el señor Olivera lo impidió, en contra del criterio de IBERIA.”
 - 6.- Con fecha 17 de diciembre de 2009 LAP a través del documento LAP-GCCO-C-2009-00189, elevó el recurso de apelación al Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN (en lo sucesivo, el TSC).
 - 7.- Mediante Resolución N° 001 se admitió a trámite el recurso de apelación, *concediéndose* a LAP 15 días hábiles para su absolución, cumpliendo mediante escrito de fecha 13 de enero de 2010, en el cual se reafirma en los argumentos esgrimidos en la carta objeto de apelación y añade lo siguiente:
 - i.- El reclamante ha interpuesto su recurso de apelación sin cumplir con los requisitos de forma señalados en el Reglamento de Atención de Reclamos de Usuarios de los Servicios Aeroportuarios prestados en el AIJCh¹ (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos de LAP), en tanto no dirige su escrito a la Gerencia General de LAP.
 - ii.- Los inconvenientes del apelante se iniciaron cuando una vez pagada la TUUA, pretendía hacer pasar como parte de su equipaje de mano una valija que excedía el tamaño permitido.
 - iii.- El personal de LAP procedió a informar a la aerolínea, que determinaría finalmente si el equipaje del señor Parceiro podría ir como equipaje de mano o no. La Gerente de Aeropuerto de Iberia indicó que el señor Parceiro debía de regresar al *counter* ubicado en el *hall* del *check in* para poder enviar dicho equipaje sobredimensionado como parte de su equipaje a bodega, ello debido a que no podía ser transportado en la cabina de la aeronave.
 - iv.- Luego de realizar el *check in* de su equipaje y pagar el respectivo sobrepeso, el señor Parceiro intentó ingresar nuevamente al área restringida sin pagar el TUUA, ello a pesar de habersele indicado, antes de salir de dicha zona, que si retornaba debía realizar un nuevo pago de la mencionada tarifa.

¹ Aprobado a través de la Resolución del Consejo Directivo N° 039-2008-CD-OSITRAN.

- v.- Existen sólo 10 causales válidas para la rehabilitación de la TUUA, no correspondiendo ninguna de ellas al caso del señor Parceiro.
 - vi.- “La información sobre el pago de la TUUA y las restricciones que existen una vez pagada la misma, se encuentran impresas en las ventanillas del cobro de la TUUA, así como en la señalética (sic) instalada en la zona de cobro y en los volantes informativos, tal como se demuestra en las fotos que (figuran) como Anexo 1”.
 - vii.- LAP sólo ha cumplido con el deber impuesto por la normativa aplicable en el sentido de permitir el embarque de pasajeros sólo previo pago de la TUUA, cuando éstos *ingresan* del área pública a la restringida. Esto, sin perjuicio de cumplir con comunicar diligentemente a los usuarios del AIJCh sobre las causas de la rehabilitación de la TUUA.
 - viii.- El señor Parceiro no ha demostrado el maltrato que supuestamente recibió del señor Olivera, Jefe de Aeropuerto. Al contrario, tal como se detalla en los informes de los dependientes de LAP² de fecha 19 de octubre de 2009, fue el apelante quien alterado por los hechos que consideraba injustos, hizo que fuera necesaria la intervención policial.
- 8.- La audiencia de conciliación no se llevó a cabo por inasistencia del apelante, procediéndose con la audiencia de vista de la causa el 22 de marzo de 2010 con la asistencia de las representantes de LAP, quienes informaron oralmente, quedando la causa al voto.
- 9.- Según lo solicitado por este colegiado en la Sesión N° 007-2009-TSC-OSITRAN, de fecha 8 de abril de 2010, dentro del marco de lo regulado en los artículos 66 y 67 del Reglamento General del OSITRAN³ y el artículo 9 del Reglamento

² Reporte de seguridad (fojas 6 y 7), de ocurrencias (foja 25) e Informe del personal de *Costumer Service* (fojas 28 y 29).

³ **Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por los Decretos Supremos N° 057-2006-PCM y 046-2007-PCM.**

“Artículo 66.- Ejercicio de las Facultades Previstas en el Decreto Legislativo N° 807

En virtud de la Ley, los ÓRGANOS DEL OSITRAN gozan de las facultades previstas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807.

Las facultades contempladas en el presente Título pueden ser ejercidas por cualquiera de los ÓRGANOS DEL OSITRAN siempre que sean utilizadas en estricto cumplimiento de las potestades que sean de competencia de dicho órgano. Tales facultades pueden ser usadas para obtener la información necesaria para dictar reglamentos, normas de carácter general, establecer regulaciones, mandatos u otras disposiciones de carácter particular; para llevar a cabo investigaciones preliminares, para obtener información a ser puesta a disposición del público, o para resolver un expediente o caso sujeto a las competencias del OSITRAN.
(...)”

Artículo 67.- Facultades de Investigación

Las facultades a que alude el artículo precedente son las siguientes:

(...)

- c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las ENTIDADES PRESTADORAS o empresas bajo el ámbito del OSITRAN y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados, será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas. Las inspecciones antes señaladas también se aplican en los medios de transporte en lo que fuere pertinente de acuerdo a su naturaleza.

[Subrayado y resaltado agregado]

General de Supervisión⁴, miembros de la Secretaría Técnica realizaron el 29 de abril de 2010 una inspección inopinada dentro de las instalaciones del AIJCh a fin de verificar la información respecto de la TUUA y su revalidación.

- 10.- La Secretaría Técnica remitió el Informe N° 001-10-STSC-OSITRAN (en adelante, el Informe 001), en donde se detalla lo relacionado con la mencionada inspección, adjuntándose el acta y fotografías respectivas. En la Sesión N° 010-2010-TSC-OSITRAN, de fecha 10 de mayo de 2010, se acordó incorporar dicho informe al expediente.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 11.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación.
- ii.- Establecer si LAP debe devolver el segundo pago de la TUUA.

III.- ANÁLISIS:

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

- 12.- LAP ha solicitado que, en virtud de lo prescrito en el inciso b del artículo 44 del Reglamento Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN)⁵, se declare improcedente el recurso de apelación analizado, en tanto que no fue dirigido a su Gerencia General, incumpliendo de esta manera con los requisitos de forma exigidos en el literal d) del numeral 10.5 del Reglamento de Reclamos de LAP⁶.

⁴ **Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN**

“Artículo 9.- Actividades de Supervisión No Programadas

OSITRAN podrá realizar actividades de supervisión no previstas en el Plan Anual de Supervisión cuando se requiera verificar el cumplimiento de alguna obligación por existir indicios de la comisión de una infracción, de algún incumplimiento o de una conducta.

En ciertos casos y a criterio de OSITRAN, estas actividades de supervisión podrán realizarse de manera encubierta, y el desarrollo de las mismas serán de conocimiento de la Entidad Prestadora en la oportunidad que el Órgano Supervisor lo considere conveniente o al final de la actividad de supervisión”.

⁵ **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN.

“Artículo 44°.- Requisitos de admisibilidad y procedencia de los medios impugnatorios

Es requisito de admisibilidad de los medios impugnatorios su interposición dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución recurrida; y, son requisitos de procedencia de los medios impugnatorios los siguientes:

- a.- Que se interpongan contra los actos a que se refiere el numeral 206.2 del artículo 206° de la Ley del Procedimiento Administrativo General;
- b.- Que se dirijan al órgano competente para concederlas o denegarlas, según lo previsto en los artículos precedentes;
- c.- Que se recaude nueva prueba en el caso de la reconsideración; y,
- d.- Que se fundamente debidamente.

En los casos en que la reclamación o la reconsideración, (en los procedimientos iniciados ante las Entidades Prestadoras), hayan sido declarados inadmisibles por haberse interpuesto fuera de los plazos previstos, el apelante deberá precisar las razones por las que se produjo la referida circunstancia, bajo apercibimiento de rechazarse liminarmente la apelación.

La ausencia de alguno de los requisitos antes señalados, dará lugar a que se declare la improcedencia del recurso impugnatorio.”

⁶ **Reglamento de Reclamos de LAP, aprobado a través de la Resolución del Consejo Directivo N° 039-2008-CD-OSITRAN.**

“10.5.- Requisitos para la Admisibilidad y procedencia de los medios impugnatorios interpuestos:

- 13.- Al respecto, si bien el reglamento de LAP señala que los medios impugnatorios deben dirigirse a la Gerencia General, es menester recordar que este cuerpo normativo debe ser congruente con el marco general determinado en el Reglamento de Reclamos del OSITRAN. Siendo esto así, aplicando sistemáticamente ambas normas, cuando se trate de un recurso de reconsideración debe remitirse al primer órgano, pero en el supuesto de una apelación, el órgano que lo concede o deniega es el TSC, por lo que es a éste al que debe dirigirse dicho medio impugnatorio.
- 14.- No obstante lo acotado, sobre esta exigencia formal es necesario considerar el **principio de informalidad**⁷ recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)⁸, según el cual *“permite al administrado lograr la admisión de sus pedidos, el reconocimiento de los hechos alegados y lograr el éxito de sus pretensiones salvando mediante diversas técnicas su omisión incurrida en aspectos formales no atendidos en un momento. El efecto esencial del principio es dar la responsabilidad a las autoridades instructoras de morigerar o debilitar el rigorismo de cualquier exigencia adjetiva que no afecte al interés público, para favorecer al administrado en el avance del procedimiento”*⁹.

- a.- Interposición del recurso correspondiente dentro del plazo de quince (15) días contados a partir de la notificación a que se refiere el primer párrafo del numeral 10.4;
- b.- Presentación por escrito;
- c.- Interposición del recurso contra resolución que ponga fin a la primera instancia;
- d.- Dirigir el recurso a la Gerencia General de la Entidad Prestadora que expidió la resolución que se impugna;
- e.- Debida fundamentación o sustento; o
- f.- En caso de recurso de reconsideración, cuando la sustentación del recurso se base en una nueva prueba.”

7 LPAG

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

- 1.6.- Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

(...)

8 LPAG

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

- 1.- El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

- 1.6.-Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”.

9 MORON URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General”. 8ª ed. Lima. Perú. 2009. Pág. 74.

- 15.- En ese orden de ideas, en el caso bajo análisis, el no haber dirigido el recurso de *apelación* al órgano correspondiente no es una omisión formal que pueda afectar a la otra parte o a un tercero dentro del procedimiento de reclamos, por lo que, en virtud del principio mencionado, debe declararse la procedencia del recurso, puesto que de lo contrario, implicaría inobservar el principio en mención, propiciando la indefensión del apelante, implicando además faltar al deber especial de los órganos administrativos, como este TSC, de tutelar los derechos de los usuarios¹⁰.
- 16.- Con relación a las otros requisitos formales, los reclamos sobre facturación y cobro de servicios originados por la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público (ITUP) son algunos de los supuestos que son materia del procedimiento de reclamos, según lo regulado en los artículos 7 y 14 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹¹ (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN), por lo que el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), como órgano de segunda instancia administrativa, resulta competente para conocer el recurso de apelación en cuestión, al tratar sobre el cobro de la TUUA.
- 17.- Por otro lado, es de señalar que en esencia, la comunicación del apelante dirigida a LAP el 10 de diciembre de 2009, es de una apelación contra la decisión contenida en la Carta LAP-GAC-C-2009-577, la cual se refiere a una cuestión de puro derecho, puesto que se busca establecer si LAP debe reembolsar al apelante el segundo cobro de la TUUA, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG¹².

10 Resolución emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 5637-2006-PA/TC

“11.-Los poderes públicos, en general, tienen un deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquéllos. Tratándose de órganos administrativos, tal función comprende todas aquellas actuaciones positivas que la Constitución o las leyes le atribuyen para la protección de los derechos fundamentales, tanto frente a actos del propio Estado como respecto a los provenientes de particulares. En consecuencia, si un órgano administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del propio Estado o de particulares, habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado. Como se aprecia, la lesión de derechos fundamentales del órgano administrativo tiene lugar aquí no como consecuencia de una acción, sino por la “omisión” de una actuación positiva.

- 12.-En este orden de ideas, la Constitución ha establecido que el Estado “defiende el interés de los consumidores”(artículo 65). (...)”

Al respecto vid. la Resolución final emitida por este colegiado en el Expediente N° 055-2009-TSC-OSITRAN.

- 11 **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN

“Artículo 7.- Materias de los reclamos y controversias

- a) Los reclamos de usuarios relacionados con la facturación y el cobro de los servicios por uso de la Infraestructura, lo que incluye expresamente controversias vinculadas con la aplicación del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 716.”

(...)

“Artículo 14.- Tribunal

El Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia administrativa, las controversias que se susciten entre las Entidades Prestadoras y entre éstas y los usuarios de conformidad a los procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del Título III del presente Reglamento.”

12 LPAG

“Artículo 209.- 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.”

18.- En resumen, el recurso de apelación interpuesto cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por ley y los respectivos reglamentos; en consecuencia, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

III.2.1.- La TUUA en el Contrato de Concesión del AIJCH

- 19.- El apelante solicita la devolución del segundo pago del TUUA debido a que, según señala, LAP no había realizado ningún control de equipaje, no pudiendo cobrar dos veces por el mismo servicio.
- 20.- Sobre el particular, con fecha 14 de febrero de 2001, el Estado peruano y LAP suscribieron el Contrato de Concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del AIJCh¹³ (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión), mediante el cual, conforme con su numeral 2.1 de la cláusula 2, el primero otorga al segundo la operación y explotación (aprovechamiento económico¹⁴) de los bienes de la concesión¹⁵.
- 21.- Como producto de este derecho de aprovechamiento económico, LAP brinda una serie de servicios aeroportuarios, los cuales se encuentran descritos en el Anexo 3 del Contrato de Concesión. Dentro de estos servicios se encuentran los servicios relacionados con la TUUA, que son descritos de la siguiente manera:

“ANEXO 3

OPERACIONES QUE SE LLEVAN A CABO EN EL AEROPUERTO

Operaciones Principales

Deben ser realizadas directamente por el Operador Principal y por cuenta del Concesionario. Estos servicios son los que se detallan a continuación:

1.1.- Servicios Aeroportuarios en relación a la TUUA

13 LAP es la sociedad concesionaria constituida por el Consorcio Flughafen Frankfurt/Main Aktiengesellschaft, Bechtel Enterprises International, Ltd, y Cosapi S.A., conforme con las bases de la licitación pública especial internacional para la Concesión del AICh. La composición societaria actual de LAP ahora es la siguiente: Fraport AG con 70.01% del capital social; la International Finance Corporation con 19.99%; y el Fondo de Inversión en Infraestructura, Servicios Públicos y Recursos Naturales, administrado por AC Capitales SAFI S.A., con 10%.

14 Contrato de Concesión AIJCh

“CLÁUSULA 1 DEFINICIONES

(...)

En el presente Contrato, los siguientes términos tendrán los significados establecidos a continuación:

(...)

15.- Aprovechamiento Económico: significará el derecho otorgado al Concesionario para operar y explotar los Bienes de la Concesión, en los términos y condiciones del presente Contrato, de conformidad con lo establecido en el Artículo 73 de la Constitución Política del Perú.”

15 Contrato de Concesión AIJCh

“2.1.- Otorgamiento de la Concesión. El Concedente por el presente Contrato otorga al Concesionario, con sujeción a lo dispuesto en sus estipulaciones, el aprovechamiento económico de los bienes de la concesión y demás derechos descritos en el presente Contrato.”

1.1.1.- Servicios de Salvamento y Extinción de Incendios (SEI).

Servicio cuyo objetivo es efectuar operaciones de rescate y extinguir incendios en caso de un accidente aéreo en el Aeropuerto o en sus inmediaciones y cuya finalidad principal es salvar vidas humanas y no interrumpir las operaciones de las aeronaves.

Las emergencias pueden ser:

- De las aeronaves.
- En las diferentes áreas del Aeropuerto.

1.1.2.- Seguridad.

Servicio cuyo objetivo principal es salvaguardar la seguridad, regularidad y eficiencia de la aviación civil contra actos ilícitos dirigidos contra el Aeropuerto, aeronaves, instalaciones en general, pasajeros y/o Usuarios.

1.1.3.- Circuito Cerrado de Televisión.

Servicio de seguridad a través de cámaras que cubre diversos ambientes del Aeropuerto.

(...)

Operaciones No Principales

Son aquellas operaciones no incluidas en las Operaciones Principales, y que podrán ser llevadas a cabo por el Operador Principal o por el Operador Secundario. Estos servicios, entre otros, son los que se detallan a continuación:

2.1.- Servicios Aeroportuarios en relación a la TUUA.

2.1.1.- Transporte de Equipajes.

Servicio que se le brinda al pasajero de disponer de coches portaequipajes. El pasajero luego de arribar en vuelo internacional se dirige al área de migraciones donde se ubican las fajas transportadoras para localizar su equipaje y/o pertenencias, es allí donde dispone de estos coches portaequipajes en forma libre y tiene la posibilidad de movilizarse en todo el ambiente de aduanas y salir al exterior hasta un área determinada (servicios de taxis y buses). Debe existir siempre una cantidad apropiada de coches y ser fácilmente accesibles a los pasajeros.

2.1.2.- Servicio de Transporte de Pasajeros (Terminal – Avión).

Servicio que se presta en el Aeropuerto a fin de transportar, en casos excepcionales, a los pasajeros desde/hacia las aeronaves y el pasaje de llegada del Espigón Internacional.

2.1.3.- Entrega de Equipaje.

Servicio que se le ofrece al pasajero que arriba, luego de un viaje, ubicando su equipaje y pertenencias mediante el uso de fajas transportadoras en un lugar implementado para tal fin.

2.1.4.- Información.-

Servicio que se brinda al Usuario del Aeropuerto mediante sistemas de perifoneo, counters, señalización vertical, teleindicadores, etc, incluyendo como mínimo:

- Sistema de Sonido
- Señalización
- Información de Vuelo

2.1.5.- Sala de Pasajeros en Tránsito.

Ambiente especialmente acondicionado para pasajeros que realizan conexiones o escalas de vuelos internacionales.

2.1.6.- Iluminación.

Servicio de iluminación de los ambientes del Aeropuerto para el desarrollo de actividades nocturnas y/o diurnas, en caso sea necesario.

2.1.7 - Salas de Embarque.

Ambiente donde espera el pasajero de salida, luego de realizar los trámites de chequeo de embarque, controles migratorios y de seguridad aeroportuaria.

2.1.8. - Chequeo de Pasajeros y Equipaje

Ambientes ocupados por las líneas aéreas, destinados a realizar el correspondiente chequeo del pasajero y su equipaje facturado.

2.1.9.- Sala de Autoridades (Protocolo).

Ambiente destinado a la atención de personalidades o autoridades nacionales e internacionales.

2.1.10.- Sala de Espera (Parte Pública).

Ambiente donde el pasajero realiza los controles y chequeos”.

22.- En contraprestación por los servicios que se prestan en el AIJCH, LAP tiene derecho a cobrar a los usuarios una serie de tarifas sujetas a los límites máximos que se establecieron en el Contrato de Concesión y que son reajustadas por el OSITRAN¹⁶, esto de acuerdo con los numerales 1.55 y 1.56 de la cláusula 1, numeral 6.1 de la cláusula 6 y el Apéndice 2 del Anexo 5 del Contrato de Concesión¹⁷. Esto resulta concordante con el Reglamento General de Tarifas del OSITRAN (en lo sucesivo, el RETA)¹⁸.

16 El Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, establece en sus artículos 13 y 45 que establece en el Artículo 13º y el Artículo 35º, que las tarifas son sistemas de recuperación de inversiones de los concesionarios.

17 **Contrato de Concesión AIJCh**

**““CLÁUSULA 1
DEFINICIONES**

(...)

En el presente Contrato, los siguientes términos tendrán los significados establecidos a continuación:

(...)

1.55.- Tarifa.- Significará la contraprestación por un servicio regulado que el Concesionario o un Operador recibirá de un Usuario del Aeropuerto de conformidad con la Cláusula 6.1. Los pagos por servicios no vinculados necesariamente al Aeropuerto, y cuyo precio no se encuentre regulado, no formarán parte de la Tarifa para efectos del establecimiento de Tarifas Máximas.

1.56.- Tarifas Máximas.- Significará las tarifas que fije periódicamente OSITRAN como máximas por los Servicios Aeroportuarios. A partir de la Fecha de Cierre regirán las Tarifas Máximas que se establecen en el Apéndice 2 del Anexo 5, hasta que éstas sean modificadas por OSITRAN.

**CLÁUSULA 6
TARIFAS E INGRESOS**

6.1.- Tarifa: El Concesionario determinará a su discreción las Tarifas a ser cobradas por los Servicios Aeroportuarios y otras materias con relación a las operaciones del Aeropuerto, siempre que dichas Tarifas no excedan las Tarifas Máximas establecidas en el Apéndice 2 del Anexo 5, o aquellas no contempladas en el Anexo 5 que serán fijadas por OSITRAN, de acuerdo a las disposiciones establecidas en las Normas y en las leyes que lo rigen.

Anexo 5

Apéndice 2

A partir del noveno año de vigencia de la concesión, para el reajuste de la TUUA y del aterrizaje/despegue nacional e internacional se aplicará la fórmula $RPI - X$, mediante el cual las tarifas se reajustarían periódicamente por la variación del índice de precios al consumidor de los EEUU, representado por el RPI, menos un porcentaje estimado de los incrementos anuales de productividad, representado por X. Este último porcentaje será calculado por OSITRAN y permanecerá fijo por un período de cinco años.

18 Reglamento General de Tarifas del OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN y modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 082-2006-CD-OSITRAN.

“Artículo 3.- Definiciones

(...)

Tarifa: Es la contraprestación monetaria que se paga por la prestación de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público. Su denominación puede ser también, tasa, peaje u otro equivalente, siempre que responda a dicha naturaleza.

(...)

Artículo 12.- Tarifas Contractuales

En los casos que los Contratos de Concesión de la Infraestructura de Transporte de Uso Público bajo competencia de OSITRAN, establezcan Tarifas aplicables a los servicios, mecanismos de reajuste tarifario o disposiciones tarifarias, corresponderá a OSITRAN velar por la correcta aplicación de las mismas en el marco de lo establecido en dichos contratos. Las reglas del presente Reglamento se aplicarán de manera supletoria a lo establecido en los contratos de concesión.”

23.- Dentro de las tarifas que LAP está autorizada a cobrar se encuentra la TUUA. Con relación a este tema en el Anexo 5 se establece lo siguiente:

“Régimen de tarifas y precios aplicables

1.- Servicios Aeroportuarios.

1.1.- Servicios Aeroportuarios Prestados Directamente por el Concesionario.

La Retribución de los servicios aeroportuarios indicados en el punto 1.1 se obtendrá aplicando el porcentaje ofrecido sobre los ingresos totales percibidos o devengados, lo que ocurra primero, por el Concesionario.

a.- Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto – TUUA

La TUUA tiene la finalidad de cubrir los costos por servicios indicados en el Apéndice 1, los que serán de cargo único y exclusivo del Concesionario.

a1.- Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto – TUUA (**Pasajero Embarcado en Vuelo Internacional**).

La tarifa máxima a ser aplicada se encuentra fijada en US\$ 21.19 (sin incluir los tributos de ley aplicables al servicio), monto que podrá ser incrementado de acuerdo a lo indicado en la tabla del Apéndice 2.

a2.- Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto – TUUA (**Pasajero Embarcado en Vuelo Nacional**).

La tarifa máxima a ser aplicada es de US\$ 3.39 (sin incluir los tributos de ley aplicables al servicio) a partir del sexto mes de vigencia de la Concesión y siempre y cuando haya cumplido el Concesionario con ejecutar las mejoras en servicio para ese período, conforme al Anexo 6 del presente Contrato. Este monto se podrá incrementar de acuerdo a lo indicado en la tabla del Apéndice 2.

24.- Adicionalmente en el Apéndice 1 del Anexo 5 del Contrato de concesión se indica lo siguiente:

**“ANEXO 5
APENDICE 1
TARIFAS AERONAUTICAS ACTUALES**

1.- Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (TUUA)

1.1.- Instalaciones y Servicios Aeroportuarios vinculados a la TUUA.

La Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto está relacionada con los diversos servicios aeroportuarios prestados a los pasajeros en las instalaciones del terminal aéreo durante las formalidades de despacho de pasajeros, equipajes, carga y correo; y son los que se señalan a continuación:

Embarque/Desembarque de Pasajeros

- Área de embarque
- Climatización
- Sistema de despacho de equipaje y áreas de operaciones
- Sistema de entrega de equipajes
- Transporte de pasajeros entre el terminal y la aeronave
- Chequeo de pasajeros y equipaje
- Carritos porta equipaje
- Área para pasajeros en tránsito
- Iluminación
- Comunicaciones

Orientación

- Circuito cerrado de televisión
- Señalización vertical
- Señalización horizontal
- Sistema de sonido
- Sistema de información de vuelo
- Servicio de información aeronáutica

Otras Instalaciones y Servicios

Son los locales destinados a servicios de organismos públicos:

- Aduana
- Policía Nacional

- Migraciones
- Dirección General de Transporte Aéreo
- Sanidad
- Medios de Comunicación
- Fiscalía
- Indecopi
- Promperú
- Ositran

Servicios de Atención Médica

Área Pública de Circulación de Vehículos

Áreas de Uso Común para Pasajeros y Acompañantes

Seguridad Aeroportuaria

Servicios Higiénicos

Salas Oficiales para Autoridades

La diferencia en la tarifa de los Usuarios nacionales e internacionales, se determina por la existencia de servicios distintos en las áreas internacionales y nacionales.

Todos estos servicios son con cargo a la TUUA.”

III.2.2.- Interpretaciones establecidas por el OSITRAN respecto de la TUUA

III.2.2.1.- Sobre la aplicación de la TUUA

25.- En el Informe N° 017-04-GRE-GAL-OSITRAN, aprobado por el Acuerdo de Consejo Directivo N° 568-156-04-CD-OSITRAN¹⁹, se determinó que el Contrato de Concesión establece expresamente que:

“33.- (...) para determinar a quienes puede LAP cobrar la TUUA, es necesario que se cumpla dos requisitos concurrentes:

- a.- Debe tratarse de ‘pasajeros embarcados’ en vuelos nacionales e internacionales en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”. Es decir, aquellos “pasajeros embarcados” que adquieren tal calificación en el AIJCH y no en ningún otro aeropuerto anterior, y;
- b.- Debe tratarse de **Usuarios que reciben de LAP la prestación constituida por la integridad de servicios listados en el paquete de servicios a que alude el Apéndice N° 1 del Anexo N° 5**, de modo que el pago que realizan, constituya verdaderamente una contraprestación por todos los servicios que están en capacidad de recibir de LAP’

26.- En el mismo informe, aplicando el Convenio de Chicago²⁰, se agregó que:

“35.- (...) un pasajero que embarca en el AIJCH, se define como uno que sube a bordo de una aeronave en dicho aeropuerto, con el **objeto de comenzar un vuelo**. En consecuencia no “embarcan” aquellos tripulantes o pasajeros que hayan embarcado en una de las etapas anteriores del mismo vuelo directo, definiéndose este último como aquel que el explotador identifica con el mismo símbolo desde su punto de origen vía puntos intermedios hasta el punto de destino.

(...)

39.- De acuerdo a dicha definición un pasajero de transferencia junto con el pasajero origen destino es un pasajero que ‘embarca’. En tal sentido, considerando la documentación adicional presentada por LAP, se concluye que los pasajeros internacionales en transferencia son ‘pasajeros embarcados’ en el AIJCH

27.- En el Informe N° 021-07-GS-GRE-GAL-OSITRAN aprobado con el Acuerdo N° 963-242-07-CD-OSITRAN se señaló lo siguiente:

“32.- (...)

En este sentido, como el contrato establece claramente que el importe de la tarifa pagado por los pasajeros embarcados, debe cubrir los costos de provisión de todos los servicios listados en el Numeral 1.1 del Apéndice 1 del Anexo 5; para ser susceptibles del cobro de la TUUA, **los pasajeros embarcados deben tener a su disposición (y la posibilidad real de poder utilizarlos), todos los servicios relacionados a dicha tarifa.**

(...)

40.- (...) la aplicación de las tarifas y cargos de acceso que cobra LAP en el AIJCH debe respetar el principio de pago proporcional al uso de la infraestructura, es decir, **a mayor intensidad de uso de los servicios del aeropuerto, mayor debe ser la tarifa o cargo de acceso pagado por el usuario.**

¹⁹ Este acuerdo fue confirmado por el Acuerdo N° 622-164-05-CD-OSITRAN al haber declarado improcedente el recurso de reconsideración de LAP.

²⁰ Firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, fue aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 27126 siendo ratificado mediante Decreto Supremo N° 036-99-RE. En tal virtud dicho cuerpo normativo conforme a la Ley peruana es parte integrante del ordenamiento jurídico nacional.

41.- En lo que se refiere específicamente a la TUUA, es necesario mencionar que la aplicación de este principio generaría que el Concesionario cobre por separado por cada uno de los servicios que son cargo de la mencionada tarifa. En la medida en que el número de servicios involucrados en la TUUA es significativo, lo anterior podría ocasionar ineficientes complicaciones administrativas al operador y los propios usuarios. En tal sentido, si bien el sistema tarifario **debe preservar el principio de pago proporcional por el uso de la infraestructura, ello se debe concordar con el objetivo de contar con un sistema tarifario que no ocasione elevados costos de administración y supervisión, ni altos riesgos de evasión o elusión.**

42.- En efecto, la aplicación de tarifas y cargos de acceso en el AIJCH, debe considerar de manera concordada el **principio de costo-beneficio de la intervención regulatoria**. Este último, señala que la intervención del Estado en el mercado debe llevarse a cabo al mínimo costo, procurando la maximización del bienestar de la sociedad.

43.- De esta manera, en aplicación de este último principio y en aplicación de las condiciones establecidas en el contrato de concesión para que proceda exigir el cobro de la TUUA, **se permite que el Concesionario cobre la TUUA a los pasajeros, independientemente de si utilizan todos los servicios relacionados a ella o no, bastando que la integridad de los servicios relacionados a la tarifa se encuentren a disposición de los pasajeros** (considerando que se trata de servicios empaquetados por el contrato de concesión).

44.- Sin embargo, es necesario mencionar que debería existir una correspondencia entre los servicios puestos a disposición de los usuarios, y aquellos servicios que estos podrían potencialmente utilizar. En otras palabras, **si bien los servicios relacionados a la TUUA se ‘empaquetan’ considerando el principio costo-beneficio de la intervención regulatoria, el usuario debe encontrarse en capacidad de utilizar estos últimos**”

28.- En la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2007-CD-OSITRAN²¹ en artículo 1° se estableció que:

“La finalidad de la TUUA de cubrir los costos de todos los servicios a que alude el Apéndice 1 del Anexo 5, se aplica tanto al caso de la aplicación de la TUUA a pasajeros embarcados en vuelos internacionales, como a pasajeros embarcados en vuelos nacionales”.

III.2.2.2.- Sobre la revalidación de la TUUA

29.- En la Resolución N° 011-2008-CD-OSITRAN (en adelante, la Resolución 011) se determinó lo siguiente:

“22.- (...) tanto en aplicación del contrato de concesión como del marco regulatorio, la Tarifa que paga el usuario responde a un servicio recibido por parte del Concesionario, pues un principio que rige la aplicación de las tarifas es el de su aplicación general a todos los usuarios que han recibido el servicio.

(...)

²¹ Esta resolución fue confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2007-CD-OSITRAN al haber declarado improcedente el recurso de reconsideración de LAP.

23.- En consecuencia, si LAP cumple con poner a disposición del pasajero la integridad de servicios del Apéndice 1 del Anexo 5, tendrá derecho a cobrar la tarifa.

Sin embargo, con posterioridad a esa puesta a disposición, puede ocurrir **que se interrumpa el proceso de embarque**, caso en el que será necesario analizar **a quién se debe imputar tal responsabilidad**.

24.- (...) si el proceso de embarque se interrumpe por causas imputables a LAP, generándose la imposibilidad de que el pasajero tenga a su disposición de la integridad de servicios; no será procedente que LAP exija nuevamente el cobro de la TUUA.

Sin embargo, la interrupción del proceso de embarque puede deberse también a causas imputables a distintos agentes, como pasaremos a ver en el acápite siguiente.

(...)

31.- En consecuencia, sin **perjuicio de los casos específicos planteados por LAP o por las líneas aéreas, todos los casos responden a reglas generales de asignación de responsabilidad generada por la interrupción del proceso de embarque**; sea imputable al pasajero, a la aerolínea o al Operador del Aeropuerto. Por tanto, al establecerse la regla general, se ha establecido ex – ante a quién corresponde asumir el nuevo pago de la TUUA, lo que permite a todos los involucrados en el proceso tener las reglas de responsabilidad claras y con ello la información relevante que requieren respecto a la prestación del servicio. De esta manera, el regulador espera inducir a las partes que pueden evitar estos inconvenientes a menores costos a tomar las medidas necesarias para minimizar este tipo de ocurrencias, en beneficio del servicio final prestado a los usuarios.

(...)

En atención a lo señalado en los considerandos que anteceden, este Órgano Colegiado (el Consejo Directivo del OSITRAN) estima que:

61.- Los supuestos de revalidación de la TUUA planteados por LAP y por las aerolíneas responden a reglas generales de imputación de la responsabilidad que se haga respecto a la causa que originó la interrupción del proceso de embarque, lo que permite a todos los involucrados en el proceso tener claros, ex – ante, las reglas de prestación del servicio y de asignación de responsabilidad.

62.- La interrupción del proceso de embarque del pasajero responde a las siguientes reglas generales de imputación de responsabilidad de los actores directamente involucrados en dicho proceso:

a.- Los casos en los que la imposibilidad de completar el proceso de embarque tiene que ver con acciones u omisiones en el ámbito de acción y responsabilidad del pasajero (dentro de las cuales está el poseer, portar la documentación correspondiente y tener conocimiento de los actos considerados ilícitos dentro del contexto de un viaje) la responsabilidad es del pasajero, por lo que corresponde a éste asumir nuevamente el pago de la TUUA.

b.- Los casos en los que el impedimento del proceso de embarque se debe a actuaciones directamente relacionadas al ámbito de responsabilidad de la línea aérea, corresponde a ésta asumir el nuevo pago de la TUUA, como parte del riesgo de su propio negocio. Dentro de tales supuestos se encuentran (las fallas técnicas de las aeronaves; los aspectos operacionales de éstas; vencimiento del "Duty Time"; las situaciones relativas a la tripulación; las decisiones adoptadas por la línea aérea que generan el impedimento de la conclusión del proceso de embarque y transporte aéreo, en los que la actuación del pasajero y el Operador del aeropuerto no son determinantes; así como las situaciones en las que el impedimento del proceso de embarque se debe a decisiones de la aerolínea relacionadas a la aplicación de su política comercial que están permitidas; tales como, el overbooking, pasajes stand by, entre otros).

c.- En los supuestos en los que la interrupción del proceso de embarque se relaciona con Eventos de Fuerza Mayor y/o Caso Fortuito relacionados con la operación del aeropuerto, se debe considerar las implicancias y riesgos que se asume el Concesionario al contraer la obligación de operar el aeropuerto; por lo que en tales eventualidades deben ser consideradas como parte de los riesgos naturales del negocio de operar la infraestructura aeroportuaria."

30.- Además de este criterio general de imputación de responsabilidad respecto del pago de la TUUA por interrupción del proceso de embarque, teniendo en cuenta tanto el Acuerdo N° 956-240-07-CD-OSITRAN como la Resolución 011, se aprobaron diez supuestos en los cuales la TUUA es revalidada (rehabilitada o convalidada). Estos son:

- i.- Demora o cancelación del vuelo, como consecuencia de *Foreign Object Damage* (FOD) en el AIJCh.
- ii.- Demora o cancelación del vuelo, como consecuencia de Fauna Silvestre o Peligro Aviario en el AIJCh.
- iii.- Alertas de bomba en el AIJCh.
- iv.- Cierre de aeropuerto de destino.
- v.- Comprobado el mal estado de salud del pasajero, debiendo acreditarse el mismo exclusivamente mediante prescripción del médico asignado al aeropuerto, del médico de la Dirección de Sanidad Aérea Internacional, o mediante decisión del Capitán de la aeronave en la que el pasajero fuera a embarcarse.
- vi.- Detención o retraso determinante, causados por problemas de homonimia generada por las autoridades migratorias.
- vii.- Demora o cancelación del vuelo debido a condiciones meteorológicas comprobadas.
- viii.- Demora o cancelación del vuelo debido a la emisión de un NOTAM²² por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC).
- ix.- Demora o cancelación de vuelo por daños ocurridos en la pista del AIJCh.
- x.- Congestión en los controles de seguridad de LAP debidamente comprobados. No aplica si el pasajero acude con tardanza a realizar estos controles²³.

22 Acrónimo inglés de *Notice To Airmen* (Información para aviadores). De acuerdo con el documento P-DSA-NAV-004 emitido por la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, NOTAM es un "Aviso distribuido por medio de telecomunicaciones que contiene información relativa al establecimiento, condición o modificación de cualquier instalación aeronáutica, servicio, procedimiento o peligro, cuyo conocimiento oportuno es esencial para el personal encargado de las operaciones de vuelo".

23 Este supuesto fue aprobado a través del Acuerdo N° 956-240-07-CD-OSITRAN, que al no ser cuestionado por los interesados, se entiende que quedó firme.

31.- Asimismo, en el artículo 6 de la resolución aludida se dispuso que la Gerencia de Supervisión (en lo sucesivo, la GS) apruebe los supuestos específicos en que se revalidará la TUUA, de acuerdo a las reglas generales de imputación de responsabilidad antes citada. En virtud de esta instrucción, dicho órgano del OSITRAN estableció mediante el Oficio N° 813-08-GS-OSITRAN como supuesto adicional de revalidación el siguiente:

Í.- Casos de pasajeros sospechosos de tráfico ilícito de drogas (TID) bajo la modalidad de ingesta, que sean intervenidos y trasladados a un área fuera de la zona restringida del AIJCh y que, de forma posterior, se descarte toda sospecha de TID, por lo cual el pasajero podrá continuar su proceso de embarque, previamente interrumpido por acciones fuera de su responsabilidad²⁴ (causal vigente desde el 02.01.2009).

III.2.2.3.- Criterios sobre la aplicación y la revalidación de la TUUA

32.- De lo transcripción del Contrato de Concesión se desprende el ámbito objetivo y subjetivo de la TUUA. Al respecto se puede establecer lo siguiente:

i.- **Ámbito objetivo de la TUUA** está dado por la prestación de los servicios principales y no principales descritos en el Anexo 3 y el Apéndice 1 del Anexo 5 del Contrato de Concesión.

ii.- **Ámbito subjetivo la TUUA** está dado por:

ii.1.- **LAP** que es el beneficiario (acreedor) con el pago del TUUA el obligado a brindar los servicios descritos en el ámbito objetivo y

ii.2.- El **PASAJERO EMBARCADO** de vuelos nacionales e internacionales, que es el obligado (deudor) a pagar la TUUA a cambio de poder usar potencialmente los servicios que LAP brinda.

PASAJERO EMBARCADO es aquél que aborda un avión con la finalidad de iniciar un vuelo y que tiene a su disposición los servicios involucrados en la TUUA.

33.- En base a lo citado, de acuerdo con el Contrato de Concesión y los pronunciamientos del Consejo Directivo del OSITRAN (en adelante, el CD) la aplicación de la TUUA se rige por los siguientes criterios:

Í.- La TUUA se aplica a los pasajeros que embarcan a través del AIJCh para subir a bordo de una determinada aeronave con el **objeto de comenzar un vuelo**.

ii.- La TUUA se cobra por la puesta a disposición de los servicios descritos en el Anexo 3 y 5 del Contrato de Concesión durante el embarque de un pasajero.

iii.- No importa la intensidad de uso que de tales servicios realice el pasajero a embarcar (usuario del aeropuerto).

24 Esta causal está vigente desde el 2 de enero de 2009.

Este Tribunal ha establecido como regla general que las entidades prestadoras sólo pueden requerir a los usuarios el pago **como contraprestación de los servicios efectivamente brindados**²⁵, este es el principio de pago proporcional al que se refiere el CD.

Sin embargo, en este caso, como ya también determinó el mencionado órgano administrativo (*vid. supra* numeral 29), como resultaría muy costoso tratar determinar cuál es el uso efectivo de cada uno de los servicios que realiza al momento de su embarque, en virtud del principio costo – beneficio, **se prefiere “empaquetar” todos los servicios y ponerlos a disposición del usuario quedando criterio de éste la intensidad que utilizará de cada servicio durante el embarque**. Es decir, al momento del embarque el usuario puede usar todos los servicios muchas veces o sólo los mínimos que le permitan su embarque en el vuelo para el que estaba destinado.

34.- Con relación a la revalidación que la TUUA rigen los siguientes criterios:

- i.- Cuando el usuario interrumpe su proceso de embarque, en el entendido que pierde el vuelo para el que estaba destinado subir a bordo o éste es reprogramado para un nuevo horario o cancelado, tiene que determinarse cuál de los agentes involucrados: administrador del AIJCH, aerolínea o pasajero, debe asumir el costo de usar nuevamente los servicios puestos a disposición para un nuevo embarque.

En otras palabras, mientras el pasajero se embarque en el vuelo para el que estaba destinado no debe pagar la TUUA más que en una sola oportunidad, pudiendo utilizar por dicho pago los servicios puestos a su disposición más de una vez, puesto que, como ya se indicó, no importa cuál sea la intensidad de uso de los servicios involucrados en la TUUA, sólo interesa que estos estén a disposición del usuario para que pueda utilizarlos durante su embarque en el avión para el que estaba destinado realizar el vuelo.

- ii.- Para la revalidación, además de los supuestos aprobados por el CD y la GS, existe un criterio general que es el de establecer quién tiene la responsabilidad (aerolínea, pasajero, LAP) por la interrupción del proceso de embarque, es decir, **quién es el responsable de la pérdida, cancelación o reprogramación del vuelo para el cual estaba destinado el pasajero para subir a bordo**.

En ese sentido, al momento de interrumpirse un embarque, la revalidación no aplica únicamente en los supuestos aprobados por el CD y por GS, sino que como bien señala dicho colegiado en su resolución (*vid. supra* numeral 30), estableciendo la regla general indicada se determina *ex – ante* a quién corresponde asumir el nuevo pago de la TUUA, y es en cada caso concreto de interrupción de embarque que se tiene que aplicar la regla a fin de establecer a cuál de los agentes directamente involucrados (LAP, aerolínea o el pasajero) le corresponde asumir el costo de la TUUA por el inicio de un nuevo proceso de embarque.

III.2.2.4.- **Análisis del caso en concreto**

- 35.- Habiendo ordenado y resumido los criterios establecidos en el Contrato de Concesión y el CD respecto de la aplicación y revalidación de la TUUA, corresponde analizar el caso en concreto.
- 36.- De los hechos planteados se desprende que el señor Parceiro tenía como finalidad embarcarse desde el AIJCh el 19 de octubre de 2009 en el vuelo 6650 de la aerolínea Iberia con destino a la ciudad de Madrid, sin embargo, por problemas con su equipaje de mano, relacionados con el tamaño tuvo que salir de la zona de seguridad o “restringida” para registrar dicho equipaje en el *counter* y este sea trasladado a la bodega.
- 37.- LAP considera que si un pasajero en el proceso de embarque, sale de la zona de seguridad o restringida hacia la zona de pública y quiere regresar a la primera debe pagar nuevamente la TUUA.
- 38.- Al respecto, este criterio no es acorde con lo establecido en el Contrato de Concesión y los pronunciamientos del CD, puesto que lo determinante para que el usuario pague nuevamente la TUUA es la verificación de la interrupción del proceso de embarque por su responsabilidad. Vale decir, que se cumplan las siguientes condiciones:
 - i.- El vuelo para el que estaba destinado embarcar se pierda, cancele o re programe.
 - ii.- La pérdida, cancelación o reprogramación del vuelo sea responsabilidad del pasajero.
- 39.- En ese orden de ideas, el salir o entrar de la zona de seguridad no determina la interrupción del proceso de embarque, esto en virtud que dicha zona es parte de la **seguridad aeroportuaria** que es uno de los servicios del paquete cubierto por la TUUA por lo que, siempre y cuando el pasajero suba a bordo del vuelo para el que estaba determinado viajar, no interesa cuántas veces el haga uso de los servicios puestos a su disposición incluyendo el de seguridad, ya que, como se ha mencionado, no se mide la intensidad de utilización de los servicios durante el proceso de embarque.
- 40.- Siendo esto así, al embarcarse el señor Parceiro en la fecha y la hora estipulada en el vuelo para el cual estaba destinado viajar (vuelo 6550) sólo se encontraba obligado a pagar una vez la TUUA, no interesando en cuántas oportunidades utilizó los servicios involucrados en esta tarifa, incluida la zona de seguridad.
- 41.- Ahora bien, en el supuesto negado que se considere que la interrupción del proceso de embarque se determine por la salida de la zona de seguridad, para que se justifique el cobro al usuario debe demostrarse que dicha interrupción fue responsabilidad del apelante.
- 42.- De los hechos planteados se desprende que con fecha 19 de octubre de 2009 el señor Parceiro tenía como finalidad embarcarse desde el AIJCh en el vuelo 6650 de la aerolínea Iberia con destino a la ciudad de Madrid, sin embargo, por problemas con su equipaje de mano relacionados con el tamaño, tuvo que salir de la zona de seguridad o “restringida” para registrar dicho equipaje en el *counter* y este sea trasladado a la bodega.

²⁵ Al respecto ver las resoluciones finales emitidas en los Expedientes N° 001, 002 y 005-2008-TR/OSITRAN.

43.- Al respecto, en el Informe de Ocurrencias-Avsec-0-0-FA N° 02483 (en lo sucesivo, el informe de ocurrencias) el supervisor Edmundo Peña Arévalo indica lo siguiente:

*“(…) Al consultarle (al señor Parceiro) sobre si no llegó a registrarlos como equipaje de bodega, respondió (sic) que era pasajero diplomático (asiento fila 22) y que el viajaría con todo esos bultos como equipaje de mano. Se solicita la presencia de representante (sic) de Iberia, acercándose la supervisora Nilda Guerra, a quien **se le consulto (sic) que si ingresaba todo esos bultos, Iberia los aceptaría como equipaje de mano**, indicando que llegando a su sala los bajaría y colocaría en equipaje de bodega. **Dicho esto agregue que (sic) por el PCS (puesto de control de seguridad) no se inspeccionaba eq. (sic) de bodega**. La supervisora de Iberia convencio (sic) al pax (sic) de declarar su equipaje, llevándolo hacia su counter.
(…)”*

44.- De lo citado se evidencia que el señor Parceiro ingresó a la zona de seguridad con un equipaje que por sus dimensiones normalmente no era considerado como equipaje de mano, ante esta situación LAP, a través de su personal de seguridad, realizó la consulta a la representante de IBERIA, quien afirmó que las maletas y demás bultos que trasladaba dicho pasajero se consideren como de mano, indicando que luego los colocarían en su almacén.

45.- Siendo esto así, en virtud de la regla general de imputación de responsabilidad aludida, no se ha demostrado que el usuario haya sido responsable de la interrupción de su proceso de embarque.

46.- En consecuencia, debe devolverse el monto de la segunda TUUA pagado por el señor Parceiro porque el salir de la zona de seguridad no configura interrupción del proceso de embarque, y en el supuesto negado que se considere lo contrario, no se ha llegado a comprobar que haya existido responsabilidad de este señor ya las causas del problema relativo al control del equipaje no son imputables a su persona.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión contenida en la Carta LAP-GAC-C-2009-577 emitida por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L., mediante el cual declara improcedente el reclamo presentado por el señor JOSÉ MANUEL PARCEIRO.

SEGUNDO.- Poner en conocimiento del señor JOSÉ MANUEL PARCEIRO y de LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L., que con la presente resolución se agota la vía administrativa.

TERCERO.- Disponer la publicación de la presente resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe)

Con la intervención de los señores vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN

RESOLUCIÓN

N° 011-2010-TSC-OSITRAN

APELANTE : DELMA SOCORRO FREYRE LIRA
EMPRESA PRESTADORA : LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.
ACTO APELADO : DECISIÓN CONTENIDA EN LA CARTA LAP-GAC-2010-375

SUMILLA

Durante el proceso de embarque, el usuario deberá pagar nuevamente la TUUA cuando pretenda reingresar a la zona restringida, siempre y cuando se determine que su salida fue producto de su responsabilidad.

RESOLUCIÓN N° 001

Lima, 25 de enero de 2011

VISTO

El Expediente N° 062-2009-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto por el señor JOSÉ MANUEL PARCEIRO (en lo sucesivo, el señor Parceiro o el apelante), contra la Carta LAP-GAC-C-2009-577, emitida por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. (en adelante, LAP); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Con fecha 20 de mayo de 2010 la señora Freyre acudió al Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (en adelante, AIJCh) con la finalidad de viajar a Santiago de Chile en el vuelo LR 625 X de la aerolínea TACA.
- 2.- Después de haber pagado la Tarifa Unificada de Uso de Aeropuerto (en lo sucesivo, la TUUA), al pasar por el Control de Seguridad le fue impedido el ingreso a la sala de embarque por llevar como equipaje de mano un jabón líquido en una cantidad que excedía los 100 ml.
- 3.- La señora Freyre salió de la zona restringida para dejar su jabón líquido en el *counter* del *check in*. Al momento de su reingreso a la mencionada zona tuvo que pagar nuevamente la TUUA.
- 4.- Al no estar conforme con dicho cobro, la señora Freyre interpuso reclamo contra LAP manifestando que no recibió información apropiada y oportuna respecto de la prohibición de llevar jabón líquido como equipaje de mano y sobre el nuevo pago de la TUUA.
- 5.- Con fecha 2 de julio de 2010 vía correo electrónico, LAP notificó la Carta LAP-GAC-C-2010-375 (en lo sucesivo, la Carta de LAP) que contiene su decisión de declarar improcedente el reclamo de la señora Freyre, argumentando lo siguiente:
 - i.- La Norma Técnica Complementaria NTC-005-2007-DSA (en lo sucesivo, la Norma Técnica) emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC), indica que los líquidos, aerosoles y geles de 100 mililitros de capacidad máxima cada uno, deben transportarse en una bolsa de cierre de 20 cm. x 20 cm. El jabón líquido que llevaba la señora Freyre no cumplía con lo estipulado en dicha norma.
 - ii.- Según lo establecido en el acápite 6 f) de la referida norma, son las compañías aéreas las encargadas y responsables de brindar a sus pasajeros información oportuna y actualizada sobre el procedimiento que deben aplicar en estos casos; sin perjuicio de ello, LAP también transmite en forma adecuada dicha información a través de letreros que están colocados en distintas zonas del terminal, por los altoparlantes durante las horas previas al embarque y por la página web.
 - iii.- En cuanto a la información brindada por el personal de LAP, la Gerencia de Seguridad informó que la señora Freyre “habría manifestado que no escuchó claramente cuando se le dieron las indicaciones y que se sintió un poco confundida por la cantidad de información que le era brindada”.
 - iv.- Por tanto, LAP sí cumplió con informar adecuadamente a la apelante. Asimismo, el señor que la atendió ha recibido la indicación que cuando comunique a los pasajeros sobre la normativa vigente, lo haga de manera más pausada con la finalidad que estos puedan comprender claramente la información que se les brinda.
- 6.- Mediante correo electrónico de fecha 12 de julio de 2010, la señora Freyre confirma la recepción de la carta y adjunta

su recurso de apelación, reiterando los argumentos de su reclamo y agregando que pretende que LAP reembolse el pago extra de la TUUA.

- 7.- Con fecha 15 de julio de 2010 LAP, a través de la Carta LAP-GAC-C-2010-402, se remitió el recurso de apelación al Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN (en lo sucesivo, el TSC).
- 8.- Mediante Resolución N° 001 se admitió a trámite el recurso, concediéndole a LAP 15 días hábiles para su absolución, cumpliendo mediante escrito de fecha 12 de agosto de 2010 en el que solicita que se confirme la decisión contenida en la Carta LAP, en virtud de los siguientes argumentos:
 - i.- Luego que la señora Freyre pagó la TUUA, al momento de apersonarse al Control de Seguridad previo al ingreso del espigón, personal de seguridad de LAP detectó que portaba indebidamente, como parte de su equipaje de mano, jabón líquido en una cantidad que excedía los 100 mililitros, el cual calificaba como “prohibido” conforme a la Norma Técnica la cual está referida al transporte de Líquidos, Aerosoles y Geles (en adelante LAG).
 - ii.- En cumplimiento de la normativa citada, el personal de seguridad de LAP informó a la señora Freyre que para proseguir su proceso de embarque debía desechar el jabón líquido en tanto constituye una sustancia prohibida de ser llevada en la cabina de pasajeros. Como alternativa, se le informó que en el *counter* de *check-in* de la aerolínea podría registrarlo como parte de su equipaje de bodega, advirtiéndole expresamente que en el supuesto que decidiera salir a la zona pública, al momento de reingresar a la área restringida tendría que pagar nuevamente la respectiva TUUA.
 - iii.- La señora Freyre optó por salir a la zona pública, por lo que al momento de su reingreso, tal como se le había informado, tuvo que pagar nuevamente la TUUA.
 - iv.- La señora Freyre no niega haber recibido la información sino que ésta habría sido transmitida de manera inapropiada; en tal consideración, el presente caso se basa en un supuesto defecto en la forma que la información relevante para el pasajero habría sido difundida o puesto al alcance del mismo.
 - v.- En el AIJCh existen mecanismos que permiten a los pasajeros contar con información completa y adecuada, referida, entre otros aspectos, al pago de la TUUA y a los LAG.
 - vi.- Son las líneas aéreas las responsables de informar a los pasajeros acerca de los LAG; el personal de LAP se limita a repetir y recordar la información; sin perjuicio de ello, éste se encuentra debidamente instruido para brindar información sobre las disposiciones vigentes, de manera cordial y pausada, con el fin de que éstos puedan comprender claramente sus alcances.
 - vii.- Adicionalmente, LAP difunde las medidas de seguridad para el transporte de productos a través de los sistemas de información de salida y llegada de vuelos (FIDS), perifoneo y colocación de letreros en las zonas de mayor concentración del AIJCh (entradas al *Hall* de *Check-in*, a la entrada de la zona de pago de la TUUA

y en el puesto de control de seguridad).

- viii.- En ese sentido, en el supuesto negado que la señora Freyre no hubiera recibido información directa por el personal de LAP, ésta se encuentra a disposición en lugares apropiados.
 - ix.- La información sobre el pago de la TUUA y las condiciones que existen en cuanto a su control, se encuentran expuestas en la página *Web* de LAP, en las ventanillas de cobro de dicha tarifa, así como en la puerta de salida de la zona restringida hacia la zona pública. Por tanto, es claro que la señora Freyre si contaba con toda la información respecto del monto y política comercial aplicable a dicha tarifa.
 - x.- Existen sólo 10 causales válidas para la rehabilitación de la TUUA, no correspondiendo ninguna de ellas al caso de la señora Freyre
- 9.- Tal como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, en la Audiencia Especial de Conciliación llevada a cabo el 10 de setiembre de 2010, no pudo arribarse a ningún acuerdo por inasistencia de la apelante, razón por la cual, con fecha 13 de setiembre de 2010 se realizó la vista de la causa en la que informaron oralmente las partes, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 10.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación.
 - ii.- Establecer si LAP debe devolver el segundo pago de la TUUA.

III.- ANÁLISIS

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

- 11.- Como se evidencia de los antecedentes descritos, el reclamo de la señora Freyre, devolución de la TUUA, se enmarca dentro del supuesto recogido en el inciso 1 del artículo 7 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹; por lo que, en concordancia con el artículo 14 del mismo texto normativo², el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 12.- Por otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), Ley N° 27444, al sustentarse en una cuestión de puro derecho, en el sentido que se busca determinar si LAP estaba legitimado para cobrar dos veces por la TUUA; pero además en una interpretación diferente de las pruebas producidas, puesto que LAP considera que si informó adecuada y oportunamente a la señora Freyre, quien sostiene lo contrario³.
- 13.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por ley y los respectivos reglamentos, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

1 **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado con Resolución del Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado mediante la Resolución del Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN.**

"Artículo 7°.- Materia de los reclamos y controversias

Los reclamos y controversias que son materia del presente Reglamento son los siguientes:

a) Los reclamos de usuarios relacionados con la facturación y el cobro de los servicios por uso de la Infraestructura, lo que incluye expresamente controversias vinculadas con la aplicación del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 716"

2 **"Artículo 14°.- Tribunal.**

El Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia administrativa las controversias que se susciten entre las Entidades Prestadoras y entre éstas y los Usuarios de conformidad a los procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del Título III del presente Reglamento

Asimismo es competente para resolver las quejas que se presenten en el proceso de solución de reclamos y de controversias.

El Tribunal sesiona con la asistencia mínima de tres (3) de sus miembros y adopta decisiones con el voto aprobatorio de la mayoría de los asistentes. En caso de empate en una votación, el Presidente o quien haga sus veces tendrá voto dirimente"

3 **LPAG**

"Artículo 209.- 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."

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

- 14.- En la resolución final emitida en el Expediente N° 062-2009-TSC-OSITRAN (en adelante, el Expediente N° 062), el TSC analizó el Contrato de Concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del AIJCh suscrito entre el Estado peruano y LAP así como los pronunciamientos del Consejo Directivo respecto de la TUUA, estableciendo algunos criterios sobre su pago y revalidación; los cuales, en virtud del principio de predictibilidad⁴ recogido en el literal 1.15 del numeral 1 del artículo IV de la LPAG, serán tomados en cuenta, en lo que fuera pertinente, en la solución del caso materia de autos.
- 15.- De lo manifestado y probado por las partes durante la tramitación del presente procedimiento, se puede establecer que el 20 de mayo de 2010 la señora Freyre acudió al AIJCh a efectos de abordar el vuelo LR 625 X. Durante el proceso de embarque, tuvo que salir de la zona de restringida a la zona pública debido a que llevaba como equipaje de mano un jabón líquido que excedía los 100 mililitros. Al momento de su reingreso para embarcarse en el mismo vuelo, LAP le cobró nuevamente la TUAA.
- 16.- De acuerdo con LAP, si un pasajero sale de la zona de seguridad o restringida hacia la zona pública y quiere regresar a la primera debe pagar nuevamente la TUUA pues considera que el proceso de embarque se ha interrumpido.
- 17.- De manera discordante con la posición planteada por la entidad prestadora, en el Expediente N° 062, el TSC estimó que la salida del pasajero de la zona de seguridad o restringida hacia la zona pública no implica la interrupción del proceso de embarque, siempre y cuando el pasajero tome el avión para el que estaba programado su viaje.
- 18.- De lo manifestado por las partes, se puede establecer como hecho no controvertido, y por tanto sin requerimiento de prueba⁵, que la señora Freyre se embarcó en el vuelo (LR 625 X) para el que estaba proyectado su viaje a la ciudad de Santiago de Chile. En tal sentido, no existió interrupción del proceso de embarque de la apelante.

4 LPAG

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo"

1.- *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

(...)

1.15.- *Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá."*

- 5 Es reconocido tanto legal como doctrinariamente que los hechos no controvertidos están eximidos de ser objeto de prueba. Al respecto, Montero Aroca sostiene que "En el proceso regido por el principio de oportunidad y sus consecuencias quedan fuera de la necesidad de prueba los hechos no controvertidos. Esto es manifiesto cuando se trata de hechos que han sido afirmados por las dos partes, pero no es menos cierto respecto de los hechos afirmados por una y admitidos por la contraria (...) no es ya únicamente que no están necesitados de prueba, es que la ley prohíbe que sea intentada su prueba". MONTERO AROCA, Juan, "La prueba en el Proceso Civil", Civitas, Madrid, 1998, p. 39. Normativamente esta situación se encuentra regulada en el artículo 190 Código Procesal Civil, el cual resulta aplicable al procedimiento administrativo en virtud del principio del debido procedimiento, recogido en el numeral 1.2 del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Al respecto, el referido artículo prescribe lo siguiente:

"Artículo 190.- *Pertinencia e improcedencia.-*

Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

- 1.- *Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia*

(...)"

- 19.- Ahora bien, al no verificarse la interrupción del embarque, correspondería que LAP le devuelva la TUUA que pagó al reingresar a la zona restringida; sin embargo, esta decisión implicaría aceptar que cualquier usuario del AIJCh durante su embarque pueda entrar y salir de la mencionada zona sin mayor reparo, situación que, además de incentivar a la falta de diligencia de los usuarios y causar mayores costos operativos para la entidad prestadora, ocasionaría externalidades negativas⁶.
- 20.- En efecto, la libre entrada y salida de la zona de seguridad podría suscitar la formación de aglomeración de pasajeros y con ello congestión, generando costos relacionados con el mayor tiempo que tendrían que disponer los otros usuarios diligentes para realizar los controles previos al embarque.
- 21.- Sobre el particular, es pertinente reparar en el artículo 13 del Reglamento General del OSITRAN⁷ según el cual la actuación del Regulador se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto. Esto supone que sus decisiones deben tener en cuenta los incentivos para la utilización eficiente de la infraestructura de transporte de uso público, como la aeroportuaria⁸, y sus efectos en los demás usuarios.
- 22.- Siguiendo lo manifestado, a efectos de no crear incentivos para la falta de diligencia de los usuarios y evitar la generación de costos de congestión; es razonable que el reingreso a la zona restringida tenga ciertos límites en la responsabilidad de los usuarios y de LAP.
- 23.- En tal razón, el TSC considera que los primeros podrán salir libremente del área en referencia y reingresar sin pagar nuevamente la TUUA siempre y cuando exista una causa que justifique la salida y la cual no haya sido generada por su responsabilidad; *contrario sensu*, correspondería que paguen nuevamente al momento de su reingreso.
- 24.- Siendo esto así, para la devolución de la TUUA a la señora Freyre, es necesario previamente analizar si tuvo responsabilidad en su salida de la zona restringida.
- 25.- Como se anotó en los antecedentes, la señora Freyre salió de la zona restringida a la pública porque llevaba consigo un jabón líquido que sobrepasaba el límite permitido (100 mililitros) por la Norma Técnica.
- 26.- Al respecto, según el numeral 2 de la Norma Técnica, esta es aplicable a todos los operadores aéreos que realizan vuelos internacionales (aerolíneas) y a los operadores de aeródromos de donde salen pasajeros al extranjero. Considerando que de acuerdo con el artículo 27 de la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil, los aeropuertos son

6 "Hay una externalidad cuando una persona realiza una actividad que influye en el bienestar de la otra y, sin embargo, ni una paga ni otra recibe ninguna compensación por ese efecto. Si la influencia es negativa, se llama externalidad negativa; si es beneficiosa, se llama externalidad positiva. En presencia de externalidades, el interés de la sociedad por un resultado del mercado va más allá del bienestar de los compradores y de los vendedores de ese mercado; también incluye el bienestar de los que resultan afectados indirectamente. Como los compradores y los vendedores no tienen en cuenta los efectos externos de sus actos cuando deciden la cantidad que van a demandar o a ofrecer, el equilibrio del mercado no es eficiente cuando hay externalidades". MANKIWI, Gregory, "Principios de economía", Thomson, Madrid, 2007, pp. 143.

7 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por los Decreto Supremo N° 057-2006-PCM y 046-2007-PCM.

8 Este principio ha sido recogido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público que en su artículo 1 señala:

"e) Principio de eficiencia.

La determinación y modificación de los Cargos y Condiciones de Acceso deberán tomar en cuenta los incentivos para el uso eficiente de la infraestructura de transporte, evitando la duplicidad ineficiente, costos de congestión y otras externalidades"

aeródromos de uso público, la Norma Técnica es aplicable a LAP en su calidad de operador del AIJCh.

- 27.- Contrariamente a lo que señala LAP y conforme con el inciso 5 del literal e) del numeral 6 de la Norma Técnica, esta entidad prestadora, en su calidad de operador del AIJCh, debe realizar funciones de difusión de las medidas de seguridad para el transporte de LAG en vuelos internacionales a través de perifoneo, colocación de letreros y de los sistemas de información de salida y llegada de vuelos (FIDS). En resumen, la difusión sobre los objetos prohibidos como equipaje de mano no es obligación únicamente de las aerolíneas, sino también de LAP.
- 28.- Como se observa en las fotos adjuntas en la absolución del traslado del recurso de apelación (fojas 36-38), LAP ha colocado en el AIJCh paneles a través de los que informa, tanto en idioma inglés como en español, sobre los objetos permitidos y prohibidos de llevar como equipaje de mano. La información consignada en estos anuncios es la siguiente:

Vuelos Internacionales	Vuelos Internacionales
Equipaje de mano PERMITIDO	Equipaje de mano PROHIBIDO
Perfumes, cremas, dentífricos y geles de 100ml (o menos) cada uno.	Botellas o envases con líquidos (agua, gaseosas o licores) de cualquier tamaño
Colocados en una bolsa transparente de con cierre de 20cm x 20 cm.	Perfumes, geles y cremas de más de 100 ml
Solo una bolsa por pasajero	NTC-005-2007-DSA
Se pueden llevar medicinas y comida para bebés necesarios para el vuelo.	
NTC-005-2007-DSA	

- 29.- Estos paneles se encuentran en la puerta de entrada al Control de Preembarque (Exterior del ingreso al *Hall Check-in*), en el ingreso a la zona de pago de la TUUA así como al puesto de control de seguridad.
- 30.- Cabe agregar que LAP cumple con esta obligación desde antes que sucedan los hechos materia del presente procedimiento, tal como consta en el Informe N° 001-10-STSC-OSITRAN elaborado por miembros de la Secretaría Técnica, con relación a la visita inopinada al AIJCh realizada el 29 de abril de 2010. En el numeral 17 del informe en mención se expresa que:

“17.- se pudo constatar la existencia de paneles al momento de ingresar al referido aeropuerto tanto por la entrada nacional como internacional, así como dentro de las instalaciones antes de entrar a los counters, al momento del pago de la TUUA y al momento de pasar la revisión de rayos ubicada en la zona de seguridad, posterior al pago del TUUA. Estos paneles contenían información, tanto en español como en inglés sobre los objetos que estaban permitidos y prohibidos de transportar; si bien esta prohibición es aplicable solo para vuelos internacionales, tal como se puede constatar de las fotos que se adjuntan como anexos, se hace difusión en todas las entradas del aeropuerto para un mayor conocimiento del usuario”

- 31.- De lo reseñado se colige que LAP cumplió con poner a disposición del usuario de manera adecuada y oportuna, información sobre la prohibición de llevar objetos como el jabón líquido; no obstante la información brindada y disponible a lo largo del AIJCh, la señora Freyre llegó a la zona de seguridad con un jabón líquido que excedía el volumen permitido, y es esto lo que generó su posterior salida de la zona restringida.
- 32.- Esta situación denota que la señora Freyre no actuó con la diligencia debida durante el proceso de embarque pues llevaba como equipaje de mano un objeto prohibido, a pesar que existía información al respecto. LAP sólo cumplió con su obligación de impedir su traslado.
- 33.- En ese orden de ideas, la salida de la zona restringida es exclusiva responsabilidad de la señora Freyre; puesto que si no hubiera llevado como equipaje de mano el jabón líquido, no hubiera necesitado salir a la zona pública y, por lo tanto, tampoco habría pagado nuevamente la TUUA al momento de su reingreso.
- 34.- Ahora bien, con relación a la información sobre el nuevo pago de la TUUA por parte de los usuarios al momento reingresar a la zona restringida, a pesar que la señora Freyre afirma que no se informó y oportuna y adecuada al respecto, de acuerdo con lo remitido por LAP (folios 31y 32), antes de salir de dicha área existe volantes en el que explican expresamente sobre dicho pago; situación que ha sido corroborada por el OSITRAN mediante las diferentes acciones supervisión.
- 35.- En tal sentido, es evidente que LAP ha cumplido con su obligación de establecer mecanismos que permitan a los usuarios mantenerse adecuadamente informados sobre el pago de la TUUA al momento de reingresar a la zona de seguridad. Siendo parte de la diligencia ordinaria de un consumidor razonable informarse adecuadamente, situación que evidentemente no se ha verificado en el presente caso por parte de la señora Freyre.
- 36.- En consecuencia, habiéndose establecido que la señora Freyre es responsable de su salida de la zona restringida a la zona pública del AIJCh, no corresponde que LAP devuelva la TUUA pagada por aquella al momento de su reingresó.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión contenida en la Carta LAP-GAC-C-2010-375 emitida por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. mediante la cual se desestima el reclamo presentado por la señora DELMA SOCORRO FREYRE LIRA.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a DELMA SOCORRO FREYRE LIRA y a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. informándoles que la vía administrativa queda agotada.

TERCERO.- Disponer la publicación de la presente resolución en la página *Web* institucional (www.ositran.gob.pe)

Con la intervención de los señores vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

RODOLFO ERNESTO CASTELLANOS SALAZAR
Vice Presidente
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN

RESOLUCIÓN

N° 009-2014-TSC-OSITRAN

APELANTE	:GLOBALIA HANDLING S.A.U. SERVICIOS AEROPORTUARIOS ANDINOS S.A. SERVISAIR PERU S.A.C.
EMPRESA PRESTADORA	:LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.
TERCEROS INTERESADOS	:TALMA SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A. Y WORLDWIDE FLI GHT SERVICES SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A.
ACTO APELADO	:Otorgamiento de la Buena Pro en el proceso de Subasta al Mejor Postor para otorgar el Acceso para operar el Servicio de Rampa prestado por Terceros en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez

SUMILLA

En los procesos de Subasta, el criterio de subsanación aplicado por la Entidad Prestadora al momento de evaluar el contenido de los Sobres Propuesta de los distintos postores, debe ser uniforme, respetando los principios establecidos en el REMA.

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 28 de abril de 2014.

VISTO

Los recursos de apelación interpuestos por GLOBALIA HANDLING S.A.U. (en adelante, GLOBALIA), SERVICIOS AEROPORTUARIOS ANDINOS S.A. (en adelante, SAA) y SERVISAIR PERU S.A.C. (en lo sucesivo, SERVISAIR), contra la Buena Pro otorgada en el Concurso Privado por Subasta al Mejor Postor para otorgar el Acceso para Operar el Servicio Esencial de Rampa en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, proceso de subasta o concurso), convocado por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. (en lo sucesivo, LAP); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 8 de agosto de 2013, LAP convocó al Concurso Privado por Subasta al Mejor Postor a fin de otorgar el acceso para operar el servicio de rampa prestado por terceros en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en lo sucesivo, AIJCh).
- 2.- De conformidad con el cronograma establecido en las Bases, con fecha 29 de noviembre de 2013 el Comité de Adjudicación de LAP (en adelante, el Comité), recibió los sobres conteniendo las propuestas de los interesados en ofrecer el servicio de rampa, diligencia en la que estuvo presente el doctor José Alejandro Ochoa Lopez, Notario Público del Callao (en lo sucesivo, el Notario Público).
- 3.- Con fecha 13 de diciembre de 2013, se dio lectura de las evaluaciones realizadas por el Comité, respecto de cada una de las Propuestas Técnicas y Económicas de los postores, diligencia que se llevó a cabo con certificación del Notario Público, comunicándose los siguientes resultados:
 - i.- Se descalificó la Propuesta Técnica de GLOBALIA la cual obtuvo un puntaje de 57.5, que, de acuerdo con lo dispuesto por las Bases, no era suficiente para proceder a la etapa de evaluación de su Propuesta Económica.
 - ii.- Las empresas SERVISAIR y SAA fueron descalificadas, en la medida que sus Propuestas Económicas, no cumplieron con los requisitos de forma establecidos en las Bases.
 - iii.- Se otorgó la Buena Pro a las empresas: TALMA SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A. (en adelante, TALMA) y a WORLDWIDE FLIGHT SERVICES SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A. (en lo sucesivo, WFS).
- 4.- Con fecha 20 de diciembre de 2013, las empresas SERVISAIR, SAA y GLOBALIA, interpusieron sus respectivos recursos de reconsideración contra el otorgamiento de la Buena Pro a favor de las empresas antes mencionadas, argumentando lo siguiente:

SERVISAIR:

- i.- Durante la diligencia de adjudicación de la Buena Pro, se comunicó a SERVISAIR que había sido descalificada como postor dentro del proceso de subasta debido a que su Propuesta Económica no cumplió con las formalidades establecidas en las Bases. Sin embargo, el Comité no indicó la omisión en la que había incurrido, razón por la cual, con fecha 16 de diciembre de 2013 se le solicitó precise lo antes mencionado.
- ii.- A través de la comunicación del 17 de diciembre de 2013, el Comité informó a SERVISAIR que la razón de su eliminación como postor dentro del proceso de subasta se debió al hecho que su Propuesta Económica no contaba con la firma legalizada de los representantes legales de la empresa.

- iii.- SERVISAIR indicó que en el numeral N° 13 de las Bases, se establecieron los requisitos formales que debían contener las Propuestas Económicas. Afirma que en dicho numeral, no se aprecia que exista alguna obligación de presentarla con la firma legalizada de los representantes legales.
- iv.- Agrega que si bien en el encabezado del anexo K se estableció que la declaración jurada debía contar con firma legalizada, dicho documento se trata de un mero formato, por lo que la referida indicación no podía ser considerada como una instrucción adicional que deba ser exigida a los postores.
- v.- A lo anterior añade que el referido documento no era una declaración jurada, sino una carta de compromiso que contenía una oferta o propuesta por cada uno de los interesados, por lo que no se podría exigir para su validez que las firmas de los representantes de la empresa se encuentren legalizadas.
- vi.- Otro aspecto que reclama SERVISAIR, es el hecho que la empresa WFS no haya sido descalificada automáticamente por haber presentado una Carta Fianza de Garantía de Seriedad de la Propuesta que no se ajustaba al formato N° 1 del anexo G. Sobre este último punto, indica que los numerales 2.29 y 15.1 de las Bases claramente detallan que dicho documento debió presentarse conforme al formato obligatorio. Asimismo, en las propias Bases se consignó que, en el supuesto que el postor presente una garantía que no se ajuste a dicho formato, se tendría como no presentada y por lo tanto sería descalificado de manera automática.
- vii.- Dado lo expuesto, solicita que la empresa WFS sea descalificada como postor dentro del presente proceso de subasta, al haber presentado una Carta Fianza que no se encontraba conforme al formato exigido en las Bases, tal como fue constatado por el Notario Público al momento en que se presentaron las propuestas.

SAA:

- i.- Durante la diligencia de adjudicación de la Buena Pro, se comunicó a SAA que había sido descalificada como postor dentro del proceso de subasta debido a que su Propuesta Económica no cumplió con las formalidades establecidas en las Bases. Sin embargo, el Comité no le indicó la omisión en la que había incurrido.
- ii.- Mediante cartas N° 036-2013-SAA y 037-2013-SAA del 16 y 17 de diciembre de 2013, respectivamente, SAA solicitó al Comité que precise cuáles fueron los requisitos que incumplió su representada en su Propuesta Económica. Asimismo, requirió que el plazo para impugnar el otorgamiento de la Buena Pro, sea computado a partir de la fecha en que se responda su requerimiento.
- iii.- Mediante Carta LAP-GCC-1751-2013-G del 18 de diciembre de 2013, el Comité informó a SAA que su Propuesta Económica fue presentada sólo en original, es decir, sin acompañar la copia simple que exigía las Bases.
- iv.- Frente a la precisión realizada por el Comité, SAA indicó que las Bases establecen con claridad dos etapas diferenciadas antes de la adjudicación de la Buena Pro: i) La etapa de recepción de propuestas regulada en el numeral 17.2 y, ii) La etapa de evaluación de las propuestas que figura en el numeral N° 17.3.

- v.- La deficiencia alegada por el Comité está referida a una omisión formal que debió ser detectada al momento de recepción de documentos y no durante la evaluación de las Propuestas Económicas. Asimismo, indicó que, en el supuesto que se hubiese advertido la carencia de un requisito formal en los documentos presentados, el Comité debió rechazar la documentación presentada o en su defecto, solicitar la subsanación correspondiente.
- vi.- Sin embargo, el Comité no realizó observación alguna al momento de recibir los sobres conteniendo las propuestas de su representada, lo que demostraría que la documentación presentada cumplió con todos los requisitos establecidos en las Bases. Lo antes expuesto se encuentra acreditado en el documento denominado Check List, el cual se elaboró en el acto de recepción de las propuestas y en donde no se consignó la falta de algún documento o formalidad.
- vii.- A lo anterior agrega que no se observa en las Bases, circulares o documento alguno, referencia o precepto alguno que establezca la descalificación del postor, ante la eventual omisión de adjuntar una copia simple de la Propuesta Económica.
- viii.- Debe considerarse que dicha omisión no modifica ni altera los términos de su Propuesta Económica, por lo que en el supuesto que efectivamente no se hubiese presentado dicha copia, en nada afecta su validez.
- ix.- Finalmente, sostiene que de acuerdo a lo dispuesto en las Bases, el Comité posee las facultades necesarias a fin de solicitar subsanaciones a los postores, las que no se encuentran limitadas a alguna etapa del proceso ni al tipo de propuesta. Por ello, afirma que no existió impedimento alguno para poder solicitar la subsanación del defecto formal presente en su Propuesta Económica.

GLOBALIA:

- i.- Afirma que la Propuesta Técnica de su representada, debió superar el puntaje mínimo requerido por las Bases y obtener un puntaje de 74.2 puntos y no los 57.5 puntos otorgados por el Comité.
- ii.- En el criterio de “Áreas de Operación”, GLOBALIA obtuvo una calificación de 0.4 cuando el máximo puntaje era 6 puntos pese a que su representada ha desarrollado actividades de handling en múltiples áreas de operación, en 3 distintos continentes y en aeropuertos donde se atiende un número de pasajeros y aeronaves muy superior al que se atiende en el AIJCh. Dado lo expuesto, considera que no debió otorgársele una calificación tan baja, cuando a TALMA, la cual atiende en un solo continente, se le otorgó una puntuación de 0.8. Por lo expuesto, considera que se le debe otorgar una calificación de 3 puntos como mínimo.
- iii.- En el criterio de “Años de experiencia en el sector”, obtuvo una calificación de 2.6 sobre un máximo de 6 puntos. Sobre el particular, afirma que de acuerdo con las Bases, la Propuesta Técnica debía considerar los años de experiencia del postor y no los años de experiencia del grupo económico al cual pertenece cada uno de ellos. Agrega que teniendo en cuenta el alto puntaje otorgado al resto de sus competidores, concluye que la calificación de aquéllos se habría realizado considerando los años de experiencia de sus respectivos grupos económicos. En ese sentido, y teniendo en cuenta la experiencia con la que cuenta el grupo empresarial al

que pertenece su representada, debió otorgársele un puntaje mínimo de 3.5 puntos.

- iv.- Respecto a la “Certificación BASC¹”, su representada no logró obtener puntaje alguno siendo que el puntaje máximo en dicha categoría era de 3. Afirma que el Comité debió tener en consideración que para poder obtener dicha certificación es necesario que la empresa cuente con un número de Registro Único de Contribuyente (en adelante, RUC) otorgado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, requerimiento con el que no cuentan las empresas extranjeras.

Asimismo, de conformidad con las Bases, en el supuesto que un postor no presentara la referida certificación en la Propuesta Técnica y éste resulte ganador, dicha empresa se encontrará obligada a obtener estas certificaciones de acuerdo al cronograma que figura en las Bases. Dado lo expuesto, la presentación de dicha certificación no debió ser un requisito exigible a los postores ni un criterio de evaluación para el otorgamiento de la Buena Pro.

- v.- Sobre el criterio de “Experiencia de su Gerente de Operaciones”, GLOBALIA no logró puntaje alguno pese a que la puntuación máxima otorgada en esta categoría era de 5 puntos. Afirma que de conformidad con las Bases, la experiencia del gerente deberá acreditarse con su respectiva hoja de vida, debiendo encontrarse dentro de la planilla de la empresa. Sin embargo, el Comité no tuvo en consideración que al momento que se presentó la propuesta, su representada aún no había constituido la empresa en el país, por lo que difícilmente podría exigírseles la incorporación de personal dentro de su planilla.

Pese a ello, y con la finalidad de cumplir con tal requerimiento, su representada adjuntó el detalle del perfil que tendría su Gerente de Operaciones en el supuesto de ganar la Buena Pro, los cuales eran superiores a los establecidos en las Bases.

Agrega que al momento de formular la consulta respecto a la exigencia de incorporar el gerente dentro de la planilla de la empresa, el Comité contestó de la siguiente forma: “Se entiende que el Gerente de Operaciones estará considerado en la Planilla desde el inicio de Operaciones”. Teniendo en cuenta lo expuesto, era completamente factible interpretar que en la etapa de presentación de las propuestas, no era necesario adjuntar el nombre específico del Gerente de Operaciones, por lo que considera que se le debió otorgar un puntaje de 3 puntos.

- vi.- Con relación al “Organigrama de la empresa y al nivel de implementación del SMS²”, afirma que ni en las Bases ni al momento en que se absolvió las consultas de los postores interesados, se indicó que el nivel de implementación de SMS es un criterio de evaluación en el proceso de subasta. Agrega que su representada, al no estar establecida en el Perú, nunca podría lograr los tres puntos que se otorgan de cumplir con dicho requerimiento en la medida que para ello se requiere los siguientes requisitos: i) realizar una auditoría en el lugar de trabajo, ii) su implementación se realiza en función a la estación específica que se operará. Por lo expuesto, tal exigencia lo coloca en una situación de desventaja frente a los otros postores que

1 BASC: “Business Alliance for Secure Commerce” (Alianza Empresarial para el Comercio Seguro).

2 Safety Management System (Sistema de Gestión de Seguridad).

si se encuentren constituidos en el país, por lo que no debió ser un criterio de evaluación dentro del proceso de subasta.

- vii.- Respecto a la calificación otorgada por los “*Certificados de conservación de equipos*”, GLOBALIA obtuvo una calificación de 8.6 sobre un total de 15 puntos. Sobre el particular, considera que la valoración de los certificados presentados fue muy baja pese a que se han seguido las indicaciones de LAP establecidas en las Bases y que la certificación de sus equipos se ha sometido al criterio de la SGS quienes aplicaron las normas ANSI³ al momento de elaborarla. Dicha metodología permite obtener el estudio del estado de los equipos, a través del análisis de un muestreo válido. Esta técnica se usa en aquellos supuestos donde el hacer una certificación de la totalidad de los equipos, resulta ser un proceso largo e innecesariamente oneroso. Por lo expuesto, considera que se le debió otorgar mayor puntaje dentro de dicho aspecto.

- 5.- Con fecha 31 de diciembre de 2013 y 2 de enero de 2014, el Comité de Adjudicación de LAP, resolvió los recursos de reconsideración, argumentando lo siguiente:

Respecto del recurso de reconsideración presentado por SERVISAIR:

- i.- Conforme consta en el Acta de Adjudicación de la Buena Pro, SERVISAIR fue descalificada como postor dentro del proceso de subasta, al haberse verificado que su Propuesta Económica no cumplía con los requisitos de forma establecidos en las Bases, por no contar con las firmas legalizadas de sus representantes legales.
- ii.- Sobre el particular, el numeral 13 de las bases dispone lo siguiente:
- “La Propuesta Económica de cada postor se formalizará mediante la presentación de Anexo K debidamente llenado, visado en cada página y firmado por el (los) Representante(s) Legal(es) del Postor.”*
- iii.- En este sentido, para cumplir con lo requerido en las Bases en cuanto a las formalidades y contenido de la Propuesta Económica, no bastaba con ceñirse a lo indicado en el numeral 13 de aquellas; sino que además, había que cumplir con lo indicado en el Anexo K el que claramente establece en su encabezado que las firmas de los representantes legales se encuentren debidamente legalizadas.
- iv.- Finalmente, respecto a la Carta Fianza de la empresa WFS, se aprecia que efectivamente el Notario Público realizó una anotación en el sentido que dicho documento no se ajustaba al formato establecido. Pese a lo expuesto, y tal como se desprende del Acta de Evaluación de Propuestas Económicas, se dejó constancia que una vez realizada la verificación correspondiente por parte del Comité, se determinó que no existía inconveniente en el documento presentado en la medida que su texto sí cumplía con los requisitos establecidos en las Bases.

Respecto del recurso de reconsideración presentado por SAA:

3 ANSI: American National Standards Institute (Instituto Nacional de Estándares Americano).

- i.- Conforme consta en el Acta de Adjudicación de la Buena Pro, la Propuesta Económica de SAA fue descalificada al advertirse que esta no cumplía con los requisitos de forma establecidos en las Bases, específicamente, porque no se habría adjuntado la copia simple de dicha propuesta.
- ii.- Sobre el particular, indica que en las Propuestas Económicas, el Comité, en ejercicio de la facultad reconocida en el numeral 18 de las Bases, adoptó como criterio que no se permitirían subsanaciones de dichas propuestas. Dicho criterio fue aplicado a todos los casos y postores, en cumplimiento del principio de imparcialidad recogido en el numeral 5 de las Bases.
- iii.- Dicha decisión se tomó debido a que el aspecto sustancial de toda Propuesta Económica es el monto ofertado, es por ello que se busca evitar que el postor, bajo el pretexto de corregir un error o defecto formal, pueda efectuar alguna alteración a su contenido y con ello quebrantar su intangibilidad.
- iv.- Asimismo, añade que no es correcto lo afirmado por SAA, en el sentido que durante la etapa de recepción de propuestas se revisó el contenido del sobre que contenía la Propuesta Económica, toda vez que el numeral 17.2 de las Bases, claramente indica que el Notario Público únicamente procederá a abrir el sobre que contenía la Propuesta Técnica. Por el contrario, el sobre que contenía la Propuesta Económica fue lacrado en dicho acto, sin poder verificar su contenido o si la documentación que se encontraba en su interior cumplía con todas las formalidades requeridas en las Bases.
- v.- Teniendo en cuenta lo expuesto, queda claro que recién en el acto de evaluación de Propuestas Económicas, el cual se llevó a cabo con la presencia de Notario Público, se abrió el sobre de SAA y se advirtió que no cumplía con las formalidades exigidas por las Bases.
- vi.- Finalmente, indica que el Comité, en ejercicio de la facultad reconocida en el numeral 18 de las Bases, tenía la autoridad para solicitar la subsanación de las propuestas presentadas así como para descalificar una propuesta cuando esta no se ajuste a lo establecido en las Bases, criterio que se aplicó por igual a todos los postores.

Respecto del recurso de reconsideración presentado por GLOBALIA:

- i.- Sobre el reclamo relacionado con la puntuación otorgada en el criterio “*Áreas de Operación*”, afirma que dicho precepto, busca identificar al postor que tenga el mayor número de localidades de operación.
- ii.- Teniendo en cuenta lo expuesto, así como lo establecido en las Bases, el Comité tomó en cuenta el número de locaciones o aeropuertos en los que se brinda el servicio de rampa; siendo que en este criterio, el postor que obtuvo la mayor calificación fue SERVISAIR quién declaró operar en 120 estaciones. En este sentido y considerando que GLOBALIA declaró operar en 8 locaciones, en aplicación de la regla de tres directa tal como lo establecen las Bases, el puntaje asignado a dicho postor fue de 0.4.
- iii.- Con respecto a la calificación otorgada en el criterio “*Años de servicio en el sector*”, la puntuación fue asignada

considerando la experiencia del postor y no la del grupo empresarial al cual pertenece. En este contexto, la empresa TALMA obtuvo el puntaje máximo al contar con 16 años de experiencia acreditada mientras que GLOBALIA sólo contaba con 7 años. En este sentido y, en aplicación de la regla de tres directa, tal como lo establecen las Bases, la calificación otorgada fue de 2.6.

iv.- Respecto a la calificación otorgada por la presentación de la “*Certificado BASC*”, afirma que este fue un requerimiento claramente estipulado en las Bases, lo que fuera reafirmado al momento de absolver las consultas que los postores hicieron en su oportunidad sobre el particular. Señala que en esta etapa se precisó a los postores que podrían presentar una certificación equivalente como la ISO-28000, relacionada con la seguridad en la cadena de suministros. Asimismo, se informó a los postores que se otorgaría el puntaje máximo a aquellos que ya cuenten con dicha certificación y, para el caso de los postores que se comprometían a obtenerlas en menor tiempo al establecido, el puntaje máximo a obtener sería equivalente a la mitad del puntaje para dicho criterio. No obstante lo anterior, GLOBALIA no presentó algún documento relacionado con dicha certificación, razón por la cual no se le otorgó puntaje en este aspecto.

v.- Sobre la calificación otorgada en el criterio “*Experiencia del Gerente de Operaciones*”, afirma que en el literal b) del numeral 12.4 de las Bases se estableció que la experiencia de dicho gerente se acreditaba con la presentación de su hoja de vida debidamente documentada. Adicionalmente, en la consulta N° 45 se aclaró que dicho personal debía estar en la planilla de la empresa desde la fecha de inicio de las operaciones, el cual se encontraba programado para el 6 de agosto de 2014. En este orden de ideas, el argumento señalado por GLOBALIA en el sentido que no podían incorporar en la planilla de una sucursal en proceso de formación a un Gerente es inexacto, toda vez que esta era una exigencia que solo debía cumplirse si dicha empresa resultaba ser la ganadora de la Buena Pro.

En el presente caso, GLOBALIA solo presentó el perfil de los posibles candidatos a ocupar dicha posición, lo que no se ajusta a lo requerido por las Bases y fue por esta razón, que no se le otorgó puntaje alguno en este ítem.

vi.- Respecto a la calificación otorgada en el criterio “*Organigrama de la empresa y el nivel de implementación del SMS*”, afirma que, contrariamente a lo manifestado por GLOBALIA, el nivel de implementación/incorporación de SMS en la estructura organizacional, está expresamente indicado en el Anexo E de las Bases.

En este rubro, GLOBALIA obtuvo 2 puntos en razón que presentaron un plan para su implementación con un menor alcance que el presentado por el resto de los postores.

vii.- Finalmente, respecto al puntaje otorgado por los “*Certificados de estado de conservación de equipos*”, LAP afirma que en la consulta N° 33, donde uno de los postores sugirió la posibilidad de presentar copia simple de los certificados de mantenimiento, el Comité claramente indicó que se debe presentar copia certificada notarialmente e individual por cada equipo. Dado lo expuesto, quedó claramente estipulado que no corresponde aplicar una fórmula de muestreo como lo plantea GLOBALIA.

GLOBALIA únicamente acreditó el estado de conservación de 1 de los 16 equipos motorizados antiguos con

los que operaría en Lima y 51 de los equipos no motorizados. A estos últimos se les otorgó el puntaje máximo ya que, por tratarse de equipos nuevos, no requieren la presentación de un Certificado de Conservación.

Sin embargo, LAP admite que en este último rubro existió un error material al momento de consignar el puntaje de la apelante, siendo que la calificación que debió asignársele debió ser de 8.8 y no 8.6 que fue la otorgada.

Pese a dicho error, la diferencia de 0.2 puntos no hace que varíe el resultado final de la evaluación realizada a la propuesta de GLOBALIA, en la medida que no le permite alcanzar el puntaje mínimo para acceder a la etapa de evaluación de la Propuesta Económica.

6.- Con fecha 7 de enero de 2014, las empresas SERVISAIR, SAA y GLOBALIA interpusieron sus respectivos recursos de apelación contra las resoluciones a través de las cuales LAP resolvió sus recursos de reconsideración, alegando lo siguiente :

SERVISAIR:

i.- De acuerdo a lo indicado en los numerales 2.45 y 13 de las Bases, la Propuesta Económica se formaliza mediante la presentación del anexo K. En ese sentido, los criterios y exigencias de cómo se debe llenar y presentar dicho anexo, se encuentran estipulados únicamente en el numeral N° 13 de las Bases, sin considerar las indicaciones que figuran en el encabezado de dicho anexo.

ii.- Sobre lo señalado por el Comité, en el sentido que tal requerimiento constituiría una formalidad establecida en las Bases que busca resguardar la plena vinculación entre la oferta y el oferente, SERVISAIR considera que ello carece de fundamento toda vez que dichos documentos fueron entregados por los mismos representantes legales de la empresa ante Notario Público. Dado lo expuesto, considera que no existía la necesidad de certificar la autenticidad de las firmas consignadas en su propuesta, al no haber posibilidad de que esta fuera firmada por personas distintas a los representantes legales.

iii.- Finalmente, respecto a la aceptación de la Carta Fianza presentada por la empresa WFS, señala que en el literal g) del numeral 12.1 de las Bases, se indicaba que cada postor debía presentar como parte de la Propuesta Técnica una “*Garantía de Seriedad de la Propuesta (Carta Fianza Bancaria), emitida de acuerdo con el Formato Obligatorio adjunto en el Anexo G, Formato 1, sin lugar a modificación, eliminación, o adición alguna del texto del formato de dicho Anexo.*” En ese sentido, LAP habría incumplido con las Bases, en la medida que, tal como se indica en el numeral 12 de las Bases así como en el Anexo E, el Comité debió descalificar automáticamente a WFS sin que corresponda realizar la evaluación de su propuesta.

SAA:

i.- En las Bases se establecen con claridad dos etapas diferenciadas antes de la adjudicación de la Buena Pro: i) La etapa de recepción de propuestas, la cual se encuentra regulada en el numeral 17.2 de las bases y ii) La

etapa de evaluación de las propuestas, cuyo procedimiento figura en el numeral N° 17.3.

- ii.- En este sentido y teniendo en cuenta que la deficiencia alegada por el Comité se encontraba referida a un defecto en la documentación presentada, considera que esta omisión debió advertirse en la etapa de recepción documentaria y no en la fase de evaluación de propuestas.
- iii.- Asimismo, afirma haber presentado su propuesta cumpliendo con lo indicado en el numeral 17.2 de las Bases, esto es, adjuntando tanto los documentos originales como sus copias simples.
- iv.- Sostiene que la Propuesta Económica debía presentarse en dos sobres, uno con el original de la propuesta y otro conteniendo su copia simple. Dichos documentos se presentaron cumpliendo con todas las formalidades exigidas, ya que no existe observación alguna sobre el particular. Por lo expuesto, no se explica cómo es que en la primera etapa se dio la conformidad de los documentos presentados, para luego descalificar a su representada por la ausencia de la copia simple de la Propuesta Económica.
- v.- A lo anterior agrega que en las Bases no existe alguna referencia sobre una segunda etapa de evaluación de los requisitos formales, distinta a la que se realiza al momento de presentación de los documentos. Tampoco existe circulares o referencias que hagan mención de una sanción de descalificación por la omisión de presentar una copia simple de la Propuesta Económica.
- vi.- Dado lo expuesto, afirma que la descalificación de su representada por la falta de una copia simple de la Propuesta Económica, es una acción arbitraria, toda vez que el Comité nunca requirió la subsanación de dicha omisión. Agrega que la subsanación de tal omisión de ninguna manera podía afectar la intangibilidad de la propuesta, en la medida que el documento original obra en poder del Comité.
- vii.- Finalmente, indica que el Comité permitió la subsanación de aspectos más relevantes a documentos de otros postores, contraviniendo con ello lo dispuesto por las Bases, al haber evaluado la Carta Fianza presentada por WFS, pese a que esta no se ajustaba al formato exigido en estas.

GLOBALIA:

- i.- GLOBALIA considera que el factor de evaluación del número de locaciones, tiene como finalidad evaluar la capacidad que tiene cada postor para brindar el servicio de rampa de manera idónea. Por lo tanto, resultaría errado leer las Bases considerando dicho criterio como un simple conteo del total de aeropuertos en los que atiende cada postor, sino que este implica la evaluación de los factores numéricos de cada ciudad o país donde cada candidato brinda el servicio de rampa.
- ii.- Sobre los años de experiencia en el sector afirma que, al igual que el criterio anterior, la calificación debe ser considerada no sólo en función al número de años de experiencia, sino en base a los números que están detrás de dichos años, considerando la importancia y dimensión de las actividades que se realizan en el rubro correspondiente durante este período.

- iii.- Respecto a la presentación de la certificación BASC, GLOBALIA considera que no debería ser un criterio de evaluación en la Propuesta Técnica, ya que ello perjudica a las empresas extranjeras que aún no se encuentran establecidas en el Perú, beneficiando inequitativamente a las empresas nacionales. Asimismo, el otorgar el 50% del puntaje a aquellas empresas que se comprometieran a obtenerla antes del plazo sigue siendo una solución discriminatoria, pues existió una diferencia de puntuación de 1.5 frente a las empresas que cuentan con tal certificado.

- iv.- Respecto a la experiencia del Gerente de Operaciones, afirma que dicho requerimiento sólo era exigible una vez que la empresa inicie sus operaciones. Por ello, al momento de presentar su propuesta, adjuntó el detalle de todos los requisitos y experiencia con la que contaría el Gerente de Operaciones a ser designado por GLOBALIA, en el supuesto que ganara la Buena Pro, adjuntando para ello las hojas de vida de los posibles candidatos cuyos perfiles eran muy superiores a los exigidos en las Bases.

- v.- Con relación a la calificación otorgada por el organigrama de la empresa y al nivel de implementación del SMS, afirma que dicho criterio de evaluación, vulnera los artículos 34, 35 y 37 del Reglamento de Acceso de LAP en la medida que su representada, al no estar establecida en el Perú, nunca podría lograr los tres puntos que se otorgan en dicho aspecto.

Esta discriminación no ha sido desvirtuada por LAP en la resolución materia de impugnación. Asimismo, afirma que los argumentos usados por el Comité para otorgarle dos puntos resulta arbitrario puesto que en las Bases, no se indicó los alcances que debían tener los planes y programación para la implementación del SMS. Por ello, considera que bastaba su presentación para otorgárseles el puntaje máximo y no debió compararse su propuesta con aquellas que fueran presentadas por los otros postores.

- vi.- Sobre los certificados de conservación de equipos, LAP reconoció que a GLOBALIA le correspondía una calificación de 8.8 y no los 8.6 que inicialmente le fue otorgada. Pese a tal reconocimiento, afirma que no se ha justificado por qué se le otorgó una calificación máxima de 0.75 a los 51 equipos nuevos cuando la calificación máxima es de 1.

En este sentido y siguiendo la fórmula aplicada por LAP, se observa que la máxima calificación que podía obtener GLOBALIA, en el supuesto de haber presentado los 16 certificados de los equipos motorizados hubiera sido la siguiente:

$$(16/67 + 51/67 * 0.75) * 15 = 12.1455 = 12.1$$

Afirma que con la fórmula aplicada por el Comité, su representada no habría podido obtener el puntaje completo dentro de esta categoría, dado que le faltarían 2.9 puntos para ello. Por tal motivo, solicitó que se le incrementara la calificación otorgada a 11.7.

- vii.- Finalmente, el Recurso de Reconsideración presentado debió ser declarado fundado en parte y no infundado en la medida que, de conformidad con el apartado A de la resolución impugnada, LAP admitió que se cometió

un error en el puntaje otorgado a GLOBALIA en uno de los criterios evaluados (certificado de conservación de equipos).

Dado lo expuesto, y en la medida que se incrementó el puntaje otorgado, correspondía que se devuelva la Garantía de Seriedad de la Impugnación, ya que parte de su pretensión fue parcialmente reconocida por LAP.

- 7.- A solicitud de todas las partes, se programó el informe oral para el 16 de abril de 2014. Tal como consta en el acta de asistencia, todas las partes, así como los terceros interesados, informaron oralmente ante el TSC, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- i.- Determinar la procedencia de los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por LAP.
- ii.- Establecer si debe declararse la nulidad del Acto que otorga la Buena Pro a las empresas TALMA SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A. y WORLDWIDE FLIGHT SERVICE SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A., dentro del Concurso Privado por Subasta al Mejor Postor para otorgar el Acceso para Operar el Servicio de Rampa prestado por terceros en el AIJCh.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

III.1.- EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

- 9.- El Reglamento Marco de Acceso⁴ (en adelante, REMA), regula el procedimiento para el Acceso por Subasta, el cual en su artículo 93 dispone lo siguiente:

“Asimismo, el postor podrá impugnar la buena pro mediante un recurso de apelación ante la Entidad Prestadora, en un plazo de cinco (05) días contados a partir de la fecha del otorgamiento de la buena pro, o contados a partir de la notificación de la denegatoria del recurso de reconsideración. (...)”

El Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN resolverá dicha apelación en un plazo máximo de quince (15) días contados desde la fecha de la sesión en que el Tribunal toma conocimiento de la controversia o vencido el plazo para que las partes presentes sus respectivas pruebas (...)”

- 10.- En el presente caso, la materia del presente procedimiento versa sobre los recursos impugnativos presentados por GLOBALIA HANDLING S.A.U., SERVICIOS AEROPORTUARIOS ANDINOS S.A. y SERVISAIR PERU S.A.C., contra la Buena Pro otorgada en el proceso de subasta a las empresas TALMA SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A. y WORLDWIDE FLIGHT SERVICE SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A.

⁴ Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD/OSITRAN, y modificado por Resoluciones de Consejo Directivo N° 054-2005-CD/OSITRAM y 006-2009-CD/OSITRAN.

- 11.- Respecto al cómputo del plazo, el numeral 1 del artículo 134 de la LPAG dispone que cuando aquel es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio y los feriados no laborables de orden nacional o regional⁵. En virtud a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.

- 12.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

- i.- Las resoluciones emitidas por LAP materia de impugnación, fueron notificadas a SERVISAIR, SAA y GLOBALIA, los días 2 de enero de 2014 y 31 de diciembre de 2013, respectivamente.
- ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que SERVISAIR, SAA y GLOBALIA interpusieran su recurso de apelación fueron los días 9 y 8 de enero de 2014, respectivamente.
- iii.- SERVISAIR, SAA y GLOBALIA presentaron sus recursos administrativos el día 7 de enero de 2014, evidenciándose que se interpusieron en el plazo legal.

- 13.- De otro lado, los recursos de apelación cumplen con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁶, al impugnar cuestiones de puro derecho y una diferente interpretación de los documentos actuados dentro del Concurso Privado por Subasta al Mejor Postor para otorgar el Acceso para Operar el Servicio de Rampa prestado por terceros en el AIJCh.

- 14.- Verificándose que los recursos de apelación cumplen 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 DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Sobre el acceso a las facilidades esenciales y las funciones de OSITRAN

- 15.- Los aeropuertos son infraestructuras que poseen características de monopolio natural⁷ dentro de su zona de

⁵ LPAG

“Artículo 134.- Transcurso del Plazo

134.1 Cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional (...)”

⁶ Ley N° 27444

“Artículo 209.- 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”.

⁷ “Cuando las economías de escala son tan grandes que hacen ineficiente que más de una empresa ofrezca un producto, la empresa existente incrementará sus utilidades si no es regulada, restringiendo la oferta e incrementando los precios más allá de los precios competitivos si tiene libertad para hacerlo.” Breyer, Stephen. “Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma” En: Themis. N° 52. p. 10. “(...) es común que existan actividades con características de monopolio natural, al menos en algunas de las etapas de la producción. El que una industria tenga características de monopolio natural significa que se puedan producir los distintos niveles de producto a menor costo si se producen por una sola firma que si se produce por dos o más firmas. Esta propiedad de la tecnología se denomina la subaditividad de la función de costos”. PAREDES, Ricardo y SÁNCHEZ, José Miguel. “Teoría y Práctica de la Economía de la Regulación”. 1999. p.8.

influencia. Es por ello que a través de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, se otorgó la competencia a OSITRAN para regular y supervisar este tipo de infraestructuras.

- 16.- Algunos de los servicios que se brindan dentro del aeropuerto, tienen tarifas reguladas y establecidas por el regulador o en el Contrato de Concesión del AIJCh. Sin embargo, existen otros servicios que son brindados por terceros, como es el caso del Servicio de Rampa, el cual es considerado como servicio esencial y que requiere, necesariamente, hacer uso de infraestructura aeroportuaria considerada como una facilidad esencial.
- 17.- El OSITRAN en virtud de las leyes y reglamentos que le otorgan competencia y de las propias disposiciones emitidas en ejercicio de su facultad normativa⁸, regula el acceso a las facilidades esenciales en los mercados derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, entre ellas la aeroportuaria.
- 18.- Al respecto, el literal d) del artículo 5 de la Ley N° 26917 – Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, establece como uno de los objetivos de OSITRAN lo siguiente:

“Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales...”

- 19.- Por su parte, el literal p) del Numeral 7.1 de la precitada Ley, señala como una de las principales funciones del OSITRAN la siguiente:

“Cautelar el acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura”.

- 20.- A efecto de cumplir con las funciones asignadas legalmente, el OSITRAN aprobó el REMA que, de conformidad con sus artículos 4 y 5, establece las reglas, principios y procedimientos legales, técnicos y económicos que rigen el acceso a las facilidades esenciales, los cuales tienen por finalidad generar el bienestar a los usuarios por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtenga resultados similares a los de una situación competitiva.

8 Ley 27332
“Artículo 3.- Funciones
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
(...)
c) **Función Normativa:** comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.”

- 21.- Ahora bien, el artículo 9 del REMA define la facilidad esencial de la siguiente forma⁹:

“Artículo 9 Facilidad Esencial.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

- a) Es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras;*
- b) No es eficiente ser duplicada o sustituida;*
- c) El acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino.”*

- 22.- Por su parte, el artículo 7 del REMA define al Acceso como:

“(...) el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran a la Cadena Logística”.

- 23.- El artículo 8 del REMA define los distintos principios que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar Acceso a una Facilidad Esencial y que deben ser aplicados al momento de sustentar y establecer criterios de celebración y contenido de los Contratos de Acceso. Dichos principios son los siguientes:

- “a) Libre Acceso: El Acceso a la Facilidad Esencial sólo debe quedar sujeto al cumplimiento de los principios, requisitos y reglas establecidas en las normas y documentos referidos en el REMA.*
- b) Neutralidad: La Entidad Prestadora debe tratar a los Usuarios Intermedios no vinculados a ella, de la misma manera que trata a su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos, o como se trata a sí misma en condiciones iguales o equivalentes. Los contratos entre la Entidad Prestadora y su filial o empresa vinculada deben convertirse en parámetro para contratar con los operadores no vinculados a ella, en lo que sea favorable a estos últimos.*
- c) No discriminación: Bajo condiciones equivalentes, la Entidad Prestadora debe tratar de la misma manera a todos los operadores de servicios en competencia.*

9 *“Una Instalación es esencial, cuando el no tener acceso a aquella genera una barrera de entrada insuperable para los potenciales competidores de la empresa dominante, o cuando los competidores que no cuentan con tal acceso, se encuentran en una seria desventaja competitiva, permanente e ineludible lo que haría que sus actividades poco rentables”.* Traducción libre de la Definición de la Comisión Europea recogida en HATZOPOULOS, Vassilis, *The EU essential facilities doctrine*, p. 21, documento encontrado en la siguiente dirección electrónica: http://www.ii.umich.edu/UMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf (página web visitada el 21 de abril de 2014).

- d) *Libre competencia y promoción de la inversión privada: El Acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse sobre la base de una evaluación que establezca un balance entre la incorporación de más competencia y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura. Al evaluar el Acceso, se considerará la equidad y razonabilidad de las Condiciones de Acceso, así como la obtención de retornos adecuados a la inversión.*
- e) *Eficiencia: La determinación y modificación de los Cargos y Condiciones de Acceso deberán tomar en cuenta los incentivos para el uso eficiente de la infraestructura de transporte, evitando la duplicidad ineficiente, costos de congestión y otras externalidades.*
- f) *Plena información: Los solicitantes del Acceso deben contar con la información necesaria para evaluar y negociar las Condiciones de Acceso a la Facilidad Esencial, con el fin de que puedan tomar la decisión de entrar al mercado respectivo.*
- g) *Oportunidad: Los plazos para el cumplimiento de procedimientos y la ejecución de obligaciones, no establecidos en el REMA, deben ser razonables y no deben constituirse en maniobras dilatorias.*
- h) *Prohibición de subsidios cruzados: Las Entidades Prestadoras no podrán imputar los costos de un servicio asignándolos a otros servicios”.*

24.- Como se aprecia de las normas citadas, a través del REMA se regula el fenómeno económico relativo a la utilización de las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios, las cuales son indispensables para la prestación de los servicios considerados esenciales en la cadena logística del transporte; procurando generar competencia o la utilización de mecanismos de mercado que permitan simular una situación competitiva.

25.- A la hora de definir qué se entiende por competencia, es útil considerar la existencia de dos conceptos diferentes: la competencia en el mercado y la competencia por el mercado. La primera consiste en la libertad de entrada y salida de empresas, y la determinación de precios y calidad del servicio por la interacción de la oferta y la demanda, aunque es posible cierta intervención que establezca estándares de calidad, por ejemplo, sin alterar la esencia del mecanismo competitivo.¹⁰

26.- Por su parte, la competencia por el mercado es la que se da *ex ante* de la operación o prestación del servicio y a través de esta las empresas pugnan por entrar a brindar los servicios en aquellos mercados o infraestructuras que tienen una capacidad limitada, incluyendo también aquellos considerados como monopolios naturales, otorgando el derecho exclusivo a explotarla a aquellos que ofrezcan las mejores condiciones, garantizando con ello la eficiencia en la prestación del servicio, en beneficio de los usuarios.

¹⁰ ESTACHE, Antonio y De RUS, Ginés. “Regulación de servicios e infraestructuras de transporte. Conceptos Básicos”. En: ESTACHE, Antonio y De RUS, Ginés (Editores). “Privatización y regulación de infraestructuras de transporte. Una guía para reguladores” Alfa y Omega Editor. 2003. p. 10.

27.- En el presente caso, por tratarse la rampa de un servicio esencial que tiene que prestarse a través del uso de una facilidad esencial (la infraestructura aeroportuaria), la cual tiene restricciones de disponibilidad para atender a todos los interesados, el acceso a dicha facilidad se debe obtener a través de un proceso de subasta, en la que los distintos usuarios intermedios interesados compiten para lograr que se les asigne el Acceso para prestar el servicio esencial dentro de tal infraestructura.

28.- Sobre el proceso de subasta, el artículo 77 del REMA dispone lo siguiente:

“Artículo 77.- Objetivo de la subasta.

El mecanismo de subasta tiene como objetivo asignar la infraestructura escasa mediante un procedimiento transparente. Mediante la subasta, que tendrá carácter público, se determinará a aquel o aquellos usuarios intermedios solicitantes a los que la Entidad Prestadora brindará Acceso, al haber formulado la mejor o mejores ofertas de acuerdo al procedimiento de evaluación establecido en las Bases de la subasta”.

29.- Dado lo expuesto, se logra advertir que el proceso de subasta tiene como objetivo realizar una competencia por el mercado *ex ante*, cuya finalidad es la de garantizar el bienestar de los usuarios finales y la eficiencia en la prestación de los servicios, en la medida que el postor o los postores ganadores, serán aquellos que obtengan la mejor calificación dentro de los criterios que fueron considerados como factor de competencia en las Bases.

30.- Con respecto a las Bases, se debe tener en cuenta que el artículo 78 del REMA dispone lo siguiente:

“Artículo 78.- Criterios para elaborar las Bases.

Las Entidades Prestadoras deberán considerar que las Bases respeten y permitan alcanzar la finalidad del Acceso, y el cumplimiento de los principios y criterios establecidos en este Reglamento, garantizando el Acceso al mayor número posible de competidores, así como un trato equitativo entre los postores”.

31.- En virtud de ello, se puede concluir que las Bases establecen las formalidades a seguir al momento de presentar las propuestas por parte de los potenciales usuarios intermedios, así como los criterios de evaluación que serán utilizados durante el proceso de subasta. En este sentido, las Bases establecen las reglas de juego que regularán el actuar de la Entidad Prestadora y la de los postores dentro del referido proceso.

32.- Finalmente, el artículo 7° del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN dispone lo siguiente:

“Artículo 7. Supervisión de aspectos Económicos y Comerciales.

Se refiere a la verificación del cumplimiento de las obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público. Las actividades de supervisión de los aspectos económicos y comerciales comprenden:

(...)

b) Verificar el cumplimiento del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, realizando un seguimiento a la atención de solicitudes

de acceso a la infraestructura, las negociaciones directas, los procesos de subastas la revisión de sus bases y proyectos de contratos respectivos (...)

- 33.- Todo lo anterior implica que las Bases del presente concurso de subasta, así como las metodologías usadas para evaluar cada uno de los factores de competencia, fueron debidamente informadas a la Gerencia de Supervisión del OSITRAN, la que otorgó su conformidad a través de Oficio N° 4992-2013-GS-OSITRAN, del 14 de noviembre de 2013.

Sobre los Recursos de Apelación de SERVISAIR y SAA

- 34.- En el presente caso, las empresas SERVISAIR y SAA no están de acuerdo con su descalificación en el proceso de subasta, el cual se produjo, según la apreciación del Comité de Adjudicación, por el incumplimiento de formalidades dentro de sus Propuestas Económicas.

- 35.- SERVISAIR, que fue descalificada debido a que su Propuesta Económica no incluyó firma legalizada del representante legal de la empresa, argumenta que en las Bases de la subasta no existía indicación alguna que exigiera a los postores legalizar la firma de los representantes legales, en el documento que contenía la oferta económica, como lo refiere LAP.

- 36.- El numeral 13 de las Bases, en el cual se detallan los requisitos y las formalidades que debe presentar la Propuesta Económica, dispone lo siguiente:

“La Propuesta Económica de cada Postor se formalizará mediante la presentación del Anexo K debidamente llenado, visado en cada página y firmado por el (los) Representante(s) Legal(es) del Postor (...)”

- 37.- Al respecto, SERVISAIR refiere que la omisión en la legalización de tal firma, no puede implicar la falta de la seriedad de la propuesta presentada, en la medida que existen otros instrumentos que la garantizan, tal como es la Garantía de Seriedad de la Oferta, que fuera debidamente presentada en su Propuesta Técnica.

- 38.- Por otro lado, la descalificación de SAA como postora del proceso de subasta se debió al hecho que aquella no habría adjuntado una copia simple de su Propuesta Económica tal como lo requerían las Bases. Sobre el particular, la apelante indica que la falta de una copia simple no debería implicar su descalificación del concurso sino que el Comité, debió permitir su subsanación en virtud de las atribuciones otorgadas en las Bases, tal como lo permitió en la Carta Fianza presentada por WFS.

- 39.- SAA alega que no comprende cómo es que de manera posterior a la fase de entrega de propuestas, se advierte la falta de la referida copia, cuando al momento de su presentación frente a Notario Público, toda la documentación se entregó completa tal como quedó acreditado en el Acta de Recepción, en la cual no se consignó ninguna observación o la falta de algún documento.

- 40.- De lo anteriormente expuesto, corresponde analizar si las circunstancias expuestas por el Comité de Adjudicación y

su actuación con ocasión del desarrollo del Concurso, ameritaban o no la descalificación de tales empresas como postores dentro del concurso del Servicio de Rampa convocado por LAP.

- 41.- El numeral 2.9 de las Bases, establece expresamente que lo siguiente:

“Bases: Constituidas por el presente documento denominado “Bases del Concurso Privado para otorgar el Acceso para Operar el Servicio de Rampa prestado por terceros en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez”, incluyendo sus Anexos, la Absolución de Consultas, Circulares y documentos modificatorios o sustitutorios. Lo previsto en las Bases así como en los Anexos y Circulares y demás documentos que las conforman, serán automáticamente de aplicación supletoria a los términos y condiciones de la relación contractual que se establezcan a partir del Contrato, en todo aquello que no contravenga lo dispuesto en dicho Contrato.”

- 42.- De lo anterior se colige que todas las exigencias y formalidades requeridas en las Bases, sus anexos, las consultas o las circulares, debían ser cumplidas por los postores, y exigidas por la Entidad Prestadora dentro del proceso de subasta, desvirtuando de esta manera lo afirmado por SERVISAIR en el extremo en el que considera que la exigencia contenida en el Anexo K, que requería la firma legalizada del representante de la empresa en la Propuesta Económica, no debía ser tomada en cuenta al momento de evaluarla.

- 43.- Asimismo, de conformidad con la descripción del proceso estipulada en el numeral 17.2 de las Bases, las Propuestas Económicas fueron entregadas en sobres cerrados frente a Notario Público, los cuales fueron lacrados en dicho acto. De ello se deriva que no era posible para el Comité, que en dicho momento proceda a verificar el cumplimiento de alguna formalidad dentro de los documentos que forman parte de las Propuestas Económicas, tal como argumenta SAA.

- 44.- Como consecuencia de lo expuesto, y considerando el contenido del Acta de fecha 13 de diciembre de 2013, donde se dejó constancia de los acontecimientos ocurridos al momento de realizar la apertura de los sobres que contenían las Propuestas Económicas, acto que se realizó frente al Notario Público, ha quedado acreditado que las propuestas de SERVISAIR y SAA, adolecían de los defectos formales señalados por el Comité de LAP; esto es, la Propuesta Económica de SERVISAIR no tenía la firma legalizada de los representantes legales de la empresa y, para el caso de SAA, su propuesta se presentó sin adjuntar una copia simple tal como lo requerían las Bases.

- 45.- Ahora bien, se debe precisar que los numerales 17.1 y 17.2 de las Bases establecen literalmente lo siguiente:

*“17. Presentación de Propuestas y Adjudicación de la Buena Pro
17.1 Formalidades y consideraciones para la presentación de las propuestas
(...)”*

Las Propuestas no podrán contener modificaciones, condiciones, salvedades o reparos respecto a cualquier obligación o requisito del Postor o derecho de LAP expresamente establecido en las Bases o en cualquiera de sus anexos. De ser el caso, dichas modificaciones, condiciones, salvedades o reparos se tendrán por no puestas u no serán vinculantes para LAP, siendo facultad de LAP descalificar al Postor respectivo.

17.2 Recepción de Propuestas

La recepción de las Propuestas Técnicas y Económicas, con el correspondiente registro de Postores, se realizará por orden de llegada.

En la fecha prevista en el Cronograma aplicable al Concurso (Anexo J), en el Edificio Central del Aeropuerto se realizará la inscripción de los Postores debidamente representados por su(s) Representante(s) Legal(es) o los funcionarios que ellos designen a través de una Carta Poder debidamente legalizada. **No serán aceptadas aquellas Propuestas de Postores que se presenten después de la fecha y hora especificadas, ni aquellas que no se ajusten a los términos de las presentes Bases (...)**

[Lo subrayado es agregado]

- 46.- De la lectura de dicho numeral de las Bases, se puede colegir que el incumplimiento de cualquier formalidad, sea de la Propuesta Técnica o la Económica, implicaba su no aceptación y, por lo tanto, la descalificación del postor del proceso de subasta.
- 47.- Sin perjuicio de lo expuesto, a través de la Circular N° 11 del 10 de diciembre de 2013, se aprecia que LAP, comunicó a los oferentes que sus Propuestas Técnicas adolecían de defectos formales, pese a la cual accedió a su subsanación con la finalidad de que se continúe el proceso de subasta y con ello, permitir la competencia por el mercado, en estricto respeto del fin teleológico del acceso y del proceso de subasta.
- 48.- Con relación a esta subsanación, LAP en su escrito de fecha 31 de diciembre de 2013, a través del cual absuelve el recurso de reconsideración presentado por SAA, literalmente indicó lo siguiente:

“Es importante aclarar que el Comité de Adjudicación, en ejercicio de la facultad reconocida en el numeral 18 de las Bases, tenía la facultad para solicitar la subsanación de las propuestas presentadas así como para descalificar una propuesta en cuanto esta no se ajuste a lo establecido en las Bases. Siendo así, estableció criterios objetivos que aplicó por igual a todos los postores tanto para el caso de la Propuesta Técnica como la Propuesta Económica.”¹¹

- 49.- Así tenemos que, pese a la disposición presente en el numeral 17.2 de las Bases, el Comité permitió la subsanación de los defectos formales dentro de las Propuestas Técnicas de todos los postores, interpretando la facultad que le otorgaba el numeral 18 de las Bases, el cual prescribe literalmente lo siguiente:

“18. SUBSANACION E INTERPRETACION DE LAS BASES

El Comité de Adjudicación tendrá la facultad de disponer o solicitar en cualquier momento, alguna aclaración de información o subsanación de deficiencias que considere apropiado.

El Comité de Adjudicación es la entidad rectora del proceso y por lo tanto la única autorizada a interpretar las Bases y a pronunciarse sobre las mismas (...).”

¹¹ Dicho argumento, fue ratificado por LAP, los apelantes y los terceros interesados, durante la audiencia de informe oral, que se llevó a cabo el 16 de abril de 2014.

- 50.- Pese a que el Comité, en virtud del numeral citado, de manera previa había adoptado como criterio permitir las subsanaciones de errores formales en aras de preservar el proceso de subasta y permitir la competencia por el mercado, el TSC observa que dicho principio de subsanación no se aplicó de manera uniforme respecto de los errores formales advertidos en de las Propuestas Económicas, a pesar que los vicios advertidos (falta de firma legalizada en el anexo K y falta de una copia simple de la Propuesta Económica), podían ser subsanados sin que ello alterase el sentido o la intangibilidad de las propuestas de SERVISAIR y SAA.

- 51.- Es importante resaltar que la subsanación de estos defectos, al igual que ocurrió con los defectos formales en las Propuestas Técnicas de todos los postores, no modifican el contenido de las Propuestas Económicas de SAA ni SERVISAIR, en la medida que la legalización de la firma de los representantes legales, o el adjuntar una copia simple de una Propuesta Económica, de ninguna manera puede afectar la intangibilidad de las propuestas ni los valores ofertados por SAA y SERVISAIR, los cuales constituyen el núcleo de sus proposiciones.

- 52.- Al respecto, se debe resaltar que la facultad establecida en el numeral 18 de las Bases, en virtud de la cual el Comité permitió de manera previa la subsanación de formalidades en las Propuestas Técnicas de los postores, no se encuentra limitada a los defectos formales únicamente dentro de las Propuestas Técnicas, sino que deja abierta la posibilidad de ejercer tal facultad dentro de las Propuestas Económicas, en la medida que no existe en las Bases, ninguna disposición que lo impida.

- 53.- En este sentido y teniendo en cuenta las formalidades o deficiencias por las cuales los postores SAA y SERVISAIR fueron descalificados, el Tribunal advierte que no existe consistencia en el actuar seguido por el Comité de LAP, para determinar el ejercicio de la facultad dispuesta en el numeral 18 de las Bases, al haber empleado un criterio extremadamente formalista al momento de examinar las Propuestas Económicas y, por el contrario, otorgando una mayor flexibilidad en la evaluación de las Propuestas Técnicas, al permitir la subsanación de requisitos formales dentro de estas.

- 54.- Si bien el Comité interpretó que contaba con la facultad discrecional de requerir subsanaciones cuando lo estimase necesario, dicha facultad debía ser ejercida dentro de un marco racional y uniforme a lo largo del proceso, no siendo factible la aplicación de un criterio a determinados supuestos y otro completamente distinto frente a una situación análoga; más aún cuando en las Bases no se ha estipulado un trato diferenciado.

- 55.- Sobre el particular, como ya se explicó es preciso tener en consideración que los procesos de subasta para el acceso a las facilidades esenciales aeroportuarias, son de interés general, y es por ello que se encuentra regulado y supervisado por OSITRAN. En ese sentido, LAP al momento de llevar a cabo este tipo de procedimientos relacionados con el acceso, debe aplicar la normativa y disposiciones específicas respetando no solo los principios establecidos en el REMA, sino también los principios generales del Derecho que rigen a todo nuestro ordenamiento jurídico, tales como el principio de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley que a su vez engloba los principios de predictibilidad, interdicción de la arbitrariedad y uniformidad de criterios.

- 56.- Con relación a estos principios el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

2.- El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. **La predecibilidad de las conductas** (...) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, **es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad**. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone **'la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho'** (...)

3.- Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento (...)¹².

[Subrayado y resaltado agregado]

57.- Asimismo, el máximo Órgano de Control Constitucional ha establecido lo siguiente:

*"4.- Ciertamente, la uniformidad de criterios puede ser tutelada bajo ciertas condiciones a través del principio de igualdad. En efecto, el derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución, tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Mientras la primera constituye un límite al legislador, la **igualdad en la aplicación de la ley se configura como límite al accionar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que estos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales** (Cfr. Exp. N° 0004-2006-PI/TC, fundamentos 123-124). **En el presente caso, al alegarse una disparidad de criterios en un mismo proceso judicial, la presunta afectación debería ser analizada a partir del derecho a la igualdad y no del principio de unidad en la función jurisdiccional como pretendía el demandante**".*

[Subrayado y resaltado agregado]

58.- Adicionalmente, el uso de criterios o comportamientos diferentes para situaciones evidentemente similares como es la subsanación de errores de forma que no alteran ni modifican las propuestas de los postores, también afecta a la confianza legítima, que *"es un principio que (...) deriva de los postulados constitucionales de seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe, y busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la Administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o en el reclamo de ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades"*¹³.

¹² Resolución final emitida en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC, ubicada en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html> (visitada el 21 de abril de 2014).

¹³ Definición obtenida de la sentencia T-020/00 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, ubicada en la siguiente dirección electrónica: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-020-00.htm> (página visitada el 22 de abril de 2014). Al respecto, en el ámbito nacional, en voto singular del magistrado Eto Cruz en el Expediente N° 00011-2010-PI/TC, también hace referencia al principio de confianza legítima citando a la mencionada Corte de la siguiente manera: *"[el principio de confianza legítima] pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política"*.

59.- De lo antes citado, se puede inferir que en la aplicación de disposiciones normativas, en este caso las Bases que regían el proceso de subasta para el concurso relacionado con el servicio de rampa, se debe aplicar la predictibilidad y unidad de criterios, a fin de evitar arbitrariedades y afectaciones que puedan contravenir la seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de las normas e incluso a la confianza legítima de los postores intervinientes en el Concurso.

60.- Este Tribunal considera que la decisión del Comité de permitir la subsanación de las Propuestas Técnicas fue adecuada no porque evitara que el concurso sea declarado desierto, puesto que todos los postores habían incurrido en defectos técnicos, sino que es un criterio que se condice con el procedimiento de acceso que busca conservar y proteger el proceso competitivo de la subasta; sin embargo, el cambio de criterio en la etapa de la Propuesta Económica, resulta arbitrario y vulnera los principios de libre competencia y no discriminación recogidos en el REMA, porque implica el impedir a los postores intervinientes en el Concurso poder competir respecto de sus Propuestas Económicas, y porque significa que a condiciones equivalentes (errores formales que no afectan lo sustancial de las propuestas) se apliquen criterios diferentes.

61.- En cuanto a la necesaria aplicación de uniformidad de criterios en el proceso de Subasta, es preciso resaltar que a partir de los fundamentos expresados en el Recurso de Apelación del postor SERVISAIR y de la absolución de las preguntas formuladas por los integrantes del Tribunal a los representantes de la entidad prestadora –LAP– que intervinieron en la Audiencia de Informes Orales, ha quedado evidenciado que el Comité de Adjudicación de LAP, a cargo del Concurso, convalidó, de oficio, un defecto formal advertido por el Notario Público en el formato empleado por el postor WFS para la presentación de la Carta Fianza requerida como Garantía de Seriedad de Oferta, privilegiando el texto de la Carta Fianza sobre la formalidad consistente en el requisito del formato a emplearse, establecido en los numerales 2.29 y 15.1 de las Bases del Concurso; es decir, privilegiando lo sustancial (el propósito del documento) al mero aspecto formal del requisito exigido en las Bases. Esta convalidación ocurrida en la apreciación de un documento directamente vinculado con la propuesta económica de WFS, sustenta igualmente la subsanación respecto de los defectos meramente formales advertidos en las propuestas de los otros postores recurrentes.

62.- El hecho que el Comité de Adjudicación de LAP no haya permitido tal subsanación meramente formal en las otras 2 Propuestas Económicas, afecta la predictibilidad que debe regir el concurso en virtud de las Bases, en el sentido que ante una misma situación se adoptan criterios diferentes, afectándose así los principios de seguridad jurídica, de uniformidad de criterios y de igualdad en la aplicación de la ley, además de afectar la confianza legítima de los postores de que ante errores formales de las propuestas que no afectan la intangibilidad de las mismas, la subsanación resulte procedente.

63.- Independientemente de dicha situación específica (la referida a la convalidación del defecto formal advertido en la garantía de seriedad de oferta de WFS) que evidencia el actuar incongruente del Comité y que por ende sustenta la estimación de los recursos interpuestos por SERVISAIR y SAA, el Tribunal considera que si el Comité de LAP, en uso de sus facultades otorgadas, decidió admitir la subsanación de errores formales dentro de las Propuestas Técnicas; en virtud de los principios de seguridad jurídica, predictibilidad, uniformidad de criterios e igualdad ante la ley, debió aplicar el mismo criterio a lo largo de todo el proceso materia de análisis, lo cual concuerda con los principios de no discriminación y libre competencia promovidos por el REMA en este tipo de procesos de acceso.

64.- Por todo lo anterior, este Tribunal concluye que, teniendo en cuenta la finalidad del proceso de subasta, el cual busca la mayor participación posible de un número plural de postores a fin de garantizar la elección de las alternativas más eficientes y beneficiosas para la Entidad Prestadora y para los usuarios, el Comité debió permitir la subsanación de los defectos formales advertidos en las Propuestas Económicas de SAA y SERVISAIR, de manera similar a como resolvió el aspecto relativo al defecto del formato empleado por WFS para la presentación de la denominada Garantía de Seriedad de Oferta, validación que el Tribunal estima razonable y procedente, y que conlleva a desestimar el extremo impugnatorio del recurso de apelación interpuesto por SERVISAIR, en lo relativo a la descalificación de WFS del Concurso.

65.- En este sentido, el TSC considera que los recursos de apelación interpuestos por SERVISAIR y SAA deben ser amparados, aunque el primero de ellos sólo en parte, pues no corresponde la descalificación de WFS del Concurso, y como consecuencia de ello corresponde declarar la nulidad del acto a través del cual se otorgó la Buena Pro a TALMA y WFS, retrotrayendo el estado del Concurso al momento en el cual se procede a abrir las Propuestas Económicas, debiendo el Comité de Adjudicación de LAP permitir a estos 2 postores subsanar los defectos formales por los cuales sus Propuestas Económicas fueron descalificadas, sin que ello implique alterar o modificar su contenido, preservando su intangibilidad, otorgando para ello el mismo plazo que el que fue concedido para la subsanación de los vicios formales advertidos con ocasión de la apertura que contenían las Propuestas Técnicas presentadas en el proceso.

Sobre el Recurso de Apelación de GLOBALIA

66.- Las Bases constituyen las reglas del proceso de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las propuestas. En este sentido, no es competencia del TSC el cuestionar la metodología para la calificación de las propuestas dentro del proceso de subasta, la cual ha sido definida en las Bases.

67.- Sobre el recurso de apelación presentado por GLOBALIA, uno de los aspectos cuestionados es que dentro de los criterios de locaciones y años de experiencia, se le otorgó una puntuación de 0.4 y 2.6 respectivamente. Sobre el particular, la apelante considera que el Comité debió otorgarle una mayor puntuación en la medida que, en dichos conceptos, no solo se debe considerar el número de ciudades donde opera o los años de servicio, sino también la cantidad de aviones y pasajeros que circulan en cada una de estas localidades así como la importancia y dimensión de las actividades que se realizaron dentro de dicho período.

Sobre este punto y tal como se observa en el anexo E¹⁴ de las Bases, claramente se ha estipulado la forma en la que se asignará el puntaje en dichos criterios, habiéndose consignado que se asignará el puntaje máximo al postor que contara con la mayor cantidad de localidades y/o años y a los demás, se les asignará el puntaje proporcional aplicando la regla de tres directa.

Dado lo expuesto, no corresponde al TSC realizar una interpretación alternativa de aquello que se encuentra

14 ANEXO "E" DE LAS BASES

"(...)

En los casos que aplique (locales de operación, años de experiencia), se identificará al Postor que tenga el mayor número en cada criterio y se lo tomará como referente para la evaluación del resto de Postores, aplicando una regla de tres directa. (...)"

claramente establecido en las Bases, que es lo que pretende realizar GLOBALIA al proponer aplicar una nueva metodología de evaluación dentro de los aspectos antes señalados.

Siguiendo esta línea, en el presente caso se aprecia que en el criterio de localidades, la empresa que obtuvo el mayor puntaje fue SERVISAIR, quien declaró operar en 120 puntos. Teniendo en cuenta ello y en la medida que GLOBALIA consignó que opera en 8, y en aplicación de la metodología descrita en las Bases, correspondía que se le asigne un puntaje de 0.4, tal como lo realizó el Comité.

Asimismo, respecto al criterio de años de experiencia, la empresa que obtuvo mayor puntaje fue TALMA quien declaró contar con 16 años de experiencia en el sector. Por ello, teniendo en cuenta que GLOBALIA declaró contar con 7 años y, en aplicación de la metodología antes descrita, le correspondía el puntaje asignado por el Comité que fue de 2.6.

68.- Respecto a la certificación BASC como criterio de evaluación en la Propuesta Técnica, GLOBALIA sostiene que la presentación de tal documento no debió ser considerada, en la medida que para obtenerla es necesario estar constituida en el Perú, lo que coloca en desventaja a las empresas con domicilio en el exterior.

Sobre el particular, se aprecia que el inciso d) del numeral 12.2 de las Bases, establece como criterio de evaluación la presentación de la copia certificada notarialmente del referido documento. Asimismo, las Bases permiten que, en el supuesto que tal documento no sea presentado por los postores dentro de sus Propuestas Técnicas, el ganador del proceso de subasta deberá presentar a LAP todas las certificaciones requeridas, de acuerdo al cronograma establecido en el Anexo 6 del Contrato, o en el plazo en el que el postor se hubiera comprometido a obtenerlas en la declaración jurada.

De lo antes expuesto, se puede apreciar que la presentación de dicha certificación sería un criterio de calificación por parte del Comité de LAP, no pudiendo GLOBALIA argumentar que desconocía tal requerimiento.

A lo anterior, se debe agregar que en las circulares, las cuales forman parte de las Bases del concurso de subasta, los postores formularon las siguientes consultas respecto a dicha certificación, las que fueron absueltas por LAP de la siguiente manera:

"Consulta N° 32"

En el literal d) del numeral 12.2 de la cláusula 12 se debe presentar la Copia certificada notarialmente de la certificación BASC. En caso se trate de una empresa extranjera ¿Cuál debe de ser la certificación equivalente?

Respuesta LAP:

La certificación equivalente es ISO-28000, certificación referente a la Seguridad en la Cadena de Suministros

Consulta N°90

Experiencia y Certificaciones de la empresa, Certificaciones BASC, ISO 9001, 14001 e ISAGO, se podría aclarar la asignación de puntajes para las certificaciones en que uno se comprometa a obtenerlas y para las que ya

cuentan con dichas certificaciones.

Respuesta LAP:

Se otorgará el puntaje máximo para los que ya cuentan con dichas certificaciones. En el caso de los que se comprometen a obtenerlas en menor tiempo, el puntaje máximo a alcanzar es equivalente a la mitad del puntaje máximo otorgado a dicha categoría. Las puntuaciones intermedias dependerán de las diversas ofertas que presenten los otros Postores en esa misma situación.”

Dado lo expuesto, se observa que tanto en las Bases como en las respuestas que se proporcionaron a las consultas formuladas por los mismos postores, claramente se indicó que la certificación BASC sería un criterio de evaluación dentro de las Propuestas Técnicas. Asimismo, se debe agregar que el Comité de LAP comunicó a los postores que se permitiría la presentación de una certificación equivalente como la ISO-28000, referente a la Seguridad en la Cadena de Suministros. Sin embargo, pese a las precisiones efectuadas, GLOBALIA no adjuntó ninguna de estas certificaciones alternativas dentro de su Propuesta Técnica, ni el compromiso para obtenerla en un menor plazo al establecido en las Bases, por lo que no correspondía asignarle puntaje alguno.

En este sentido, si GLOBALIA no estaba de acuerdo en que la presentación de dicho certificado debía ser considerado como criterio de evaluación, tuvo que manifestarlo así en su oportunidad, esto es, al momento de formular las consultas, y no de manera posterior de realizada la evaluación de Propuestas Técnicas y de su respectiva descalificación como postor. A lo anterior se debe agregar que el hecho que la empresa apelante no objetara dicho criterio de evaluación en su momento, implica que estuvo conforme con ello y que era consciente que no obtendría el puntaje máximo.

Dado lo expuesto, consideramos que la apelante no puede alegar encontrarse en una situación de desventaja en dicho aspecto, dado que existió una etapa de consultas en la que tuvo la oportunidad de exhibir sus objeciones sobre el particular. Asimismo, también tuvo la posibilidad de adjuntar certificaciones equivalentes o alternativas e incluso la alternativa de presentar un compromiso de obtener la certificación BASC en menor tiempo al establecido en el cronograma. Por todo lo anterior, el reclamo presentado sobre la puntuación otorgada en dicho criterio no puede ser amparado.

- 69.- Otro tema cuestionado por GLOBALIA es la calificación otorgada en el criterio relacionado con la experiencia del Gerente de Operaciones de la empresa. Sobre el particular, la apelante afirma que de conformidad con la consulta N° 45, tal requerimiento sólo era exigible una vez que la empresa inicie sus operaciones. Es por esta razón que en su Propuesta Técnica, cumplió con adjuntar el detalle de todos los requisitos y experiencia con la que iba a contar el Gerente de Operaciones en el supuesto que ganara la Buena Pro.

Al respecto, se aprecia que el numeral 12.4 de las Bases literalmente establece lo siguiente:

“12.4 Aspectos Administrativos y Organizacionales

b) Experiencia de su Gerente de Operaciones. La experiencia deberá ser acreditada mediante la presentación

de su Hoja de Vida, debidamente documentada. Deberá contar con un mínimo de cinco (5) años de experiencia habiendo ejercido un cargo similar dentro del mismo giro del negocio o en otros puestos ligados a la actividad aeronáutica/aeroportuaria. Asimismo, el contar con certificaciones o acreditaciones internacionales se tomarán en consideración positivamente en el marco de la evaluación. Es importante recalcar que el Gerente de Operaciones deberá necesariamente estar en la planilla del Postor.”

Asimismo, en la consulta N° 45 relacionada a la incorporación del Gerente de Operaciones dentro de la planilla de la empresa, LAP la absuelve de la siguiente forma:

“Consulta N° 45

En relación al literal b) del numeral 12.4 el Gerente de Operaciones deberá estar en Planilla del Postor desde la presentación de la Propuesta o es partir de la Buena Pro.

Respuesta.

Se entiende que el Gerente de Operaciones estará considerado en la Planilla desde el Inicio de Operaciones.”

Dado lo expuesto, se observa que no se exigía la incorporación del Gerente de Operaciones dentro de la planilla de la empresa al momento de presentar la Propuesta Técnica, sino que lo que se debió presentar era la Hoja de Vida de aquella persona que ocuparía tal cargo en el supuesto de otorgársele la Buena Pro.

Sin embargo, lo que GLOBALIA adjuntó a su propuesta fueron las hojas de vida de distintos candidatos al puesto, lo que no se ajusta a lo requerido en las Bases, las cuales claramente estipulan las características de los documentos que se debía presentar relacionados con el Gerente de Operaciones, tales como hoja de vida debidamente documentada, experiencia de 5 años de servicio en cargo similar, certificaciones o acreditaciones internacionales, entre otros. Dado lo expuesto, no puede ampararse el reclamo relacionado con la calificación otorgada en este criterio.

- 70.- Otro aspecto reclamado por GLOBALIA, es la calificación otorgada dentro del criterio relacionado con el organigrama de la empresa y el nivel de implementación del SMS. Sobre dicho punto, la apelante refiere que al no encontrarse domiciliada en el Perú, nunca podría obtener el puntaje máximo en dicha categoría ya que para ello se hace necesario realizar una auditoría en el lugar de trabajo, lo que es imposible realizar a una empresa no domiciliada, poniéndola nuevamente en una situación de desventaja, en relación con las empresas postoras que sí cuentan con un domicilio en el país.

Sobre el particular, se debe tener en cuenta que los postores realizaron diversas consultas sobre dicho punto, las cuales se detallan a continuación:

“Consulta N° 87

Aspectos Administrativos y Organizacionales” al cual se le otorga como puntaje total máximo de 15 puntos. ¿Cuáles son los criterios para otorgar el puntaje máximo en cada uno de los ítems que lo componen?

Respuesta.

Dicha sección está compuesta por la presentación de un Plan estructural de Organización del servicio a prestar, y la competencia del Gerente de Operaciones, obteniendo cada rubro un puntaje máximo de 10 y 5 puntos respectivamente. En el caso del Gerente de Operaciones, para la asignación del puntaje máximo, se tomará en cuenta los años de experiencia (superiores al mínimo indicado), así como las certificaciones o acreditaciones internacionales del mismo. Respecto del Plan Organizacional además del Organigrama y la Descripción de Funciones, se valorará la concordancia en la asignación del número de personas por cada tipo de función, así como la relevancia a aspectos de Seguridad (Safety).

Consulta N°93

Aspectos Administrativos y Organizacionales, Plan estructural de Organización del servicio a prestar, nos pueden aclarar el grado de detalle que se solicita.

Respuesta

El contenido del Plan depende del Postor. Al menos deberá contener un Organigrama y se deberá detallar también las funciones de cada estructura departamental identificando las actividades administrativas y operativas de la Empresa.

Consulta N°99

Respecto del plan estructural de organización del servicio a prestar, solicitamos precisen cuáles serán los criterios para la asignación del puntaje.

Respuesta.

Respecto del Plan Estructural de Organización además del Organigrama y la Descripción de Funciones, se valorará la concordancia en la asignación del número de personas por cada tipo de función, así como la relevancia a aspectos de Seguridad (Safety)."

De lo anterior, se aprecia que LAP informó a los postores el detalle que se exigía en las propuestas relacionadas por el organigrama de la empresa y al nivel de implementación del SMS, lo que fue puesto en conocimiento a todos los postores en las consultas arriba detalladas.

Asimismo, respecto de los documentos que presentó GLOBALIA dentro de dicho criterio, se advierte que su propuesta no tiene el mismo alcance y detalle que ofrecen las propuestas presentadas por el resto de postores. En consecuencia, es razonable el criterio aplicado por el Comité de LAP, al asignarle a la apelante un puntaje menor a aquel que se le diera a los postores que presentaron mayor detalle dentro del criterio de implementación SMS. Dado lo expuesto, el reclamo de GLOBALIA relacionado con el puntaje otorgado en dicho aspecto no puede ser amparado.

- 71.- Un cuestionamiento adicional de GLOBALIA, es la calificación otorgada sobre los certificados de conservación de equipos. Sobre el particular, cuestiona el hecho que LAP le otorgara una calificación máxima de 0.75 a 51 equipos nuevos cuando debió otorgársele el puntaje máximo de 1, de acuerdo a lo estipulado en las Bases. Asimismo, manifiesta su disconformidad con la calificación del puntaje otorgado en la medida que el Comité no ha considerado

el muestreo AINSI realizado sobre la certificación de su mercadería.

Respecto a la calificación de mantenimiento de los equipos, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el anexo E de las Bases, que detalla el análisis que realizará el Comité, así como la forma como se realizará la asignación de puntaje en dicho criterio:

"(...)

Todos los equipos presentados deberán tener un Certificado de mantenimiento asociado. En ese sentido, al menos 70% de los equipos deberán evidenciar un mantenimiento periódico. En caso no se cumpla dicha condición, no se otorgará puntaje en este criterio. El puntaje máximo lo obtendrá el postor con el mayor porcentaje de equipos correctamente mantenidos o equipos nuevos. Al resto de postores se le asignará el puntaje proporcional a dicho referente.

- *En el caso de equipos nuevos:*
 - o *No necesitarán presentar los certificados indicados y se les otorgará el máximo puntaje.*
 - o *A los que acrediten compromiso de compra se les otorgará ¾ del puntaje total. El mismo criterio será aplicado en los equipos para pasajeros discapacitados.*
- *El estado de conservación deberá ser Bueno o más, por lo menos en el 70% de los equipos presentados. Caso contrario, no se asignará puntaje en este criterio. El mayor puntaje lo obtendrá el Postor con el máximo estado de conservación o equipos nuevos. Al resto de Postores se le asignará el puntaje proporcionalmente a dicho referente (...)."*

Asimismo, se debe tener en cuenta que se realizó la siguiente consulta sobre dicho criterio de evaluación relacionado al compromiso de compra de equipos, la que fue absuelta por LAP de la siguiente manera:

"Consulta N°91

En Capacitación Técnica y Operativa, en su punto Equipos de Servicio de Rampa en:

- (i) Certificados de Mantenimiento.*
- (ii) Certificado del estado de conservación.*
- (iii) Antigüedad del equipo.*

Como es la calificación de estos puntos si es que existe un compromiso de compra, ya que al momento del envío de la propuesta no se cuenta con el detalle de cada uno de los puntos solicitados, certificados de mantenimiento, estado de conservación, año de fabricación de los equipos, etc.

Respuesta:

Se permitirá presentar una orden de compra de equipos, la misma que deberá contener el detalle de los equipos a adquirir y la fecha de aprovisionamiento. En el entendido que el compromiso de compra se refiere a equipos nuevos, no se requerirían estos certificados y se asignará ¾ del puntaje máximo."

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, debemos precisar que dentro de la Propuesta Técnica de GLOBALIA, no existe detalle de los 51 equipos nuevos no motorizados a los que hace alusión la apelante. Por el contrario, la calificación otorgada por el Comité fue de 0.75 en la medida que consideró que existe el compromiso de compra de estos nuevos equipos, razón por la cual la calificación otorgada respeta el criterio establecido en las Bases.

Asimismo, respecto a la calificación otorgada por el estado de conservación de los 16 equipos restantes, los cuales fueron acreditados a través de un certificado de muestreo AINSI, debemos tener en cuenta el punto 12.3 de las Bases que establece literalmente lo siguiente:

12.3 Capacidad Técnica y Operativa (Equipo mínimo para brindar el servicio de rampa)

e) Copia certificada notarialmente de los Certificados de mantenimiento y de conservación de los equipos (individual).

Según lo indicado, se logra verificar que las Bases literalmente exigen la presentación de un certificado de mantenimiento por equipo, no dejando abierta la posibilidad de presentar un certificado de muestreo, tal como lo hizo GLOBALIA. Esto fue reafirmado en la etapa de consultas, donde LAP absolvió las preguntas realizadas por los postores sobre el particular de la siguiente manera:

“Consulta N°95

Respecto de los certificados de mantenimiento periódicos, (véase numeral 12.3 de las Bases), solicitamos se sirvan precisar que estos son solo respecto de los equipos considerados dentro del plan de atención de siete aeronaves en simultáneo.

Respuesta.

Los certificados de mantenimiento periódicos deben incluir TODOS los equipos: motorizados y no motorizados que se presenten.

Consulta N° 33

Según el literal e) del numeral 12.3 de la cláusula 12 se requiere la presentación de los Certificados de mantenimiento y de conservación de los equipos.

¿Es posible presentar una copia simple o una legalizada de estos documentos?

Respuesta.

Deben presentar una Copia certificada notarialmente, además deberá ser presentado individualmente por cada equipo. Se precisó en dicho numeral!”

Dado lo expuesto, ha quedado acreditado que los postores estuvieron debidamente informados respecto al criterio que se usaría para otorgar el puntaje en este criterio, dejando claro a los postores que no se aceptaría la presentación de un certificado de muestreo, que fue lo que presentó GLOBALIA. Por consiguiente, el reclamo relacionado con el

puntaje asignado en este criterio no puede ser amparado.

72.- Finalmente, respecto a la devolución de la Garantía de Seriedad de la Impugnación, GLOBALIA afirma que su Recurso de Reconsideración debió ser declarado fundado en parte y no infundado, dado que LAP ha reconocido que se cometió un error en el puntaje otorgado en uno de los criterios cuya calificación fue cuestionada en el medio impugnativo, por lo que LAP reconoció parte de la pretensión de su representada.

73.- Sin embargo, en el presente caso se observa que pese a tal reconocimiento, la pretensión de GLOBALIA era obtener el puntaje necesario para pasar a la etapa de evaluación de la Propuesta Económica y, de ser el caso, se le otorgue la Buena Pro en el proceso de subasta. En este sentido, el error que fuera reconocido por LAP respecto a los 0.2 puntos que se le debe agregar a la calificación otorgada en el criterio “Certificado de Equipos”, no varía el resultado de dicho postor en la medida que este puntaje no permite que su Propuesta Técnica alcance el puntaje mínimo requerido por las Bases para pasar a la siguiente etapa, por lo que no se puede considerar que la pretensión principal de la apelante ha sido parcialmente aceptada, razón por la cual no procede la devolución de la referida garantía.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁵;

¹⁵ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN.** Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-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.”

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por SERVICIOS AEROPORTUARIOS ANDINOS S.A. y **FUNDADO EN PARTE**, el Recurso de Apelación interpuesto por SERVISAIR PERÚ S.A.C., en el marco del Concurso Privado por Subasta al Mejor Postor para otorgar el Acceso para Operar el Servicio de Rampa prestado por Terceros en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chavez,” convocado por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L y, en consecuencia, **REVOCAR** las Resoluciones expedidas por el Comité de Adjudicaciones de la mencionada Entidad Prestadora y notificadas el 31 de diciembre de 2013 y el 2 de enero de 2014, respectivamente, recaídas en los Recursos de Reconsideración interpuestos por SERVICIOS AEROPORTUARIOS ANDINOS S.A. y SERVISAIR PERÚ S.A.C., en el marco de dicho Concurso.

SEGUNDO.- DECLARAR la Nulidad del Acto de Otorgamiento de la Buena Pro efectuado en el Concurso Privado por Subasta al Mejor Postor para otorgar el Acceso para Operar el Servicio de Rampa prestado por Terceros en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez,” convocado por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L, de fecha 13 de Diciembre de 2013 y, consecuentemente, retrotraer el Proceso de la referida Subasta a la etapa de apertura y evaluación de los Sobres que contienen la Oferta Económica de los postores intervinientes en el Concurso, permitiéndose a SERVISAIR PERÚ S.A.C. y SERVICIOS AEROPORTUARIOS ANDINOS S.A. la subsanación de los defectos formales advertidos en sus Propuestas Económicas, en el mismo plazo que fue concedido por el Comité de Adjudicaciones de dicha Entidad Prestadora para la subsanación de vicios formales advertidos en los Sobres de Propuestas Técnicas.

TERCERO.- DECLARAR INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por GLOBALIA HANDLING S.A.U., y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución notificada el 31 de diciembre de 2013, que declaró infundado su Recurso de Reconsideración contra el acto de descalificación de la Propuesta Técnica presentada en el Concurso Privado por Subasta al Mejor Postor para otorgar el Acceso para Operar el Servicio de Rampa prestado por terceros en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

CUARTO.- NOTIFICAR a GLOBALIA HANDLING S.A.U., SERVICIOS AEROPORTUARIOS ANDINOS S.A., SERVISAIR PERU S.A.C., TALMA SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A., WORLDWIDE FLIGHT SERVICES SERVICIOS AEROPORTUARIOS S.A. y a LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L. la presente resolución.

QUINTO.- 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN

RESOLUCIÓN

N° 085-2013-TSC -OSITRAN

APELANTE	:SOCIETE AIRFRANCE SUCURSAL EN PERU
EMPRESA PRESTADORA	:LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L.
ACTO APELADO	:CARTA N° LAP-GRE-C-2013-00297

SUMILLA

En los procesos de Subasta, el criterio de subsanación aplicado por la Entidad Prestadora al momento de evaluar el contenido de los Sobres Propuesta de los distintos postores, debe ser uniforme, respetando los principios establecidos en el REMA.

RESOLUCIÓN N° 002

Lima, 15 de julio de 2014

VISTO

El Expediente N° 85-2013-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación presentado por SOCIETE AIR FRANCE SUCURSAL EN EL PERÚ (en adelante, AIR FRANCE o la apelante), contra la decisión contenida en la Carta N° LAP-GRE-C-2013-00297, emitida por LIMA AIRPORT PARTNERS S.R.L (en adelante, LAP o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- El 05 de diciembre de 2012, AIR FRANCE inició una controversia ante el Cuerpo Colegiado del OSITRAN (en adelante, CCO), contra LAP solicitando lo siguiente: i) Se restablezca el descuento del 100% en la Tarifa de Aterrizaje y Despegue (en adelante, A/D) de los vuelos de AIR FRANCE en la ruta París – Lima – París hasta el 04 de julio de 2013; ii) Se reembolse el importe cancelado por tales conceptos a partir del 31 de octubre de 2012; iii) Que LAP pague el interés comercial más alto por los montos indebidamente facturados; y iv) El pago de las costas y costos del presente proceso; argumentando lo siguiente:
 - i.- El 2 de noviembre de 2010, la Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo (en lo sucesivo, PROMPERÚ), Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (en adelante, CORPAC) y Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP) celebraron un Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional (en lo sucesivo, Convenio Marco) cuyo objeto fue contribuir al desarrollo de la actividad turística en el país, generando una mayor oferta de servicios aerocomerciales, mediante la promoción y el fomento de la operación de un mayor número de rutas y frecuencias internacionales.
 - ii.- En el referido convenio, CORPAC y LAP se comprometieron a ofrecer beneficios económicos relacionados con las tarifas aplicables a los servicios aeroportuarios, a las diferentes líneas aéreas que operen rutas nuevas y frecuencias internacionales adicionales en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, AIJCh).
 - iii.- El 9 de junio de 2011, AIR FRANCE celebró con PROMPERÚ el Convenio N° 032-2011-PROMPERÚ-COI (en adelante, el Convenio), en el cual se estableció como obligación de AIR FRANCE, el implementar una nueva ruta internacional con destino directo Lima - París - Lima con un número de cinco frecuencias semanales. Asimismo, la frecuencia semanal de dicha ruta internacional, debía operar por lo menos tres veces por semana y durante seis meses en forma consecutiva y sin interrupciones; caso contrario AIR FRANCE asumiría el total de los costos por la tarifa de A/D no facturado en virtud del beneficio otorgado.
 - iv.- Agrega que conforme a los términos del Convenio Marco correspondía que LAP emitiera opinión favorable respecto de la aerolínea beneficiaria, la cual se recibió el 28 de junio de 2011. En este sentido, el plazo de dos (2) años del régimen promocional a favor de AIR FRANCE inició el día 04 de julio de 2011.
 - v.- En la cláusula 4.2 del Convenio, se estipuló como obligaciones de AIR FRANCE las siguientes: a) Implementar una nueva ruta internacional con destino directo (sin escalas) Lima – París – Lima, con cinco (5) frecuencias semanales. b) La frecuencia semanal de la nueva ruta internacional deberá operar por lo menos 3 veces por semana y durante 6 meses en forma consecutiva e ininterrumpida.
 - vi.- Por razones de estacionalidad y de conformidad con los términos del régimen promocional del Convenio Marco, AIR FRANCE decidió reducir sus vuelos semanales de 5 a 3 en la ruta París – Lima – París a partir del 28 de octubre de 2012. Dicha medida generó que desde el 31 de octubre, LAP procediera a facturar a AIR FRANCE el 100% de la tarifa de A/D.

- vii.- La apelante afirma que en el Convenio Marco se establecen 2 pautas rígidas que tendrán una vigencia de 6 meses calendario. Para el caso de AIR FRANCE, se exigía mantener por 6 meses la nueva ruta y la frecuencia de vuelos declarada al momento de solicitar el beneficio (5 vuelos semanales). Sin embargo, luego de este período de tiempo se ingresa en un período de mayor flexibilidad donde la línea aérea deberá mantener operativa la nueva ruta y con una frecuencia no menor de 3 vuelos semanales.
- viii.- En opinión de AIR FRANCE, el requisito de operar en forma ininterrumpida los cinco vuelos semanales tuvo una vigencia de seis meses, que concluyeron el 04 de enero del 2012. Asimismo, considera que el régimen promocional que le beneficia por abrir la nueva ruta (París – Lima – París), se encuentra en armonía con el régimen promocional del Convenio Marco, el cual le permite variar el número de sus vuelos en dicha ruta, siempre que se mantenga el mínimo de 3 vuelos semanales.
 - i.- Por su parte, LAP invoca la existencia de una Política Tarifaria que señala disentiría del Convenio Marco, indicando además que OSITRAN no aprobó Política Tarifaria alguna de carácter general, relacionada con este caso.
 - ii.- En cuanto al formato “Solicitud de Aplicación para Política Tarifaria para el Fomento y Promoción de Rutas y Frecuencias Internacionales Adicionales que Operen Desde/Hacia el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (en adelante, el AIJCh) que AIR FRANCE presentó a LAP el 21 de enero de 2011, en la que se estableció que implementaría cinco vuelos semanales en la ruta París-Lima-París en concordancia con la cláusula 4.2.2 del Convenio N° 032, tal formato respondió plenamente a la realidad del momento, y la reducción de la frecuencia constituye el ejercicio regular de un derecho y, como tal, no puede ser utilizado como un incumplimiento de compromisos.
 - iii.- A partir del 31 de octubre de 2012, LAP le facturó a AIR FRANCE el 100% de la tarifa por A/D, afirmando lo siguiente:
 - *“es condición indispensable para que AF pueda mantener vigente la promoción a la que se acogió (tercer paquete) que opere en forma ininterrumpida las FIA con las que se presentó a la promoción e inició sus operaciones; es decir, las 5 frecuencias semanales en las rutas París-Lima y viceversa (carta LAP-GCC-859-2012-C, del 06.09.12)”*(sic); y,
 - *“La Sección 3 d) de la Política Tarifaria aprobada por OSITRAN para los propósitos del Convenio Marco establece que una vez iniciadas las operaciones de la respectiva FIA la aerolínea deberá operar en forma ininterrumpida todas y cada una de las FIA motivo de la mencionada solicitud, así como un número de frecuencias internacionales semanales no menor que las FIA BASE (carta LAP-GCC-00969-2012-C)”*(sic).
 - iv.- AIR FRANCE considera que LAP está ignorando que el régimen promocional le beneficia por abrir la nueva ruta París-Lima-París; y que se encuentra en armonía con el Convenio Marco permitiendo que una línea aérea pueda variar el número de sus vuelos semanales en la nueva ruta, siempre que mantenga el mínimo de tres vuelos.

2.- Con fecha 15 de mayo de 2013, el CCO declaró improcedente la controversia iniciada por Air France y encausó de oficio el referido procedimiento, calificándolo como un reclamo contra LAP y disponiendo que esta última, lo tramite de conformidad al Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, Reglamento de Reclamos de OSITRAN) y emita su pronunciamiento dentro del plazo legal.

3.- A través de Carta N° LAP-GRE-C-2013-00297 C notificada el 13 de junio de 2013, LAP resolvió el reclamo presentado por Air France declarándolo: i) improcedente respecto de los importes facturados por las operaciones desarrolladas entre el 31 de octubre de 2012 al 22 de febrero de 2013; ii) infundado el reclamo en el extremo relacionado a los servicios facturados entre el 23 de febrero al 4 de julio de 2013.

Respecto de la improcedencia del reclamo contra la facturación de las operaciones que se llevaron a cabo entre el 31 de octubre de 2012 al 22 de febrero de 2013; argumenta lo siguiente:

- i.- De conformidad con el numeral 3 del artículo 12 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, Reglamento de Reclamos de OSITRAN) así como el numeral 7 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, Reglamento de Reclamos de LAP), el usuario cuenta con un plazo de sesenta (60) días hábiles contados a partir de ocurridos o de conocidos los hechos para interponer el reclamo correspondiente. En ese sentido, considerando que los hechos que motivan la petición de AIR FRANCE ocurrieron desde el 31 de octubre del 2012, esta tenía hasta el 25 de enero de 2013 para interponer el recurso correspondiente.
- ii.- En este sentido, teniendo en cuenta que el reclamo fue presentado el 22 de mayo de 2013 (considerando como fecha de presentación el día en que fue notificada la resolución del CCO que dispone el encausamiento de oficio del reclamo presentado por Air France), corresponde declarar la improcedencia de lo requerido por AIR FRANCE en el extremo relacionado a la facturación efectuada hasta el día 22 de febrero de 2013.

Respecto al fondo de la pretensión, esto es, determinar si corresponde a AIR FRANCE ser beneficiaria del tercer paquete promocional según los términos y condiciones establecidos en el Convenio Marco, indica lo siguiente:

- i.- La Política Tarifaria de LAP estableció las condiciones que las aerolíneas deberían de cumplir si deseaban acogerse a alguno de los tres paquetes promocionales para frecuencias internacionales adicionales que operen desde/hacia el AIJCh.
- ii.- De acuerdo con el numeral 1 literal a) de la Política Tarifaria, se entiende por Frecuencia Internacional Adicional (en lo sucesivo, FIA) a toda nueva frecuencia internacional dentro de cualquiera de las rutas (existentes o por crearse) que tenga como lugar de origen el AIJCh y sea operada efectivamente (consecutiva e ininterrumpida) por un periodo no menor de seis meses. Lo que quiere decir que para calificar como FIA, esta deberá implicar un incremento respecto del número de frecuencias internacionales semanales base (en adelante, FISB).
- iii.- El numeral 1 literal b) adicionalmente señala que toda FIA se computará automáticamente como parte de las FISB a partir de la presentación a LAP de la solicitud. Asimismo el numeral 3 literal d) de la Política Tarifaria de

LAP establece como condición de vigencia de la promoción que la aerolínea opere de forma ininterrumpida (i) todas y cada una de las FIA motivo de su solicitud y (ii) un número de frecuencias internacionales semanales no menor que las FISB.

- iv.- Las condiciones recogidas en la Política Tarifaria de LAP se encuentran en la misma línea que lo establecido en el Convenio Marco.
- v.- Mediante cartas S/N de fechas 10 y 13 de junio de 2011, AIR FRANCE comunicó a LAP su decisión de acogerse al Tercer Paquete que forma parte de la promoción para las FIA que operen desde/hacia el AIJCh, según lo establecido en el Convenio, precisando que el número de frecuencias adicionales (FIA) para la ruta materia de su solicitud (Paris-Lima-Paris) serían de 5.
- vi.- En el presente caso y en la medida que la apelante solicitó operar 5 frecuencias (número mayor al mínimo) las cuales las mantuvo hasta el 28 de octubre de 2012, esto es por un tiempo superior a seis meses, no le fue aplicada la penalidad de cobrarle la tarifa de A/D durante todo el periodo operado.
- vii.- A partir del 31 de octubre de 2012, AIR FRANCE redujo su número de frecuencias internacionales de 5 a 3, incumpliendo así con las condiciones establecidas en la Política Tarifaria. Ello trajo como consecuencia que AIR FRANCE perdiera los beneficios del Tercer Paquete Promocional y que, en consecuencia, LAP facture por la prestación de los servicios de A/D. La Política Tarifaria no hace ninguna excepción al cumplimiento de cada una de las condiciones establecidas que permita que el paquete promocional correspondiente se mantenga vigente
- viii.- De acuerdo con el numeral 1 de la Política Tarifaria, al ser AIR FRANCE una línea aérea que inició operaciones con una nueva ruta internacional, no contaba con FISB al no haber registrado operaciones en las 52 semanas previas al inicio de las operaciones; por ello, sus 5 frecuencias pasaron a computarse automáticamente como parte de las FISB a partir de que le presentó a LAP su solicitud para aplicar a los beneficios del Tercer Paquete Promocional y esta fue aprobada.
- ix.- A fin de que AIR FRANCE hubiera mantenido vigente la promoción a la que se acogió, debía haber operado en forma ininterrumpida las FIA con las que se presentó e inició operaciones, es decir, las 5 frecuencias semanales París-Lima-París. Con ello queda claro que cuando AIR FRANCE redujo sus frecuencias semanales no cumplió con i) operar de forma ininterrumpida todas y cada una de las FIA que señaló en su solicitud, y (ii) operar un número de frecuencias internacionales semanales no menor que las FISB.
- x.- Si bien en el numeral 3 de la Política Tarifaria se indica que para obtener la promoción del nuevo destino, además de calificar como FIA, el vuelo internacional debería operar por lo menos 3 veces por semana, esta disposición alude al número de frecuencias mínimas que las líneas aéreas que querían aplicar a la promoción debían operar para acogerse al segundo o al tercer paquete promocional.
- xi.- En el caso de AIR FRANCE, cumplió con esa condición porque en su solicitud, se presentó a la promoción con

un número de frecuencias por encima del mínimo exigido para la promoción, y de manera expresa manifestó que serían 5 las frecuencias que operaría para obtener los beneficios del Tercer Paquete Promocional.

- xii.- Es inexacto que luego de los 6 meses de operación se le concediera flexibilidad a la línea aérea para adecuarse a las circunstancias comerciales, dentro de ciertos límites. En tal sentido, no es correcto afirmar que el Convenio y la Política Tarifaria permite a la aerolínea adecuarse a las circunstancias del mercado y menos aún que le concede a la aerolínea una franja de discrecionalidad entre el número de frecuencias límite y el número de FISB.
- xiii.- Si hubiera sido válido que una aerolínea tuviera discrecionalidad y flexibilidad para definir cuántas frecuencias operaba en una determinada época del año (estacionalidad – por temporada baja) de manera distinta a las frecuencias con las que aplicó la promoción, se hubiera desvirtuado la Política Tarifaria y con ella el objetivo principal del Convenio que era contribuir al desarrollo de la actividad turística en el país generando una mayor oferta de servicios aerocomerciales, mediante la promoción y fomento de la operación de un mayor número de rutas y frecuencias internacionales por parte de las líneas aéreas.
- xiv.- Según lo indicado, toda vez que AIR FRANCE incumplió los términos y condiciones descritos en la Política Tarifaria de LAP, la cual recoge el contenido del Convenio, no cabe que se le restablezca el descuento del 100% en la tarifa de A/D por la operación de sus vuelos en la ruta París –Lima – París desarrollados a partir del 23 de febrero de 2013, tampoco corresponde el reembolso de los importes facturados por los vuelos operados desde dicha fecha, ni el reembolso de los intereses comerciales.
- xv.- No corresponde el pago de costas y costos debido a que estos son asumidos por la parte vencida. Aún en el supuesto que AIR FRANCE hubiere obtenido una decisión a su favor, tampoco le sería reconocidos estos conceptos, toda vez que no existen costas, porque el procedimiento es gratuito y los costos son cuestionables, en la medida que no se requiere de defensa legal para exigir un derecho.

4.- Con fecha 3 de julio de 2013, Air France presentó su recurso de apelación reiterando los argumentos expuestos en su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:

- i.- Declarar la improcedencia del reclamo relacionado con la facturación emitida sobre las operaciones realizadas entre el 28 de octubre de 2012 al 22 de febrero de 2013 carece de sentido ya que no es verdad que su representada no haya presentado el reclamo de manera oportuna.
- ii.- Considerar como fecha de presentación del reclamo el día en el que la resolución del CCO encausa de oficio la controversia presentada, carece de sentido y viola lo dispuesto por el artículo 82.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)¹.

¹ Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. LPAG

“Artículo 82.- Declinación de competencia

82.1 El órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado.”

- iii.- Se debe tener en cuenta que el encausamiento realizado por el CCO no hace más que confirmar que el proceso se inició de manera oportuna; sin embargo el reclamo se presentó ante una entidad que no era competente para ello.
- iv.- LAP no puede alegar el desconocimiento del reclamo presentado en la medida que, conforme consta de los medios probatorios que obran en el expediente, con fecha 3 y 23 de octubre de 2012, así como el 8 de noviembre de 2012, se le remitió comunicaciones manifestando la disconformidad con el servicio facturado.
- v.- Sostener que su representada no habría presentado el reclamo dentro del plazo de 60 días, implica desconocer el principio de impulso del procedimiento administrativo que figura en el numeral 1.3 del artículo IV de la LPAG², en la medida que se trata de un proceso que se inició oportunamente, y fue el CCO quien decidió encausarlo y dispuso que se tramite como reclamo.
- vi.- La presente controversia se originó por la forma como la Entidad Prestadora pretende aplicar los términos del descuento promocional que ésta asumió voluntariamente en favor de las aerolíneas que abrieran nuevas rutas.
- vii.- Air France cumplió con lo señalado en el numeral 2.2 del Convenio Marco que define la Frecuencia Internacional Adicional (FIA) de la siguiente manera:

“Significará toda nueva frecuencia internacional dentro de cualquiera de las rutas existentes – existentes o por crearse que: i) tenga como lugar de destino el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de la ciudad de Lima, Perú y ii) que sea operada efectivamente – en forma consecutiva e ininterrumpida – por un período no menor de 6 meses. Para calificar como FIA, esta deberá implicar un incremento respecto al número de frecuencias internacionales semanales base. (...)”

viii.- Adicionalmente el numeral 2.2 del Convenio Marco dispone lo siguiente:

“Los beneficios de cada uno de los paquetes promocionales serán aplicables – única y exclusivamente – al vuelo de la Frecuencia Internacional Adicional y por el tiempo que la misma esté operativa hasta el plazo máximo establecido (...)”

ix.- La resolución materia de impugnación refiere que *“la FISB será el mayor número de Frecuencia Internacionales Semanales de la respectiva aerolínea (incluyendo todos los destinos desde los que/hacia los cuales vuela desde/hacia el AIJCH) dentro de un período de cincuenta y dos (52) semanas previas a la solicitud presentada por dicha aerolínea, a fin de acogerse a cualquiera de los Paquetes Promocionales sic (...)”*

² Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. LPAG

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.”

-
- x.- Dado lo expuesto, en el presente caso la FISB era cero (0) en la medida que AIR FRANCE no volaba hacia Lima desde 1994; en consecuencia, ha quedado acreditado que su representada cumplió con los requisitos previstos por el Convenio para acceder a los beneficios.
- xi.- Asimismo la Entidad Prestadora señala que, como condición de vigencia de la promoción respectiva es importante resaltar lo establecido en el punto 3 literal d) de la Política Tarifaria cuyo texto establece que “(...) una vez iniciadas las operaciones de la respectiva Frecuencia Internacional Adicional, la aerolínea deberá operar en forma ininterrumpida i) todas y cada una de las Frecuencias Internacionales Adicionales motivo de la mencionada solicitud, así como ii) un número de Frecuencias Internacionales Semanales no menor que las Frecuencias Internacionales Semanales Base.”
- xii.- En este sentido, de acuerdo a la propia interpretación de la Entidad Prestadora, AIR FRANCE también habría cumplido con tal requisito en la medida que las FISB previa a la solicitud presentada ante LAP era cero (0).
- xiii.- LAP confunde el concepto de Frecuencia Internacional (que alude como ruta), con el concepto de Frecuencia Internacional Semanal (que alude al número de vuelos semanales de dicha ruta). En efecto, en tanto su representada cumpla con mantener vuelos en la ruta Paris – Lima y viceversa, estará cumpliendo la exigencia de operar en forma ininterrumpida todas y cada una de las FIA de su solicitud.
- xiv.- Por lo expuesto, afirma que AIR FRANCE operó un número de frecuencias internacionales semanales no menor al número de FISB; por lo que corresponde que goce los beneficios del Tercer Paquete Promocional del Convenio Marco.
- 5.- El 24 de julio de 2013, LAP elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la correspondiente absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la resolución y añadiendo lo siguiente:
- i.- Respecto al artículo 82.1 de la LPAG, se trata de una norma que establece la obligación que tiene el órgano administrativo que se estime incompetente de remitir los actuados en un procedimiento al órgano que es competente para conocerlo.
- ii.- En este sentido y a la luz de la referida norma, únicamente se puede afirmar que la Administración Pública tiene la obligación de remitir las actuaciones de un procedimiento a otra entidad cuando reconozca que ésta tiene plena competencia para pronunciarse sobre lo que fuera planteado, de tal forma que la entidad que recibe el expediente de trámite de conformidad con la normativa correspondiente.
- iii.- En el presente caso, siendo que el CCO reencausó la controversia planteada por la apelante a fin que se tramite como reclamo, LAP dio inicio al procedimiento correspondiente considerando para el cómputo del plazo la fecha en la que fue notificada la resolución del CCO.
- iv.- Agrega que de considerar que el procedimiento de reclamo se inició en el momento en que AIRFRANCE

planteó la controversia, es decir el 05 de diciembre de 2012, el plazo que hubiera tenido LAP para resolver hubiese vencido el 27 de diciembre de 2012, habiendo aplicado el SAP a favor del usuario.

- v.- Respecto de los reclamos que supuestamente presentó AIR FRANCE con fecha 3 y 23 de octubre de 2012, así como el 8 de noviembre de 2012, se aprecia que en las referidas comunicaciones en ningún momento presentó reclamo alguno por la facturación efectuada sino que en estas la apelante se limitó a manifestar su disconformidad con la interpretación que LAP hacía del régimen de fomento y promoción de rutas y frecuencias internacionales, así como indicar que tomaría acciones en el futuro. Por lo expuesto no se puede afirmar que existió un reclamo previo al inicio de la controversia ante el CCO.
- vi.- Sobre la aplicación de los beneficios del tercer paquete promocional afirma que el Convenio y la Política Tarifaria definen como Frecuencia Internacional Adicional aquella ruta existente o por crearse, que: i) tenga como lugar de origen/destino lima, y que ii) sea operada efectivamente – en forma consecutiva e ininterrumpida- por un período no menor de seis (6) meses. Indica asimismo que para calificar como tal, esta deberá implicar un incremento respecto del número de Frecuencias Internacionales Semanales Base de la respectiva aerolínea en período de cincuenta y dos (52) semanas previas a la solicitud presentada.
- vii.- En la misma línea afirma que la Política Tarifaria establece que *“toda Frecuencia Internacional Adicional se computará automáticamente como parte de las Frecuencias Internacionales Semanales Base a partir de la presentación a LAP de la solicitud (...)”*.
- viii.- De igual modo y como parte de las condiciones para mantener los beneficios de los Paquetes Promocionales, en la sección 3, literal d) de la Política Tarifaria se estableció lo siguiente:
- “Como condición de vigencia de la promoción respectiva, una vez aprobada la solicitud presentada por la aerolínea en los términos referidos en el segundo párrafo del literal b) precedente y una vez iniciadas las operaciones de la respectiva Frecuencia Internacional Adicional, la aerolínea deberá operar de forma ininterrumpida (i) todas y cada una de las Frecuencias Internacionales Adicionales motivo de la mencionada solicitud, así como (ii) un número de frecuencias internacionales semanales no menor que las Frecuencias Internacionales Semanales Base .”*
- ix.- En aplicación de lo expuesto, para que AIR FRANCE pueda mantener vigente la promoción a la que se acogió, debió operar de forma ininterrumpida las frecuencias adicionales con las que presentó su solicitud de acogimiento a la promoción e inició sus operaciones; es decir, las 5 frecuencias semanales en la ruta Paris – Lima y viceversa.
- x.- Dado lo expuesto, al haber reducido a tres (3) sus Frecuencias Semanales, no cumplía con las condiciones de vigencia antes descritas, por lo que es incuestionable que perdía la promoción otorgada.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 6.- Son cuestiones en discusión:
- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto por AIR FRANCE.
 - Determinar si es improcedente por extemporáneo, el reclamo presentado por AIR FRANCE sobre las facturas emitidas con anterioridad al 22 de febrero de 2013.
 - Determinar si corresponde que AIR FRANCE conserve el beneficio tarifario adquirido en virtud del Convenio N° 032-2011-PROMPERU-COI.
 - Determinar, de ser el caso, si es procedente el pago del interés comercial más alto por los montos indebidamente facturados.
 - Determinar si es procedente el pago por las costas y costos del proceso.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 7.- De la revisión del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento por parte de AIR FRANCE respecto al cobro realizado por LAP por el servicio de A/D. 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 infraestructura³. Dicho supuesto también se encuentra recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Lima Airport Partners S.R.L.⁴ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de LAP); por lo que en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁵, el TSC es competente para conocer

3 **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN
Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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

4 **Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Lima Airport Partners S.R.L.**, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN
“5. OBJETO O TIPO DE RECLAMO

El presente Reglamento regula los reclamos que podrán formular los Usuarios.

Los supuestos de reclamo que son materia del presente Reglamento son aquellos directamente relacionados con:

(...)

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 corresponderá a la Entidad Prestadora.

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

“Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

el recurso de apelación en cuestión.

- 8.- De conformidad con el literal 10.4 del Reglamento de Reclamos de LAP⁶, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁷, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 9.- Por su parte, el artículo 28 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN dispone que los plazos se computan conforme a lo dispuesto en el artículo 133⁸ de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), el cual dispone que el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto.
- 10.- En la misma línea, el numeral 1 del artículo 134 de la LPAG dispone que cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio y los feriados no laborables de orden nacional o regional⁹. En virtud a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.

1

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”.

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

“10.4 Medios Impugnatorios:

Contra lo resuelto en la carta de respuesta de la Entidad Prestadora, el Usuario podrá interponer por escrito y atendiendo los requisitos previstos en el numeral 10.5 del presente Reglamento, dentro de un plazo no mayor a los quince (15) días de notificada la carta de respuesta, los medios impugnatorios siguientes:

(...)

b. Recurso de Apelación: Procede contra la carta de respuesta emitida por la Entidad Prestadora y se debe interponer ante la Gerencia General de la Entidad Prestadora en un plazo máximo de quince (15) días de notificada la resolución.

Si el Usuario interpone recurso de apelación, la Entidad Prestadora elevará el expediente debidamente foliado al Tribunal del OSITRAN en un plazo no mayor de quince (15) días contados desde la fecha de su presentación, adjuntando su pronunciamiento respecto al recurso de apelación”.

7 **Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN**

“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”.

8 **LPAG**

“Artículo 133.- Inicio de cómputo

133.1.- El plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto, salvo que éste señale una fecha posterior, o que sea necesario efectuar publicaciones sucesivas, en cuyo caso el cómputo es iniciado a partir de la última.

133.2 El plazo expresado en meses o años es contado a partir de la notificación o de la publicación del respectivo acto, salvo que éste disponga fecha posterior”.

9 **LPAG**

“Artículo 134.- Transcurso del Plazo

134.1 Cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional.

(...)”

- 1.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución materia de impugnación fue notificada a AIR FRANCE el 13 de junio de 2013.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que AIR FRANCE interponga su recurso de apelación venció el 8 de julio de 2013.
 - iii.- AIR FRANCE presentó su recurso administrativo el 3 de julio de 2013, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.
- 12.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG¹⁰, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por un servicio prestado por LAP.
- 13.- 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

Respecto de la improcedencia del reclamo relacionado con las facturas emitidas entre el 31 de octubre de 2012 y 22 de febrero de 2013

- 14.- Sobre el particular LAP afirma que conforme con lo dispuesto por el numeral 7 de su Reglamento de Reclamos, así como el numeral 3 del artículo 12 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, el plazo con el que cuentan los usuarios para interponer el reclamo respectivo es de sesenta (60) días hábiles contados a partir de ocurridos o de conocidos los hechos que dieron lugar al reclamo. Teniendo en cuenta que los hechos materia del presente proceso datan desde el 31 de octubre de 2012, sostiene que AIR FRANCE tenía hasta el 25 de enero del 2013 para presentar su reclamo.
- 15.- La Entidad Prestadora considera como fecha de presentación del reclamo el día en el que le fue notificada la resolución N° 003 emitida en el expediente N° 001-2012-CCO-OSITRAN, a través de la cual el CCO declaró improcedente la controversia iniciada por la apelante y dispuso su encausamiento de oficio a fin que se tramite como un reclamo por facturación, de conformidad con el Reglamento de Reclamos de OSITRAN.
- 16.- Sobre el particular, el inciso 3 del artículo 75 de la LPAG, señala lo siguiente:

“Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

¹⁰ **Ley N° 27444**

“Artículo 209.- 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 deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:
(...)*

3.- Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.”

- 17.- Además, el artículo 80 de la LPAG prescribe que las autoridades administrativas deben, de oficio, asegurar su competencia en el proceso que se ventila ante sus dependencias¹¹; ello implica que no podrán pronunciarse sobre el fondo de la pretensión cuando detecten que no son competentes para ello.

- 18.- Asimismo, los artículos 81 y 82 del mismo cuerpo normativo disponen lo siguiente:

“Artículo 81.- Conflictos de competencia

81.1 La incompetencia puede ser declarada de oficio, una vez apreciada conforme al artículo anterior o a instancia de los administrados, por el órgano que conoce del asunto o por el superior jerárquico (...)”

“Artículo 82.- Declinación de competencia

82.1 El órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado.”

[Lo resaltado es agregado]

- 19.- De lo expuesto, la LPAG dispone que en el supuesto en que se detecte que un proceso se viene ventilando ante una entidad administrativa incompetente, dicha falta de competencia puede ser declarada de oficio por la misma autoridad en el momento en que se advierta.
- 20.- Asimismo y en virtud de lo dispuesto por el artículo 87 de la LPAG¹², una vez que sea declarada su incompetencia, el órgano que resulte competente para conocer el asunto continuará el trámite del proceso según su estado, conservando todo lo actuado hasta dicha fecha.

¹¹ **LPAG**

“Artículo 80.- Control de competencia

Recibida la solicitud o la disposición de autoridad superior, según el caso, para iniciar un procedimiento, las autoridades de oficio deben asegurarse de su propia competencia para proseguir con el normal desarrollo del procedimiento, siguiendo los criterios aplicables al caso de la materia, el territorio, el tiempo, el grado o la cuantía.”

¹² **LPAG**

“Artículo 87.- Continuación del procedimiento

Luego de resuelto el conflicto de competencia, el órgano que resulte competente para conocer el asunto continúa el procedimiento según su estado y conserva todo lo actuado, salvo aquello que no sea jurídicamente posible.”

- 21.- En ese orden de ideas, se puede afirmar que cuando el administrado presenta alguna solicitud ante un órgano incompetente de la Administración Pública, este tiene la obligación de reconducirlo. En ese sentido, la carga no está del lado del administrado, quien cumplió con presentar su solicitud, sino que el deber es de la Entidad Administrativa.
- 22.- Como se observa, forma parte de las obligaciones de toda Entidad Administrativa el encausar los procedimientos cuando se advierta errores u omisión de los administrados, procurando la eficacia de las actuaciones ya realizadas y el respeto de los derechos de los administrados. En este sentido, si bien la apelante inició el trámite como una controversia, dicho error fue subsanado por el CCO al momento de encausar el referido proceso y ordenar que se tramite como reclamo de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de Reclamos de OSITRAN.
- 23.- Por lo tanto, cuando un procedimiento es reconducido, debe considerarse como fecha de inicio del procedimiento aquella en que éste se inició ante el órgano no competente y no la fecha en que éste remitió los actuados al órgano o dependencia que resulta competente, el cual contará además, íntegramente, con el plazo legal correspondiente para resolver.
- 24.- Teniendo en cuenta lo expuesto, al momento en que LAP emitió su resolución respecto al reclamo de AIR FRANCE, debió considerar que la fecha de inicio del procedimiento de reclamo a aquella en que presentó su solicitud ante el CCO. La demora de este órgano en encausar la solicitud de AIR FRANCE no debe afectar al administrado.
- 25.- Por lo expuesto, no es correcto considerar como fecha de presentación del reclamo de AIR FRANCE la fecha de notificación de la resolución del CCO, sino el 5 de diciembre de 2012 fecha en la que se inició la controversia. En consecuencia, no corresponde declarar la improcedencia del reclamo presentado respecto de la facturación efectuada sobre los servicios prestados hasta el 22 de febrero de 2013.

Con relación a la pérdida del beneficio tarifario

- 26.- En primer lugar se debe analizar el objeto del Convenio Marco, el cual es definido de la siguiente forma:

“Cláusula Tercera: Objeto

Por medio del Presente Convenio CORPAC, PROMPERU y LAP sientan las bases de cooperación interinstitucional a fin de contribuir, en el marco de sus competencias, al desarrollo de la actividad turística en nuestro país generando una mayor oferta de servicios aerocomerciales, mediante la promoción y el fomento de la operación de un mayor número de rutas y frecuencias internacionales por parte de las líneas aéreas que se acojan a los beneficios del presente CONVENIO.

A tal efecto, LAP y CORPAC se comprometen a hacer los esfuerzos necesarios a fin de ofrecer paquetes promocionales a las líneas aéreas, a través de descuentos en la aplicación de las tarifas de los servicios aeroportuarios de aterrizaje y despegue y de los servicios de aeronavegación, respectivamente.

Por su parte, PROMPERU se compromete a promocionar el destino Perú en el extranjero a través de sus

diversas modalidades de promoción. Ello se realizará conforme a los términos establecidos en el presente documento, en sus anexos y de acuerdo a los lineamientos de política y estrategia de PROMPERU.

Es ese sentido, las Partes declaran que las líneas aéreas que deseen acogerse y ser beneficiarias de las ventajas ofrecidas en el presente CONVENIO, deberán cumplir con todas y cada una de las condiciones y requisitos detallados en el Anexo 4 de este CONVENIO”.

- 27.- Adicionalmente, la cláusula quinta del referido convenio dispone lo siguiente:

Cláusula QUINTA.- COMPROMISOS DE LAP, CORPAC Y PROMPERU

“Las Partes acuerdan que durante el plazo de vigencia del presente CONVENIO se ofrecerán beneficios económicos con relación a las tarifas aplicables a los servicios aeroportuarios de aterrizaje y despegue a cargo de LAP y los servicios de SNAR a cargo de CORPAC, a las diferentes líneas aéreas que operen Frecuencias Internacionales Adicionales hacia el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de la ciudad de Lima (Perú). Ello se realizará conforme a las condiciones previstas en este CONVENIO, durante el período mínimo establecido para dichos beneficios, según lo previsto en el Anexo 4”.

*Adicionalmente PROMPERU se compromete a invertir – según lo establecido en el Anexo N° 4 (Tercer Paquete) – para promover al Perú como destino de manera directa a través de alianzas estratégicas en el mercado correspondiente (u otros mecanismos de promoción que pueda emplear la institución). Para tal efecto, **PROMPERU suscribirá con la(s) aerolínea(s) el Convenio Específico correspondiente donde se consignarán las acciones a desarrollar y las obligaciones específicas (técnicas, económicas, logísticas u otras que puedan corresponder) (...)**”.*

[Lo resaltado es agregado]

- 28.- Es importante resaltar que los beneficios económicos derivados de la aplicación del Convenio se concretan con los paquetes promocionales que son ofrecidos por LAP y CORPAC a las líneas aéreas, a través de descuentos aplicados en las tarifas de los servicios aeroportuarios de aterrizaje y despegue y de los servicios de aeronavegación (SNAR). Dichos beneficios son otorgados a las líneas aéreas que operen una o más Frecuencia Internacional Adicional (FIA) hacia el AIJCh.
- 29.- En este sentido se observa que las partes firmantes del Convenio Marco, a fin de promover el turismo a través del fomento de la operación de más rutas internacionales, otorgaron la potestad a PROMPERU de firmar los convenios específicos con cada aerolínea que desee adquirir los beneficios tarifarios dispuestos en dicho convenio, siendo en estos últimos donde se establecerían las obligaciones específicas para cada aerolínea.
- 30.- En el Convenio Marco se estipuló que las aerolíneas conservarían los beneficios del paquete a que se acogieron, siempre y cuando mantengan en todo momento las condiciones previstas en el anexo N° 4. Dichas condiciones son las siguientes: a) Debe existir al menos una FIA; b) Para obtener la promoción de nuevo destino el vuelo debe operar por

lo menos tres veces por semana; c) La nueva frecuencia deberá volar por lo menos seis meses en forma consecutiva e ininterrumpida. De no ser así, la aerolínea estaría obligada a asumir el total de los costos que corresponden a las operaciones como si nunca hubiese existido tal promoción.

31.- En otro sentido y de manera posterior a la firma del referido convenio con PROMPERU y CORPAC, LAP elaboró su Política Tarifaria donde se fijan y regulan los beneficios económicos que se comprometió otorgar al momento de firmar el Convenio Marco.

32.- Es pertinente tener en cuenta lo establecido por el TSC respecto a la naturaleza del Tarifario y demás condiciones tarifarias y operativas que emiten las entidades prestadoras que regulan la prestación de sus servicios. Así este colegiado ha señalado:

“29.- (...) la Entidad Prestadora tiene la obligación de publicar este tarifario (además de otros reglamentos y directivas), dada la existencia de asimetrías de información entre el administrador del puerto y los usuarios (intermedios y finales), la cual constituye una falla de mercado que, por cuestiones de bienestar social y eficiencia económica, intenta ser combatida con la transparencia de las condiciones que regirán las relaciones comerciales entre estos, minimizando los costos de información para la parte que se presume menos informada, es decir, para los usuarios, lo cual les permitirá tomar, de manera responsable, decisiones informadas con relación a las operaciones y servicios que deseen contratar y/o utilizar con la entidad prestadora.

30.- Por tanto, las partes que contratan utilizando cláusulas generales de contratación se encuentran obligadas a cumplir con dichas disposiciones, las que no pueden ser modificadas unilateralmente por ninguna de las partes.

31.- 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 aquéllas 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.”

33.- En ese sentido, siguiendo el criterio ya establecido por el TSC¹³ y lo establecido en el artículo 1392 del Código Civil¹⁴, el tarifario y la política tarifaria de las Entidades Prestadoras constituyen cláusulas generales de contratación puesto que son las condiciones que preestablece una de las partes, en este caso LAP, de manera general y abstracta, y que van dirigidas a regular sus relaciones contractuales futuras con sus usuarios.

¹³ Expediente N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN y 028-2010-TSC-OSITRAN.

¹⁴ **Código Civil**

“Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación

Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

34.- Atendiendo a lo expuesto, las estipulaciones de la Política Tarifaria, deben considerarse e interpretarse teniendo en cuenta las disposiciones del Código Civil que regulan este tipo de relaciones contractuales, como el artículo 1401 que dispone lo siguiente:

“Artículo 1401.- Interpretación Contra el Estipulante

“Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda, a favor de la otra”.

35.- Por consiguiente, en el supuesto de que se presenten más de una interpretación posible, se debe elegir a aquella que favorece a quien no elaboró dichas cláusulas generales de contratación, en el presente caso, nos referimos a la Política Tarifaria de LAP. Adicionalmente a ello, lo establecido en la Política Tarifaria debe interpretarse en concordancia con el Convenio Marco, puesto que la primera pretendía desarrollar lo establecido en este último.

36.- En el presente caso resulta importante precisar la definición de FIBS que figura en el Convenio Marco, la cual difiere de aquella que fuera consignada por LAP dentro de su Política Tarifaria. Al respecto, la segunda cláusula del Convenio Marco establece la siguiente definición:

“(…)”

***Frecuencia Internacional Adicional:** Significará toda nueva frecuencia internacional dentro de cualquiera de las rutas – existentes o por crearse – que: i) tengan como lugar de destino el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de la ciudad de Lima – Perú y ii) que sea operada efectivamente – en forma consecutiva e ininterrumpida – por un período no menor de 6 meses. Para calificar como Frecuencia Adicional, ésta deberá implicar un incremento respecto del número de frecuencias internacionales semanales base. A estos efectos, se considerará como número de frecuencias internacionales semanales base, el mayor número de frecuencias internacionales de la respectiva aerolínea dentro de un período de 52 semanas (un año) previas a la solicitud presentada por la aerolínea a fin de acogerse a la promoción prevista en el presente CONVENIO. (...)”*

37.- Por otro lado LAP, en su Política Tarifaria en el punto 1, literal b) la define de la siguiente manera:

“b) Frecuencias Internacionales Semanales Base: Significará el mayor número de frecuencias internacionales semanales de la respectiva aerolínea (incluyendo todos los destinos desde los que/hacia los cuales vuela desde/hacia el AIJCh) dentro de un periodo de cincuenta y dos (52) semanas previas a la solicitud presentada por dicha aerolínea de acogerse a cualquiera de los Paquetes Promocionales. Sin perjuicio de ello, para efectos de la presente Política Tarifaria, toda Frecuencia Internacional Adicional se computará automáticamente como parte de las Frecuencias Internacionales Semanales Base a partir de la presentación a LAP de la solicitud a la que se hace referencia en el literal a) del numeral 3 del presente documento (siendo irrelevante para dicho cómputo el inicio de operaciones de dicha Frecuencia Internacional Adicional, o cualquier otro factor).”

[Lo subrayado es agregado]

38.- Asimismo, el numeral 3 literal d) de la referida Política Tarifaria dispone lo siguiente:

“(…) Como condición de vigencia de la promoción respectiva, una vez aprobada la solicitud presentada por la aerolínea en los términos referidos en el segundo párrafo del literal a) precedente y una vez iniciadas las operaciones de la respectiva Frecuencia Internacional Adicional, la aerolínea deberá operar de forma ininterrumpida (i) todas y cada una de las Frecuencias Internacionales Adicionales motivo de la mencionada solicitud, así como (ii) un número de frecuencias internacionales no menor que las Frecuencias Internacionales Semanales Base”.

39.- Por su parte, en la cláusula 4.2 del Convenio N° 032-2011-PROMPERU-COI, firmado entre PROMPERU y AIR FRANCE, se establecen las obligaciones de la apelante a fin de conservar los beneficios otorgados correspondientes al tercer paquete¹⁵, el cual coincide con el descrito en el Anexo 4 del Convenio Marco. Sobre el particular, el referido numeral dispone lo siguiente:

“4.2.2. Implementar una nueva ruta internacional con destino directo (sin escalas) Paris – Lima – Paris, con cinco (5) frecuencias semanales, la cual iniciará operaciones aproximadamente a partir del 21 de junio de 2011”.

“4.2.3. La frecuencia semanal de la nueva ruta internacional deberá operar por lo menos 3 veces por semana y durante 6 meses en forma consecutiva e ininterrumpida. De no ser el caso, LA EMPRESA estará obligada a asumir el total de costos de: i) tarifa de aterrizaje y despegue; ii) servicio SNAR que correspondan a las operaciones realizadas como si no se hubiese beneficiado de la promoción materia del presente Convenio.”

40.- De lo anterior, con relación al FIBS se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- i.- Por un lado, el Convenio Marco a fin de calcular el FIBS toma como referencia el promedio de frecuencia de los vuelos 52 semanas de manera previa a la presentación de la solicitud.
- ii.- Por el otro lado, en la Política Tarifaria de LAP se estipula que una vez que las aerolíneas presenten su solicitud de acogimiento a los beneficios establecidos en el Convenio Marco, los vuelos y sus frecuencias sobre las cual se solicita la aplicación de dichos beneficios, formarán parte de la FIBS al margen que estas nuevas frecuencias empiecen a operar o no (punto 1 del literal b citado anteriormente).

41.- En el presente caso, en el Convenio Específico N° 032-2011-PROMPERU-COI, AIR FRANCE se comprometió a implementar una nueva ruta internacional con destino directo (sin escalas) Paris – Lima – Paris, con 5 frecuencias semanales. Asimismo, dentro de sus obligaciones se estipula que la frecuencia semanal de la nueva ruta internacional

15 **Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre Lima Airport Partners S.R.L., Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo y Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial.**

ANEXO 4

(…) Tercer Paquete: Aplicable para la línea aérea que opere frecuencias internacionales adicionales que representen una nueva ruta internacional con destino directo (sin escalas) hacia Lima y el mismo se origine en Norte América, Europa o Asia.

(…)

LAP: 24 meses de DESCUENTO DEL 100% DE LA TARIFA DE ATERRIZAJE Y DESPEGUE EN EL Aeropuerto para el vuelo (frecuencia) que califique para la promoción”

deberá operar por lo menos 3 veces por semana durante 6 meses en forma consecutiva e ininterrumpida.

42.- Como se advierte, la Frecuencia Internacional Adicional (FIA) que AIR FRANCE se comprometió a implementar, era la nueva ruta Lima-Paris-Lima, sin escala, la que no operaba desde 1994. Ello implica que la FIBS, al momento en que se presentó la solicitud de los beneficios promovidos por el Convenio Marco era de cero (0), tomando como referencia que AIR FRANCE no había realizado vuelos en las 52 semanas previas a la presentación de su solicitud.

43.- Al respecto, al existir disposiciones sucesivas en el tiempo, entiéndase el Convenio Marco y la Política Tarifaria de LAP, estas deben leerse e interpretarse de manera sistemática, en la medida que una es el desarrollo de aquello que se estipuló en el otro. En este sentido, la interpretación de las disposiciones presentes en ambos casos debe leerse de manera conjunta.

44.- Dicho esto, se tiene que de acuerdo con la lectura de la Política Tarifaria las interpretaciones posibles son que:

- i.- A partir de lo definido en la Política Tarifaria, es que la nueva FIBS de AIR FRANCE sería de 5 vuelos semanales, por el solo hecho de haber presentado su solicitud de acogimiento a los beneficios estipulados en el Convenio Marco (punto 1 literal b) citado anteriormente.. Por consiguiente en el supuesto que AIR FRANCE realice alguna modificación del número de FIBS, esta perdería de manera automática los beneficios otorgados en aplicación del punto 3 literal d) de su Política Tarifaria según la cual AIRFRANCE debía operar de forma ininterrumpida además de todas y cada una de las FIA motivo de su solicitud, un número de frecuencias internacionales semanales no menor que las FIBS, es decir según LAP no podía disminuir las 5 frecuencias semanales durante toda la vigencia del convenio (interpretación de LAP).
- ii.- O haciendo una lectura concordada con la Política Tarifaria y el Convenio Marco, después de cumplir con los vuelos de su FIA durante los primeros seis meses (5 vuelos semanales), su obligación era solo mantener el mínimo de vuelos requeridos en el Convenio, es decir, 3 vuelos semanales (interpretación de AIR FRANCE).

45.- Sobre el particular, El TSC considera que la disposición adicional que figura en la Política Tarifaria y que no forma parte ni del Convenio Marco ni del Convenio firmado entre AIR FRANCE y PROMPERU, obliga a las líneas aéreas a preservar el número de vuelos que manifestaron en su solicitud de acogimiento a los beneficios promovidos por PROMPERU, limitando la libertad que tienen de adecuar su número de vuelos conforme al nivel de demanda de dicha nueva FIA.

46.- En este caso, LAP agregó una precisión que no estaba ni se desprende del Convenio Marco. Es decir, las estipulaciones adicionales contenidas en la Política Tarifaria antes descritas resultan de una interpretación unilateral que realiza la Entidad Prestadora respecto de las condiciones aceptadas en el Convenio Marco y firmadas entre CORPAC, LAP y PROMPERU, estipulaciones adicionales que si bien pretenden desarrollar aquellas establecidas en dicho convenio, en los hechos desnaturalizan el mismo y modifican de forma unilateral obligaciones provenientes del acuerdo entre las partes.

47.- Siguiendo lo antes expuesto, en el presente caso la FIA es la nueva ruta Lima – Paris – Lima, la cual AIR FRANCE cumplió con mantener en el período de vigencia de los beneficios solicitados. Asimismo se observa que, tanto el Convenio Marco como el Convenio N° 032-2011-PROMPERU-COI, el número de vuelos mínimos requeridos para esta

nueva FIA es de 3 veces a la semana, por lo que la reducción de 5 a 3 vuelos por semana, no implica salirse de los límites que establece el Convenio Marco para conservar los beneficios otorgados.

- 48.- En consecuencia, al haber mantenido los requisitos establecidos en el Convenio Marco y el Convenio N° 032-2011-PROMPERU-COI, corresponde que se apliquen los beneficios adquiridos en virtud de los referidos convenios a favor de AIR FRANCE. Por lo expuesto, la Entidad Prestadora deberá devolver el monto indebidamente facturado, por los servicios de A/D desde el 31 de octubre de 2012 al 4 de julio de 2013, más los intereses legales correspondientes de conformidad con las disposiciones establecidas en el Código Civil.

Respecto del pago de costas y costos

- 49.- En otro punto, parte de la pretensión de AIR FRANCE es que LAP asuma los costos y costas del presente proceso.

- 50.- Al respecto el artículo 31 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, estipula lo siguiente:

“Artículo 31.- Costas y Costos

Las costas y costos del procedimiento serán asumidos por la parte vencida, salvo resolución expresa y motivada del órgano resolutorio competente, en sentido distinto.

La Liquidación y pago de las costas y costos procedimentales se realizará teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 410 y siguientes del Código Procesal Civil en lo que sea aplicable.

El los procedimientos referidos a las controversias entre Entidades Prestadoras y sus Usuarios, no será de aplicación el pago de costas y costos. No obstante, en el caso de que el reclamo involucrase la suspensión del cobro de una contraprestación del Usuario, si dicho reclamo hubiera sido declarado infundado, improcedente o inadmisibles mediante resolución firme, el reclamante estará obligado a pagar los intereses moratorios devengados diariamente desde la presentación del reclamo respectivo. Para estos casos, se entiende que los intereses se han devengado de manera automática a partir de la fecha de presentación del reclamo.”

- 51.- Respecto a las costas del proceso, el artículo 410 del Código Procesal Civil los define de la siguiente forma:

“Artículo 410.- Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso.”

- 52.- Dado lo expuesto y en la medida que en el presente proceso no existen tasas judiciales ni conceptos similares que puedan encajar en tal definición, no corresponde amparar el pedido en este extremo.

- 53.- Respecto de los costos del proceso, el artículo 411 del Código Procesal Civil los define de la siguiente forma:

“Artículo 411.- Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial”.

- 54.- En este sentido, la Entidad Prestadora deberá retribuir los costos incurridos por el apelante en el presente proceso, los cuales deberán ser acreditados al momento en que se proceda a realizar su liquidación en primera instancia.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁶;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión contenida en la Carta N° LAP-GRE-C-2013-00297, en el extremo que declaró Improcedente el reclamo interpuesto por AIR FRANCE respecto de aquellos importes facturados por las operaciones desarrolladas antes del 23 de febrero de 2013 e Infundado respecto al período comprendido entre el 23 de febrero hasta el 4 de julio de 2013; y en consecuencia declarar **FUNDADO** el reclamo presentado, debiendo la Entidad Prestadora devolver el monto indebidamente pagado por AIR FRANCE por el concepto de tarifa por Aterrizaje y Despegue por las operaciones realizadas entre el 31 de octubre de 2012 al 4 de julio de 2013, más los intereses legales correspondientes y los costos del proceso.

SEGUNDO.- DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de apelación en el extremo que solicita el pago de las costas del proceso

TERCERO.- NOTIFICAR a SOCIÉTÉ AIR FRANCE SUCURSAL EN EL PERÚ S.A. y a LIMA AIRPORT PARTNERS 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN**

¹⁶ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN.** Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-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.”

RESOLUCIÓN

N° 212-2014-TSC-OSITRAN

APELANTE	:TRANSBER S.A.C.
EMPRESA PRESTADORA	:AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERU S.A.
ACTO APELADO	:Decisión contenida en la Carta N° 525-2014-AAP

SUMILLA

La Entidad Prestadora debe atender las solicitudes de acceso presentadas por los usuarios intermedios, cuando no existan razones técnicas u operativas debidamente acreditadas que puedan justificar su denegatoria.

Cuando se adviertan circunstancias que el Tribunal de Solución de Controversias considere que podrían ser calificadas como maniobras dilatorias, corresponde poner en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización el pronunciamiento del órgano colegiado, para las acciones a que hubiere lugar, dentro del ámbito de su competencia.

RESOLUCIÓN N° 002

Lima, 28 de octubre de 2014.

VISTO

El recurso de apelación interpuesto por TRANSBER S.A.C. (en adelante, TRANSBER o la apelante), contra la decisión contenida en la Carta N° 525-2014-AAP, emitida por AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERU S.A. (en adelante AAP o la Entidad Prestadora), a través de la cual esta última resuelve denegar la solicitud de acceso a Facilidades Esenciales para prestar el servicio de rampa, dentro del Aeropuerto Internacional Alfredo Rodríguez Ballón de la ciudad de Arequipa;

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 1 de agosto de 2014, TRANSBER presentó ante AAP una solicitud de acceso a facilidades esenciales a fin de prestar el servicio de rampa dentro del Aeropuerto Internacional Alfredo Rodríguez Ballón de la ciudad de Arequipa.
- 2.- A través de Carta N° 503-2014-AAP notificada el 18 de agosto de 2014, AAP comunicó a TRANSBER que la solicitud presentada se encuentra incompleta dado que las Especificaciones de Operación (OPSPECS) no contemplan el equipamiento de apoyo terrestre en plataforma que será utilizado por la apelante en el referido aeropuerto.
- 3.- Con fecha 20 de agosto de 2014, TRANSBER envió una comunicación a AAP, indicando que toda la documentación necesaria, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora¹, fue remitida de manera conjunta con la carta N° TBL-GC-028-14 del 1 de agosto de 2014, en la cual se describe la maquinaria y los equipos a utilizar para la prestación del servicio de rampa, así como las autorizaciones y permisos de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC). Asimismo, con referencia a las Especificaciones de Operación (OSPECS), precisa que éstas serán modificadas en una nueva revisión para la certificación, una vez que cumpla con la inspección in situ por parte de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), para lo cual requiere contar previamente con el acceso a rampa y el área requerida para el estacionamiento de los equipos.
- 4.- A través de la Carta N° 525-2014-AAP notificada el 21 de agosto de 2014, la Entidad Prestadora, basándose en el Informe N° 002-2014-GOP elaborado por su Subgerencia de Operaciones, resolvió la solicitud de acceso presentada por la apelante, indicando lo siguiente:
 - i.- No existe espacio suficiente en la plataforma para atender la solicitud de TRANSBER. La plataforma del aeropuerto de Arequipa tiene una longitud de 400 metros de largo por 80 metros de ancho, y cuenta con seis puestos de estacionamiento, dos de contacto y cuatro posiciones remotas; por lo que dicha infraestructura no permite el ingreso de un nuevo operador.
 - ii.- La calle de rodaje de la plataforma del Aeropuerto de Arequipa, cuenta con vías vehiculares y un sendero peatonal de embarque a puestos remotos de pequeña dimensión. Esto impide que exista un excesivo desplazamiento de vehículos y equipos de servicio de rampa dentro de la misma.
 - iii.- Teniendo en cuenta las dimensiones de la plataforma y el número de empresas que prestan los servicios de rampa (dos empresas), se puede determinar que actualmente dicho número es suficiente para operar en la plataforma del Aeropuerto de Arequipa. En ese sentido, admitir un operador adicional podría generar accidentes con pasajeros, aeronaves y equipos de otros servicios de rampa, originando congestión en plataforma y atentando contra la seguridad operacional del aeródromo.
- 5.- Con fecha 10 de setiembre de 2014, TRANSBER interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

¹ Aprobado mediante Resolución N° 028-2011-CD-OSITRAN

- i.- AAP no ha actuado siguiendo los principios de libre acceso, neutralidad, libre competencia y promoción de la inversión privada, planteando maniobras dilatorias con el único objeto de postergar la atención de la solicitud de acceso a facilidades esenciales.
- ii.- En el mes de junio de 2014, TRANSBER presentó una primera solicitud de acceso, que si bien fue observada por AAP, permitía conocer las principales características del Servicio Esencial de Rampa a ser brindado, así como la maquinaria y equipos a utilizarse.
- iii.- Teniendo en cuenta las observaciones realizadas por la Entidad Prestadora a la solicitud presentada con fecha 25 de junio de 2014, con fecha 1 de agosto de 2014 TRANSBER presentó una nueva solicitud, adjuntando todos y cada uno de los documentos exigidos en el artículo 16 del Reglamento de Acceso de AAP; sin embargo, a través de Carta N° 503-2014-AAP del 18 de agosto de 2014, la Entidad Prestadora nuevamente observó la solicitud con argumentos carentes de sustento, pues en esa oportunidad solicitó información adicional que TRANSBER no se encontraba obligada a presentar, siendo además que la información requerida, no podía obtenerse en el estado en que se encontraba el proceso.
- iv.- Esta irregularidad en el tratamiento de su solicitud se torna más grave aún si se considera que no es la primera vez que AAP se encuentra en posición de analizar y dar trámite a su solicitud de acceso. A lo anterior se debe agregar que, en el Aeropuerto de Arequipa, el servicio esencial de rampa es también brindado por la empresa Servicios Aeroportuarios Andinos S.A. (SAASA), la cual se encuentra vinculada con la Entidad Prestadora.
- v.- Dado lo expuesto, se puede afirmar que la conducta desplegada por AAP dentro del trámite de su solicitud de acceso, vulnera los principios de libre acceso, competencia y de promoción de la inversión privada contenidos en el artículo 8 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.
- vi.- Respecto a la supuesta falta de espacio en el Aeropuerto de Arequipa para permitir el ingreso de un nuevo proveedor, afirma que si se tiene en cuenta la infraestructura actual de dicho aeropuerto, la incorporación de un nuevo operador del servicio especial de rampa no dará lugar a un supuesto de congestión en el traslado de los equipos, tal como lo ha alegado la Entidad Prestadora.
- vii.- La congestión a la que hace referencia AAP en la resolución que le deniega el acceso a la facilidad esencial, se relaciona con el número de aeronaves que deben ser atendidas dentro del aeropuerto. Al respecto, indica la apelante que en caso de ocurrir tal congestión, ésta puede ser superada mediante el empleo eficiente de las facilidades esenciales y el uso de mecanismos operativos adecuados.
- viii.- Si se revisa su solicitud de acceso y la carta de respuesta de AAP, se logra advertir que la Entidad Prestadora no ha tomado en consideración los alcances de la solicitud presentada, ni cómo ésta podría ser considerada procedente teniendo en cuenta los planes de ampliación del Aeropuerto contenidos en el Plan Maestro Optimizado.
- ix.- En los documentos que se adjuntaron en la carta de respuesta de AAP, únicamente se ha consignado un plano del área de terminales y no el terreno total con el que cuenta el aeropuerto, lo cual evidenciaría que existe espacio sufi-

ciente para que TRANSBER pueda operar. Dado lo expuesto, la apelante señala que AAP únicamente ha considerado en su análisis cómo es que la entrada de TRANSBER afectaría la operatividad de las empresas proveedoras del Servicio Esencial de Rampa, entre las cuales se encuentra Servicios Aeroportuarios Andinos S.A.

x.- Finalmente, indica que la incorporación de un operador adicional permitirá incrementar la oferta existente del servicio esencial de rampa, promoviendo la competencia en dicho mercado hacia aspectos tales como la calidad o costo del servicio, en el marco de lo dispuesto por el principio de libre competencia y promoción de la inversión privada.

6.- Con fecha 17 de septiembre de 2014, AAP elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo, efectuando la absolución del recurso presentado, en base a los siguientes argumentos:

i. No existieron maniobras dilatorias en la tramitación de la solicitud de acceso de la apelante, dado que fue tramitada dentro del plazo de 15 días hábiles previstos por la norma, teniendo en cuenta que fue presentada el 1 de agosto de 2014 y resuelta el 21 de agosto de 2014.

ii. El requerimiento de información adicional tuvo como objetivo verificar el cumplimiento de un requisito previsto en el artículo 16 del Reglamento de Acceso de AAP, relacionado con los permisos y autorizaciones del equipo que se utilizaría para prestar el servicio. Agrega que el propio OSITRAN, frente a una solicitud de acceso similar, observó la ausencia de dichos permisos o autorizaciones referidas a las Especificaciones de Operación (OPSPECS).

iii. Las Especificaciones de Operación (OPSPECS) que presentó TRANSBER no contemplaban los equipos de apoyo terrestre en plataforma que serían utilizados por dicha empresa en el Aeropuerto de Arequipa. Asimismo, en el Certificado de Operador presentado por la apelante, las OSPECS indicaban que la autorización de la DGAC lo habilitaba como "Terminal de Almacenamiento de Carga y Correo en la ciudad de Lima-Callao, Arequipa, Cuzco, Piura, Tacna, Pucallpa y Tarapoto, y Equipos de Apoyo Terrestre en Plataforma en la ciudad de Cuzco". En ese sentido, teniendo en cuenta que las Especificaciones de Operación (OPSPECS) presentadas por la apelante no incluían el equipamiento a ser utilizado en el aeropuerto y que no habilitaban a TRANSBER a prestar el servicio de equipo de apoyo terrestre en Arequipa, sino únicamente en la ciudad de Cuzco, es que se procedió a formular la referida observación.

iv. En el presente caso, existe una imposibilidad real para otorgar el acceso a la apelante, por razones de limitación en la infraestructura y riesgos a la seguridad operacional, por lo que su denegatoria se ajusta a lo dispuesto en el artículo 22 de su Reglamento de Acceso.

7.- A través de la Nota 32-14-STSC-OSITRAN del 1 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN se sirvan informar lo siguiente:

"(...)

a) *Cuántos contratos de acceso para la prestación del servicio de Rampa en el Aeropuerto de Arequipa tiene suscritos AAP, en qué fecha fueron suscritos y cuál es el plazo de vigencia. Asimismo, solicitamos se sirva informar si para la firma de cada contrato de acceso, se siguió alguno de los procedimientos establecidos en el REMA. Se requiere nos adjunte una copia de cada uno de los contratos que se encuentren vigentes a la fecha.*

b) *Si existe alguna vinculación entre AAP y alguna de los usuarios intermedios que actualmente prestan el servicio de rampa en el Aeropuerto de Arequipa.*

c) *Si, teniendo en cuenta los contratos de acceso que actualmente tiene suscritos AP, existe limitación de espacio en la infraestructura en el Aeropuerto de Arequipa que pueda impedir la entrada a competidor adicional o si ello generaría congestión en la plataforma que pueda ocasionar a su vez un problema de seguridad operacional que ponga en riesgo a las personas (personas y trabajadores), aeronaves o a la infraestructura."*

8.- Dicho requerimiento fue atendido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través de Memorandum N° 1731-2014-GSF-OSITRAN, del 9 de octubre de 2014.

9.- A través de oficio N° 550-14-STSC-OSITRAN del 1 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a la Entidad Prestadora remita la siguiente información:

"(...)

a) *Cuántos contratos de acceso para la prestación del servicio de Rampa en el Aeropuerto de Arequipa tiene suscritos en la actualidad, en qué fecha fueron suscritos y cuál es el plazo de vigencia. Asimismo, solicitamos se sirva informar si para la firma de cada contrato de acceso, se siguió alguno de los procedimientos establecidos en el REMA. Se requiere nos adjunte una copia de cada uno de los contratos que se encuentren vigentes a la fecha.*

b) *Si existe alguna vinculación entre su representada y alguno de los usuarios intermedios que actualmente prestan el servicio de rampa en el Aeropuerto de Arequipa."*

10.- Dicho requerimiento fue atendido por la Entidad Prestadora a través de Carta N° 717-2014-AAP del 9 de octubre de 2014.

11.- Con fecha 10 de octubre de 2014, AAP presentó un escrito reiterando los argumentos consignados en los escritos anteriores.

12.- A solicitud de las partes, se programó el informe oral para el 15 de octubre de 2014. Tal como consta en el acta de asistencia, ambas partes asistieron a la referida audiencia e informaron oralmente ante el TSC, quedando la causa al voto.

13.- Con fecha 17 de octubre de 2014, TRANSBER presentó un escrito reiterando los argumentos presentes en sus escritos anteriores, así como lo expuesto en su informe oral.

14.- Con fecha 21 de octubre de 2014, AAP presentó un escrito reiterando los argumentos presentes en sus escritos anteriores y añadiendo lo siguiente:

i. La infraestructura del Lado Aire o parte aeronáutica del aeropuerto, es limitada, especialmente aquella correspondiente a la plataforma de aeronaves. Asimismo, indicó que la referida plataforma no sólo se utiliza para el embarque y desembarque de pasajeros, correo y carga, sino también para otras actividades necesarias para las aeronaves, como es el abastecimiento de combustible de aviación, motivo por el cual, resulta de suma importancia que no se encuentre saturada y cumpla con las áreas suficientes para albergar a todo el equipamiento de personal necesario

para completar la cadena logística correspondiente a la aviación civil, sin que ello genere un riesgo a las operaciones aeroportuarias.

- ii. Preciso que la dimensión de la zona acondicionada y señalizada para el estacionamiento de equipos de Rampa, ya se encuentra ocupada por las empresas Talma Servicios Aeroportuarios S.A (que ocupa un área de 478.00 m2 según mandato de Acceso dictado por OSITRAN); y Servicios Aeroportuarios Andinos S.A. (con 150.00 m2 según Contrato de Acceso vigente), como consecuencia de ello, no existe posibilidad física de albergar una tercera empresa, ni de otorgar los 100.00 m2 dentro de la zona acondicionada, solicitados por la empresa TRANSBER.
- iii. Asimismo, señaló que no se puede otorgar un área alternativa para el estacionamiento de equipos de rampa distinta a la existente en el Aeropuerto de Arequipa, en la medida que la restricción de uso de otras áreas para destinarlas a estacionamiento de equipos, obedece a la necesidad de mantener en todo momento la seguridad operacional del aeropuerto, por lo que no se ha tratado de no otorgar un espacio físico (terreno) a la apelante, sino que con el área a otorgar corresponde que sea debidamente acondicionada (con ductos para la conducción de efluentes), con el objeto que las empresas de Rampa puedan estacionar y mantener sus equipos.
- iv. La Calle de Rodaje se encuentra incluida dentro de la Plataforma, lo que conlleva a la necesidad de procurar la menor congestión posible en Plataforma, precisamente porque el riesgo de colisión con una nave o entre vehículos y equipamiento de Asistencia en Tierra es considerable. Preciso que existe una única Calle de Servicio que colinda con la plataforma, la misma que cuenta con 2 carriles (uno de ida y uno de vuelta) para el tránsito de los equipos de Rampa, situación que obliga aún más a evitar la presencia de congestión en la plataforma.
- v. Adicionalmente indicó que no se puede hacer entrega a TRANSBER de áreas que no se encuentran acondicionadas ni señalizadas para el estacionamiento de equipos de rampa, pues con ello se busca evitar contingencias como la generación de daño ambiental y a la infraestructura, ocasionada por derrames que perjudicarían la integridad del personal que labora en la zona y la calidad del pavimento, así como la ocurrencia de un siniestro ocasionado por FOD, por la operación en zonas no pavimentadas o cuyo pavimento no está preparado para dicho fin.

Indica que por las razones arriba expuestas, es que no se puede otorgar el acceso solicitado por TRANSBER.

- 15.- A través de Memorando N° 004-2014-TSC-OSITRAN, del 23 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN se sirvan informar si los argumentos de AAP antes detallados son verdaderos. Dicho requerimiento fue atendido a través de Memorando N° 1877-2014-GSF-OSITRAN, información que fue ampliada a través de Memorando N° 1888-2014-GSF-OSITRAN.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto por TRANSBER S.A.C.

- ii.- Establecer si la negativa de AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERU S.A. para otorgar el acceso a la empresa TRANSBER S.A.C. es justificada o si, por el contrario, la Entidad Prestadora debe atender la solicitud formulada.

- iii.- Determinar si en el presente caso existieron maniobras dilatorias por parte de AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERU S.A. al momento de tramitar la solicitud de acceso presentada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

III.1.- EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

17.- La materia del presente procedimiento versa sobre el recurso de apelación presentado por TRANSBER contra la decisión contenida en la Carta N° 525-2014-AAP, a través de la cual la Entidad Prestadora resolvió denegar la solicitud de Acceso a Facilidad Esencial para prestar el servicio esencial de rampa, dentro del Aeropuerto Alfredo Rodríguez Ballón, de Arequipa.

- 18.- El Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN², regula el procedimiento para el Acceso, el cual en su artículo 63 dispone lo siguiente:

“Artículo 63.- Apelación de la denegatoria de la Solicitud de Acceso.

La decisión de la Entidad Prestadora de denegar total o parcialmente el Acceso, podrá ser apelada por el solicitante ante la propia Entidad Prestadora, en un plazo no mayor de quince (15) días, contados desde la fecha de la notificación de la denegatoria o de resuelto en forma negativa el recurso de reconsideración. La Entidad Prestadora deberá elevar el expediente al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN en un plazo máximo de cinco (5) días contados desde la presentación de la apelación.

El Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN deberá resolver en el plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la sesión en que se tome conocimiento de la controversia o se hayan actuado las pruebas que sean solicitadas a las partes. Para ello, la apelación deberá ser incluida en la primera agenda posterior a la fecha de su recepción (...).”

- 19.- De acuerdo con dicha norma, el solicitante de acceso cuenta con 15 días para apelar la denegatoria de acceso dispuesta por la Entidad Prestadora.

- 20.- Respecto al cómputo del plazo, el numeral 1 del artículo 134 de la LPAG dispone que cuando aquél es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio y los feriados no laborables de orden nacional o regional³. En virtud a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.

² Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD/OSITRAN, y modificado por Resoluciones de Consejo Directivo N° 054-2005-CD/OSITRAM y 006-2009-CD/OSITRAN.

³ LPAG

“Artículo 134.- Transcurso del Plazo

134.1 Cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional (...).”

21.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:

- i.- La decisión contenida en la carta N° 525-2014-AAP emitida por AAP, fue notificada a TRANSBER el 21 de agosto de 2014.
- ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que TRANSBER interpusiera su recurso de apelación fue el día 11 de setiembre de 2014.
- iii.- TRANSBER presentó su recurso administrativo el día 10 de setiembre de 2014, por lo que se interpuso en el plazo legal.

22.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y sus modificatorias,⁴ al impugnar cuestiones de puro derecho y una diferente interpretación de los documentos actuados dentro del proceso para obtener el acceso a una Facilidad Esencial en el Aeropuerto de Arequipa.

23.- 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 DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Sobre el acceso a las facilidades esenciales y las funciones de OSITRAN

24.- Los aeropuertos son infraestructura que poseen características de monopolio natural⁵ dentro de su zona de influencia. Es por ello que a través de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público, se otorgó la competencia a OSITRAN para regular y supervisar este tipo de infraestructura.

25.- Algunos de los servicios que se brindan dentro del aeropuerto, tienen tarifas reguladas y establecidas por el Regulador o en el contrato de concesión respectivo. Sin embargo, existen otros servicios que son brindados por terceros, como es el caso del servicio de rampa, el cual es considerado como servicio esencial y que requiere, necesariamente, hacer uso de infraestructura aeroportuaria considerada como una facilidad esencial.

4 **Ley N° 27444**
"Artículo 209.- 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."

5 "Cuando las economías de escala son tan grandes que hacen ineficiente que más de una empresa ofrezca un producto, la empresa existente incrementará sus utilidades si no es regulada, restringiendo la oferta e incrementando los precios más allá de los precios competitivos si tiene libertad para hacerlo." Breyer, Stephen. "Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma" En: Themis. N° 52. p. 10. "(...) es común que existan actividades con características de monopolio natural, al menos en algunas de las etapas de la producción. El que una industria tenga características de monopolio natural significa que se puedan producir los distintos niveles de producto a menor costo si se producen por una sola firma que si se produce por dos o más firmas. Esta propiedad de la tecnología se denomina la subaditividad de la función de costos". PAREDES, Ricardo y SÁNCHEZ, José Miguel. "Teoría y Práctica de la Economía de la Regulación". 1999. p.8.

26.- OSITRAN en virtud de las leyes y reglamentos que le otorgan competencia y de las propias disposiciones emitidas en ejercicio de su facultad normativa⁶, regula el acceso a las facilidades esenciales en los mercados derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, entre ellas, la aeroportuaria.

27.- Al respecto, el literal d) del artículo 5 de la Ley N° 26917, establece como un objetivo de OSITRAN el siguiente:

"Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales..."

28.- Por su parte, el literal p) del Numeral 7.1 de la precitada Ley, señala como una de las principales funciones del OSITRAN la siguiente:

"Cautelar el acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura".

29.- A efecto de cumplir con las funciones asignadas legalmente, el OSITRAN aprobó el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN que, de conformidad con sus artículos 4 y 5, establece las reglas, principios y procedimientos legales, técnicos y económicos que rigen el acceso a las facilidades esenciales, los cuales tienen por finalidad generar el bienestar a los usuarios por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtenga resultados similares a los de una situación competitiva.

30.- Ahora bien, el artículo 9 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN define la facilidad esencial de la siguiente forma⁷:

"Artículo 9.- Facilidad Esencial.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

6 Ley 27332

"Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

c) **Función Normativa:** comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

7 "Una Instalación es esencial, cuando el no tener acceso a aquella genera una barrera de entrada insuperable para los potenciales competidores de la empresa dominante, o cuando los competidores que no cuentan con tal acceso, se encuentran en una seria desventaja competitiva, permanente e ineludible lo que haría que sus actividades poco rentables". Traducción libre de la Definición de la Comisión Europea recogida en HATZOPOULOS, Vassilis, *The EU essential facilities doctrine*, p. 21, documento encontrado en la siguiente dirección electrónica: http://www.ii.umich.edu/UJMICH/ces/Home/Resources/Michigan%20Paper%20Series/Hatzopoulos_EU_Essential_Facilities.pdf (página web visitada el 21 de abril de 2014)

- a) *Es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras;*
- b) *No es eficiente ser duplicada o sustituida;*
- c) *El acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino."*

31.- Por su parte, el artículo 7 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN define al Acceso como:

"(...) el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran a la Cadena Logística."

32.- El artículo 8 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN define los distintos principios que determinan los términos y condiciones en los que se debe brindar Acceso a una Facilidad Esencial y que deben ser aplicados al momento de suscribir y establecer los criterios para la celebración y el contenido de los Contratos de Acceso. Dichos principios son los siguientes:

- a) *Libre Acceso: El Acceso a la Facilidad Esencial sólo debe quedar sujeto al cumplimiento de los principios, requisitos y reglas establecidas en las normas y documentos referidos en el REMA.*
- b) *Neutralidad: La Entidad Prestadora debe tratar a los Usuarios Intermedios no vinculados a ella, de la misma manera que trata a su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos, o como se trata a sí misma en condiciones iguales o equivalentes. Los contratos entre la Entidad Prestadora y su filial o empresa vinculada deben convertirse en parámetro para contratar con los operadores no vinculados a ella, en lo que sea favorable a estos últimos.*
- c) *No discriminación: Bajo condiciones equivalentes, la Entidad Prestadora debe tratar de la misma manera a todos los operadores de servicios en competencia.*
- d) *Libre competencia y promoción de la inversión privada: El Acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse sobre la base de una evaluación que establezca un balance entre la incorporación de más competencia y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura. Al evaluar el Acceso, se considerará la equidad y razonabilidad de las Condiciones de Acceso, así como la obtención de retornos adecuados a la inversión.*
- e) *Eficiencia: La determinación y modificación de los Cargos y Condiciones de Acceso deberán tomar en cuenta los incentivos para el uso eficiente de la infraestructura de transporte, evitando la duplicidad ineficiente, costos de congestión y otras externalidades.*
- f) *Plena información: Los solicitantes del Acceso deben contar con la información necesaria para evaluar y negociar las Condiciones de Acceso a la Facilidad Esencial, con el fin de que puedan tomar la decisión de entrar al mercado respectivo.*
- g) *Oportunidad: Los plazos para el cumplimiento de procedimientos y la ejecución de obligaciones, no establecidos en el REMA, deben ser razonables y no deben constituirse en maniobras dilatorias.*
- h) *Prohibición de subsidios cruzados: Las Entidades Prestadoras no podrán imputar los costos de un servicio asignándolos a otros servicios".*

33.- Asimismo, el artículo 18 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, establece cuáles son los requisitos para el acceso

a las facilidades esenciales:

"Artículo 18.- Requisitos para el Acceso a las Facilidades Esenciales.

Las Entidades Prestadoras podrán exigir a los solicitantes del Acceso los siguientes requisitos, los cuales no deberán constituir barreras al Acceso:

- a) *Requisitos que se debe cumplir para otorgar el derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, de acuerdo a lo que estipule la legislación aplicable y los respectivos contratos de concesión. Por tanto, no podrán en modo alguno afectar las disposiciones del presente Reglamento.*
- b) *Requisitos técnicos, de operación, administrativos, de seguridad y ambientales que deben cumplir los usuarios intermedios, y que se encuentren establecidos en las normas internas de las Entidades Prestadoras, que deberán estar en concordancia con las disposiciones aprobadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La Entidad Prestadora podrá incorporar en su Reglamento de Acceso estos requisitos de manera explícita, o podrá hacer referencia a las normas que los contengan.*
Los requisitos no establecidos en las disposiciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones deben ser razonables o deben ajustarse a estándares establecidos internacionalmente. OSITRAN presumirá que tales exigencias son razonables cuando se demuestren que son prácticas comerciales ordinarias. La Entidad Prestadora deberá acreditar la razonabilidad de toda exigencia por encima de tales estándares, la que deberá estar debidamente justificada por las circunstancias del caso concreto, y en ningún caso deben constituir barreras al Acceso.
- c) *Pólizas de seguro y garantías requeridas, que deberán ser razonables en atención a la naturaleza y riesgos del servicio involucrado. OSITRAN podrá evaluarlas de modo tal de aprobar la razonabilidad de la cobertura y nivel de garantías exigidas. Para tal evaluación, podrán usarse como parámetros las prácticas comerciales ordinarias para actividades o servicios similares, entre otros elementos."*

34.- Como se aprecia de las normas citadas, a través del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN se regula el acceso a las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios, al ser éstas indispensables para la prestación de los servicios considerados esenciales en la cadena logística del transporte; procurando generar competencia o la utilización de mecanismos de mercado que permitan simular una situación competitiva.

35.- La exigencia de tales requisitos, obedecen a la naturaleza propia de las operaciones que se realizan en las infraestructuras de transporte, las cuales requieren de un alto grado de especialización por parte de los operadores, a fin de garantizar la seguridad de las operaciones en dichas infraestructuras. Por su parte, las exigencias de las garantías obedecen a la necesidad de cubrir los posibles daños, en el eventual supuesto que ocurran incidentes que puedan dañar a los usuarios de las infraestructuras o a sus instalaciones, garantizando de esta manera la continuidad de las operaciones.

36.- Por ello, los requisitos que son exigidos por el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN y los Reglamentos de Acceso de las Entidades Prestadoras, son establecidos con un criterio de razonabilidad, teniendo en cuenta el grado de especialización necesaria para poder prestar el servicio especial y cuidando que tales exigencias no sean desproporcionadas y terminen actuando como una barrera de entrada al mercado.

37.- Respecto a las solicitudes de acceso a las facilidades esenciales, el artículo 53 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, establece el contenido mínimo de la solicitud a ser presentada por el Usuario Intermedio solicitante:

“Artículo 53.- Contenido de la Solicitud de Acceso.

La Solicitud de Acceso deberá indicar, cuando menos la siguiente información:

- a) Identificación del solicitante.*
- b) Facilidad(es) Esencial(es) a la(s) que se requiere tener Acceso.*
- c) Servicio(s) Esencial(es) que el solicitante pretende brindar y su relación con la(s) Facilidad(es) Esencial(es) solicitada(s).*
- d) Descripción de la maquinaria y equipo con que prestará el(los) Servicio(s) Esencial(es).*
- e) La información adicional solicitada en el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, así como la acreditación del cumplimiento de los requisitos o condiciones establecidas en dicho Reglamento.*
- f) Cualquier otra información que el solicitante considere pertinente con el objeto de precisar los alcances del servicio y los requerimientos de infraestructura.”*

38.- Por su parte, el artículo 16 del Reglamento de Acceso de AAP establece el contenido de la solicitud que deberá presentar el usuario intermedio para acceder a las facilidades esenciales en los Aeropuertos del Primer Grupo, entre los que se encuentra, el aeropuerto de Arequipa:

“Artículo 16.- Solicitud de Acceso

a) Acceso a las Facilidades Esenciales

Todo Interesado o Usuario Intermedio que desee obtener Acceso para prestar un Servicio Esencial en cualquier Facilidad Esencial del Aeropuerto, deberá presentar una solicitud formal por cada Servicio Esencial que desee operar, la cual será evaluada por AAP.

La solicitud deberá indicar lo siguiente:

- i. Identificación del Interesado (Nombre, Razón Social, RUC, Ficha o Partida Registral, Domicilio y nombres de los representantes legales).*
- ii. Servicio Esencial que el solicitante pretende brindar y su relación con la Facilidad Esencial solicitada.*
- iii. Facilidad Esencial a la que se requiere tener Acceso.*
- iv. Descripción de la maquinaria y equipo con que se prestará el Servicio Esencial.*
- v. Copia de las autorizaciones, licencias y permisos necesarios correspondientes a la actividad que realizará a efectos de prestar el Servicio Esencial.*
- vi. Declaración jurada señalando que no se encuentra incurso en ninguna causal de las contempladas en la Ley General del Sistema Concursal, o la norma que la sustituya, y que no se encuentra en un procedimiento de naturaleza concursal, seguido ante cualquiera de las Comisiones de Procedimientos Concuriales o las autoridades que las sustituyan.*
- vii. Vigencia de poderes de sus representantes legales.*
- viii. Fecha de inicio de sus operaciones.*
- ix. Documentación que acredite que la empresa, sus representantes legales, directores u accionistas, no están repor-*

tados ante ninguna central de riesgos por incumplimiento en el pago de sus obligaciones. AAP verificará si en sus registros tales personas muestran deudas impagas aun cuando éstas hubieran sido provisionadas o castigadas.
x. Cualquier otra información que el Interesado que solicite el Acceso considere pertinente para acreditar su experiencia e idoneidad para desarrollar el Servicio Esencial.”

En el presente caso, de la revisión del expediente se observa que la apelante adjuntó los documentos requeridos por el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN y el Reglamento de Acceso de AAP.

Sobre la negativa de AAP para otorgar el acceso a la empresa TRANSBER

39.- En el presente caso, AAP sobre la base del artículo 22 del Reglamento de Acceso, deniega el acceso a la empresa TRANSBER argumentando que: (i) no existe espacio suficiente en la plataforma que pueda permitir el ingreso de un nuevo operador de rampa, y (ii) que existiría congestión en los equipos de arrastre, pues en el supuesto de que cualquier usuario intermedio adicional prestara el servicio de rampa, se generaría una gran congestión en la plataforma y en las sendas vehiculares que obran en la misma.

40.- El referido artículo 22 del Reglamento de Acceso de AAP señala lo siguiente:

“Artículo 22.- Denegatoria de la Solicitud de Acceso

Si AAP observara que no puede atender, en todo o en parte, la Solicitud de Acceso por no existir infraestructura disponible, o por razones técnicas, económicas, de seguridad o de cualquier otra índole, o basándose en cualquier otro motivo razonable, deberá sustentar dichas razones por escrito al Interesado, señalando con precisión los motivos y fundamentos de su denegatoria.

AAP fundamentará su denegatoria en los siguientes aspectos, entre otros:

- a) Las limitaciones físicas, técnicas o ambientales existentes en la infraestructura para admitir y soportar razonablemente su uso, con el fin de brindar el Servicio Esencial solicitado, así como las posibilidades y límites para ampliarla o mejorarla.*
- b) Los niveles de congestión real o potencial derivados de limitaciones de espacio o tiempo.*
- c) La existencia de Usuarios Intermedios utilizando la infraestructura.*
- d) Limitaciones tecnológicas existentes.*
- e) Problemas contractuales anteriores por parte del Interesado, como incumplimiento de pagos o requisitos, entre otros motivos.”*

41.- La apelante contradice lo señalado por la Entidad Prestadora, indicando que sí existe espacio suficiente para que se le permita el acceso a la facilidad esencial en el aeropuerto de Arequipa. Asimismo, manifiesta que la incorporación de un nuevo operador del servicio de rampa no generaría congestión o riesgo en la seguridad de las operaciones, tal como ha sido manifestado por AAP. Por el contrario, afirma que la razón por la cual la Entidad Prestadora rechazó su solicitud de acceso se debe a que la empresa Servicios Aeroportuarios Andinos S.A. (SAASA), vinculada con aquella, también presta el servicio de rampa en el referido aeropuerto.

42.- Teniendo en cuenta las razones por las cuales AAP habría denegado el acceso a TRANSBER a la facilidad esencial de rampa, y considerando que el servicio de rampa es un servicio esencial que tiene que ser prestado a través del uso de una facilidad esencial, se debe determinar si ésta cuenta con algún tipo de restricción o limitación que no permita la atención a la solicitud de acceso de TRANSBER por ausencia de espacio suficiente, empresa que se encuentra interesada en prestar dicho servicio en el Aeropuerto de Arequipa, y si con su ingreso, se generaría un congestionamiento de los vehículos de arrastre en la plataforma.

43.- Sobre el particular, se debe tener en cuenta que el artículo 57 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, dispone lo siguiente:

“Artículo 57.- Determinación de la disponibilidad de infraestructura.

La disponibilidad de la infraestructura será determinada por la Entidad Prestadora, y OSITRAN podrá revisar la sustentación respectiva.”

44.- Al respecto, si bien el artículo 57 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN establece que será la Entidad Prestadora quien determine la disponibilidad de la infraestructura a fin de permitir el ingreso de nuevos operadores; ello lleva como contrapartida la facultad del OSITRAN de revisar sus decisiones, a fin de verificar si efectivamente existe o no espacio suficiente en aquella para permitir el ingreso de un nuevo operador y con ello incentivar la competencia en dicho mercado.

45.- Haciendo uso de dicha facultad y a fin de reunir los elementos de juicio necesarios para resolver el presente expediente, la Secretaría Técnica del TSC formuló una consulta a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN, órgano encargado de supervisar los aspectos operativos de las infraestructuras de transporte, solicitando aclare si existe o no espacio en el referido aeropuerto que permita la entrada de un nuevo proveedor para el servicio de rampa, así como si es correcto afirmar que la entrada de un nuevo competidor generaría congestionamiento en la plataforma del Aeropuerto de Arequipa, que pueda poner en riesgo la seguridad de los usuarios y de las operaciones que se realizan en dicho aeropuerto.

46.- Asimismo, sobre la supuesta falta de espacio en la plataforma, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, la cual realizó una visita de inspección en el Aeropuerto de Arequipa en agosto de 2014, manifestó lo siguiente:

“(…)

c) En relación a la limitación de espacio en la infraestructura en el Aeropuerto de Arequipa que pueda impedir la entrada de un competidor adicional o si ello generaría congestión en la plataforma que pueda ocasionar a su vez un problema de seguridad operacional que ponga en riesgo a las personas, aeronaves o a la infraestructura, es necesario mencionar que en el Aeropuerto de Arequipa, existen seis posiciones de estacionamiento de aeronaves (PEA), dos de ellas de contacto (Puentes de embarque), por lo tanto el aeropuerto puede atender en rampa seis vuelos en forma simultánea.

(…)

Tampoco existen limitaciones de espacio en plataforma para el estacionamiento de los equipos de un tercer operador de rampa; de acuerdo a lo observado en las distintas supervisiones hechas al aeropuerto de Arequipa.”⁸

47.- Además de lo antes expuesto, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, en Memorando N° 1877-14-GSF-OSITRAN del 27 de octubre de 2014⁹, indicó lo siguiente:

“(…)

Al respecto, debemos señalar que ni en hora punta del mes punta la plataforma de aeronaves ocupa sus seis (06) posiciones en simultáneo (según Plan Maestro - Capítulo 4). Además, debemos recalcar que el número de equipamiento de rampa que circularía en plataforma de aeronaves no va a depender del número de empresas prestadoras de dicho servicio, sino del número de aeronaves estacionadas en plataforma de aeronaves.

En el aeropuerto de Arequipa no se prestan los servicios de: catering, provisión de agua potable, limpieza de servicios higiénicos, provisión de aire acondicionado, provisión de oxígeno.

Además, para el tratamiento de carga no se emplean: plataformas elevadoras, pallets, contenedores ni portacontenedores.

Asimismo, debemos señalar que en todo tipo de aeronaves (A319, A320, B737-300), la carga y descarga del equipaje se realiza únicamente por el lado izquierdo de la aeronave.

Por lo antes expuesto, no consideramos que la presencia de una tercera empresa para prestar el servicio de rampa genere un riesgo para la seguridad de las operaciones aéreas y no consideramos que la plataforma de aeronaves actualmente se encuentre saturada.

(…)

De las inspecciones de operaciones realizadas por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y de las verificaciones realizadas en planos actuales, consideramos que sí existe un espacio adicional en plataforma de 100 m2 para la prestación del servicio de rampa, tanto en la zona acondicionada como en la zona que aún no cuenta con pavimento (…)”

48.- Por lo expuesto, se aprecia que al argumento de falta de espacio en la plataforma, el cual fue utilizado por la Entidad Prestadora para denegar el acceso a la apelante a la facilidad esencial para prestar el servicio de rampa, ha quedado desvirtuado, en la medida que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización ha señalado claramente que sí existe espacio en las instalaciones del Aeropuerto de Arequipa para permitir la entrada de un nuevo operador del servicio de rampa.

49.- En cuanto al argumento alegado por la apelante, en el sentido de que un nuevo operador de rampa podría generar un peligro en el desarrollo de las operaciones del Aeropuerto, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN indicó lo siguiente:

“Es necesario que el concesionario, explique en qué medida y situaciones, además de realizarlo gráficamente, una tercera empresa para la prestación del servicio de rampa, representaría un riesgo para la seguridad operacional, considerando entre otros factores, que actualmente no se ocupan las seis (06) posiciones en simultáneo, que la plataforma cuenta con los espaciamientos requeridos por la RAP 314 Además, debe sustentar sus afirmaciones en las recomendaciones internacionales (OACI, FAA, IATA) y la normatividad

nacional vigente (NTC, leyes, RAPS).

Actualmente, el área destinada al servicio de rampa no cuenta con ductos para la conducción de efluentes que manifiesta el Concesionario, las canaletas que existen frente al área de estacionamiento de equipos de rampa son para el desfogue de las precipitaciones pluviales; además se debe tener en cuenta que los efluentes provenientes de los equipos, no pueden ser vertidos directamente a la red pública, requiriendo ser tratados previamente; por lo que una tercera empresa para la prestación del servicio de rampa operaría bajo las mismas condiciones que operan actualmente TALMA y Servicios Aeroportuarios Andinos S.A.

(...)

*En caso se le otorgue un área no pavimentada, en el contrato de acceso que se suscriba con la tercera empresa prestadora del servicio de rampa, podría considerarse la posibilidad de que sea ella misma quien realice el acondicionamiento del área solicitada (...)*¹⁰

50.- Respecto a este último punto, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN precisó lo siguiente:

*“De las Inspecciones de operaciones realizadas por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y de las verificaciones realizadas en planos actuales, observamos que sí existe un espacio adicional en plataforma de 100 m2 para la prestación del servicio de rampa en el área pavimentada. Adicionalmente, se ha verificado que existe área disponible para el estacionamiento de equipos en otras áreas no pavimentadas; en este caso, como se mencionó en el Memorando 1877-2014-GSF-OSITRAN, es necesario que el operador de rampa acondicione dicha área previa a su operación, lo cual es posible contemplar en el respectivo contrato de acceso que se suscriba con la tercera empresa prestadora del servicio de rampa, a fin de que sea ella misma quien realice el acondicionamiento del área solicitada”*¹¹

51.- Como se puede apreciar del informe de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, la Entidad Prestadora no ha señalado en qué medida el acceso a una tercera empresa para la prestación del servicio de rampa implicaría un riesgo para la seguridad operacional del aeropuerto, pues de ingresar una tercera empresa, operaría bajo las mismas condiciones que los otros operadores ya presentes en el aeropuerto. En informe agregó que la pavimentación del área otorgada en acceso podrá realizarse por la propia empresa operadora del servicio de rampa.

52.- Respecto al posible congestionamiento de los equipos de arrastre en la plataforma y en las sendas vehiculares que obran en la misma, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización concluyó lo siguiente:

(...)

*Por otro lado, cabe señalar que la congestión en plataforma no depende de la cantidad de operadores de rampa sino de la cantidad de equipos necesarios para atender los vuelos en simultáneo, ya que estos pueden pertenecer a un solo operador de rampa o a varios, es decir el equipo de rampa puede ser propiedad de un solo operador o a distintos operadores, en teoría a seis de empresas operadoras del servicio de rampa (...)*¹²

10 Memorando N° 1877-14-GSF-OSitran del 27 de octubre de 2014.

11 Memorando N° 1888-14-GSF-OSitran del 28 de octubre de 2014.

12 Memorando N° 1731-14-GSF-OSitran del 9 de octubre de 2014.

(...)

*La congestión en plataforma y por lo tanto el riesgo en la seguridad operacional en plataforma no se va a incrementar por la presencia de una tercera empresa operadora del servicio de rampa sino que va a depender del número de aeronaves estacionadas en la plataforma en simultáneo. La empresa prestadora del servicio de rampa (sea TALMA, Servicios Aeroportuarios Andinos S.A., o una tercera empresa) deberán ingresar a la plataforma sólo con la finalidad de atender a alguna aeronave que así lo requiera, de lo contrario permanecerán estacionadas en las áreas de servicio destinadas para ello, cumpliendo en todo momento los procedimientos establecidos por el operador aeroportuario y aprobados por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC).”*¹³

53.- Así pues, de acuerdo a lo señalado por dicha Gerencia, una eventual congestión en la plataforma no se encuentra relacionada con el número de operadores de rampa que puedan existir, sino con la cantidad de equipos necesarios para atender los vuelos en simultáneo. En ese sentido, ocurriendo que en el Aeropuerto de Arequipa se puede atender hasta 6 aeronaves, la congestión en el mismo se presentará independientemente que 1 ó 3 operadores de rampa atiendan a las 6 aeronaves.

54.- Asimismo, en cuanto al hecho de que la calle de rodaje del Aeropuerto de Arequipa se encuentra incluida dentro de la plataforma, contando únicamente con 2 carriles, uno de ida y otro de vuelta para el tránsito de los equipos de rampa, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización ha indicado lo siguiente:

(...)

*Las calles de servicio del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y del Aeropuerto del Cusco (los dos aeropuertos con mayor número de operaciones en plataforma por hora) cuentan con vías de servicio de 2 carriles y no han sido observadas por la DGAC por no representar un riesgo a la seguridad operacional; además en el Manual de Diseño de Aeródromos – Parte 2, recomiendan que las vías de servicio deberían planificarse en relación con la congestión del tránsito, por lo que se puede concluir que para el Aeropuerto de Arequipa, la vía de servicio de 2 carriles no afecta la congestión en plataforma(...)*¹⁴

55.- Al respecto, cabe señalar que en el informe se ha precisado que la vía de servicio de 2 carriles del aeropuerto no afecta la congestión de la plataforma.

56.- En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, se aprecia que la Entidad Prestadora se ha limitado a presentar un croquis de la plataforma del Aeropuerto de Arequipa¹⁵, el cual no refleja la totalidad de las áreas con las que cuenta, no lográndose apreciar en dicho plano, las áreas asignadas a los usuarios intermedios que prestan en la actualidad, el servicio esencial de rampa, ni sus medidas.

13 Memorando N° 1888-14-GSF-OSitran del 28 de octubre de 2014.

14 Memorando N° 1877-14-GSF-OSitran del 27 de octubre de 2014.

15 Fojas 58.

57.- En tal sentido, a pesar de que el concesionario tenía la carga probatoria, y por lo tanto, la obligación de demostrar que se encuentra incurso dentro de las causales establecidas en el artículo 61 incisos a) y b) del REMA16 para denegar el acceso a las facilidades esenciales, no ha acreditado, la ausencia de espacio en la plataforma ni en qué medida habría congestión por la cantidad de equipos necesarios para atender los vuelos, argumentos que por el contrario, han sido desvirtuados por los memorandos remitidos por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

58.- En virtud de lo expuesto, el TSC encuentra que la denegatoria de la solicitud de acceso a la facilidad esencial para la prestación del servicio de Rampa en el Aeropuerto Alfredo Rodríguez Ballón, de Arequipa, no se encuentra justificada, dado que no se ha acreditado la existencia de limitaciones ni restricciones en la infraestructura del referido aeropuerto, que puedan justificar la denegatoria de acceso practicada por AAP, por lo que el recurso de apelación interpuesto por TRANSBER S.A. debe ser declarado fundado en este extremo.

Sobre si existieron maniobras dilatorias por parte de AAP al momento de tramitar la solicitud.

59.- En el presente caso, mediante Carta N° TBL-GC-028-14 del 1 de agosto de 2014, TRANSBER solicitó a AAP el acceso a facilidades esenciales para prestar el servicio de rampa.

60.- En respuesta, AAP a través de la Carta N° 503-2014-AAP del 18 de agosto de 2014, manifestó que la solicitud presentada se encontraba incompleta debido a que las Especificaciones de Operación (OPSPECS) no contemplaban el equipamiento de apoyo terrestre en plataforma que será utilizado en el Aeropuerto de Arequipa, en razón de lo cual, AAP señaló que en caso no se subsane la información faltante, no se podría evaluar la procedencia de la solicitud de acceso.

61.- El 20 de agosto de 2014, mediante Carta N° TBL-GC-035-14, la apelante respondió el requerimiento efectuado, señalando que la información requerida por el Reglamento de Acceso de AAP fue enviada a la Entidad Prestadora mediante Carta TBL-GC-028-14 del 1 de agosto de 2014, y que las Especificaciones de Operación (OSPECS) serán modificadas en una nueva revisión para la certificación, una vez que se cumpla con la inspección in situ por parte de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), para lo cual se requiere contar previamente con el acceso a rampa y el área requerida para el estacionamiento de los equipos.

62.- El mismo 20 de agosto de 2014, la Subgerencia de Operaciones de AAP resolvió la solicitud de acceso de la apelante (Informe N° 002-2014-GOP), señalando que no debía ser otorgada, toda vez que el número de operadores existente es el suficiente para la cantidad de operaciones que tiene el Aeropuerto de Arequipa, por lo que adicionar un operador de rampa produciría una congestión en la plataforma del aeropuerto, lo cual podría atentar contra la seguridad.

¹⁶ Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN

“Artículo 61.- Aspectos a evaluar para determinar la justificación de la negativa a brindar Acceso.

A fin de justificar una negativa a otorgar el derecho de Acceso o de la limitación del número de usuarios intermedios que pueden contar con dicho Acceso, se deberán considerar los siguientes elementos, entre otros que resulten pertinentes:

- a) *Las limitaciones físicas, técnicas o ambientales existentes en la infraestructura para admitir y soportar razonablemente su uso, con el fin de brindar los servicios solicitados, así como las posibilidades y límites para ampliarla o mejorarla.*
- b) *Los niveles de congestión real o potencial derivados de limitaciones de espacio o tiempo (...).”*

Dicho informe fue puesto en conocimiento de la apelante el 21 de agosto de 2014 mediante Carta N° 525-2014-AAP.

63.- Al respecto, el literal m) del artículo 3 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN define el concepto de maniobras dilatorias de la siguiente forma:

“Artículo 3.- Definiciones.

(...)

m) Maniobras Dilatorias.

Son las acciones que realiza la Entidad Prestadora para demorar o impedir el otorgamiento de Acceso a Facilidades Esenciales. Se consideran maniobras dilatorias, el solicitar más información que la establecida en el respectivo Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, o el no dar trámite a la solicitud de Acceso en la forma o plazos señalados en el procedimiento establecido en este Reglamento.”

64.- De manera concordante, el artículo 66 del mismo dispositivo legal señala las formas en que se podrían presentar las maniobras dilatorias:

“Artículo 66.- Maniobras dilatorias en el trámite de la solicitud.

Constituyen prácticas de maniobras dilatorias el hecho que la Entidad Prestadora requiera a los solicitantes del Acceso:

- a) *Más información que la establecida en el presente Reglamento o que la establecida en el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.*
- b) *No dar trámite a la solicitud en los plazos establecidos, de manera que se dilate, restrinja o se bloquee el Acceso.*
- c) *Dilatar, entorpecer o negarse a la negociación directa, postergando reuniones injustificadamente.*
- d) *Postergar o suspender las actividades establecidas en el cronograma de la subasta, sin autorización de OSITRAN.*

La práctica de maniobras dilatorias constituye una infracción, y por tanto será sancionada de acuerdo al Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

65.- Con relación a lo afirmado por AAP, en el sentido de que las Especificaciones de Operación (OPSPECS) presentadas por la apelante, no contemplaban el equipamiento de apoyo terrestre en plataforma que será utilizado por TRANSBER en el aeropuerto de Arequipa, se aprecia que tanto el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, como el Reglamento de Acceso de AAP, exigen al solicitante presentar una lista de los equipos que serán utilizados para prestar el servicio esencial dentro de las instalaciones del Aeropuerto. Al respecto, cabe señalar que TRANSBER si cumplió con hacer referencia a dicha información al momento de presentar su solicitud de acceso presente en fojas 1 y 2 del expediente, en la medida que en el acápite IV de su solicitud, la apelante expuso lo siguiente:

“IV Listado y descripción de la maquinaria y equipo con la que se prestará el Servicio Esencial

1. *Tractor de tiro: 02 unidades equipo utilizado para remolcar las carretas de maletas – Marca TUG.*
2. *Carreras cerradas: 08 unidades son utilizadas para transportar maletas, correo y otros materiales entre el aeropuerto y el avión. Tienen un sistema de frenado que se activa cuando no están conectadas al tractor de tiro.*
3. *Escaleras: 02 equipos utilizados para que los pasajeros puedan subir y bajar del avión.*
4. *Faja Transportadora: 01 vehículo con faja transportadora utilizada para cargar y descargar maletas de avión.*
5. *Calzas: Utilizadas para evitar el movimiento del avión mientras está estacionado. Son fabricadas en madera, se colocan delante y detrás de las llantas y están conectadas por un segmento de sogá.*
6. *Planta eléctrica: Equipo que contiene un generador capaz de proveer energía al avión mientras éste se encuentra estacionado. Marca HOBART.*
7. *Planta neumática: Equipo que consiste en un motor turbina utilizado para proveer potencia de aire durante el arranque del avión.*
8. *Paymover: Vehículo para remolcar maquinarias y aviones. Modelo T-250.”*

66.- Ahora bien, en lo referido al requerimiento de entrega de copia de los documentos de certificación de los equipos que van a operar en la rampa del Aeropuerto de Arequipa dentro de las Especificaciones de Operación (OPSPECS), certificación que es realizada por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), se observa que de conformidad al procedimiento establecido en la RAP 111¹⁷, para obtener tal certificación resulta necesario que dicha autoridad realice una inspección técnica, in situ, de los requerimientos establecidos en la referida norma, a fin que se emita la certificación correspondiente, por lo que no cabría la solicitud de aquella, hasta que el solicitante cuente con el acceso a las facilidades esenciales correspondientes.

67.- Asimismo, respecto a este punto la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN ha señalado lo siguiente:

(...)

De acuerdo a lo señalado por la RAP 111- Sub Parte B, numeral 111.35 uno de los requisitos para solicitar el Permiso de Operación por parte de la DGAC, es:

17 RAP 111, apéndice 2

“Proceso de certificación

Son cinco las fases en el proceso de certificación de operador de servicios especializados aeroportuarios dicho proceso tendrá una duración de seis (06) meses, a partir de la fecha de la reunión de solicitud formal, posterior a esa fecha se declarará cancelada y el solicitante deberá iniciar nuevamente un nuevo proceso de certificación si lo desea, detalle de las fases:

(...)

(d) FASE 4 DE DEMOSTRACIÓN E INSPECCIÓN

(1) Es necesario que el solicitante acredite la capacidad de poder cumplir con las normas y procedimientos de operación en forma segura antes de comenzar sus operaciones de operador de servicios especializados aeroportuarios.

(2) Aunque las fases de conformidad de los documentos y demostración e inspección están tratadas independientemente, en la práctica, estas fases podrían ser efectuadas simultáneamente.

(e) FASE 5 DE CERTIFICACIÓN

Una vez que las fases anteriores hayan sido completadas satisfactoriamente, sus manuales y documentación hayan sido aprobados/aceptados y que el JPC haya emitido su respectivo informe señalando que el solicitante ha cumplido con acreditar su respectiva capacidad técnica legal y económica-financiera, este último preparará el certificado de operador de servicios especializados aeroportuarios y las especificaciones de operación para su aprobación.”

(f) Copia simple del Contrato de arrendamiento o autorización de uso del bien o inmueble que ocupa o equivalente emitido por las autoridades aeroportuarias, sea el caso de aeropuertos en concesión o aeropuertos a cargo del Estado. Estos deberán ser actualizados dependiendo de la vigencia de los referidos contratos.

Por lo que se hace necesario contar con el acceso de manera previa, a fin de que la DGAC realice, in situ, una inspección técnica de dichos equipos (...).”¹⁸

68.- Siendo así, el requerimiento del referido requisito por parte de la Entidad Prestadora resulta carente de razonabilidad, por lo que en virtud de lo establecido en el artículo 18 inciso b) del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN¹⁹, podría constituirse en una barrera de acceso al apelante.

69.- A lo expuesto, debe agregarse que la denegatoria del acceso a TRANSBER, no se fundamentó en la falta de presentación de los requisitos solicitados por AAP a través de la Carta N° 503-2014-AAP, sino que se basa en el hecho de que no existe espacio suficiente en la plataforma para permitir el ingreso de un operador adicional y que el ingreso de un nuevo usuario intermedio generaría congestión en la plataforma, argumentos que han quedado desestimados en virtud de lo señalado en el acápite anterior.

70.- Tal como se puede apreciar, las maniobras dilatorias pueden ser de diversa índole, pudiendo ser, entre otras, prácticas que tiendan a dilatar el procedimiento de solicitud de acceso más allá del plazo legalmente establecido, o prácticas de la Entidad Prestadora que busquen exigir al solicitante de acceso mayor información a la legalmente permitida.

71.- Habida cuenta que en el presente caso la Entidad Prestadora durante la tramitación de la solicitud de acceso de TRANSBER, formuló el requerimiento de la certificación de los equipos de rampa a utilizar en el Aeropuerto de Arequipa, no obstante que para ello y de acuerdo a la norma pertinente, era necesario previamente que se obtuviera el acceso a las facilidades esenciales del aeropuerto, para la verificación in situ de los equipos, este Tribunal considera pertinente que dicha circunstancia pueda ser evaluada por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en el ámbito de su competencia, de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal b) del artículo 7 del Reglamento General de

18 Memorando N° 1877-14-GSF-OSITRAN del 27 de octubre de 2014.

19 Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN:

“Artículo 18.- Requisitos para el Acceso a las Facilidades Esenciales.

Las Entidades Prestadoras podrán exigir a los solicitantes del Acceso los siguientes requisitos, los cuales no deberán constituir barreras al Acceso: (...)

b) Requisitos técnicos, de operación, administrativos, de seguridad y ambientales que deben cumplir los usuarios intermedios, y que se encuentren establecidos en las normas internas de las Entidades Prestadoras, que deberán estar en concordancia con las disposiciones aprobadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La Entidad Prestadora podrá incorporar en su Reglamento de Acceso estos requisitos de manera explícita, o podrá hacer referencia a las normas que los contengan.

Los requisitos no establecidos en las disposiciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones deben ser razonables o deben ajustarse a estándares establecidos internacionalmente. OSITRAN presumirá que tales exigencias son razonables cuando se demuestren que son prácticas comerciales ordinarias.

La Entidad Prestadora deberá acreditar la razonabilidad de toda exigencia por encima de tales estándares, la que deberá estar debidamente justificada por las circunstancias del caso concreto, y en ningún caso deben constituir barreras al Acceso(...).”

Supervisión²⁰, y el Manual de Organización y Funciones del OSITRAN²¹.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN²²;

20 **Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

“Artículo N° 2.- Definiciones

(...)

g) *Órgano Supervisor: Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras”*

“Artículo N° 07.- Supervisión de Aspectos Económicos y Comerciales

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Las actividades de supervisión de aspectos económicos y comerciales comprenden:

(...)

b) *Verificar el cumplimiento del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, realizando un seguimiento a la atención de solicitudes de acceso a la infraestructura, las negociaciones directas, los procesos de subastas la revisión de sus bases y proyectos de contrato respectivos;”*

21 **Manual de Organización y Funciones de OSITRAN**, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN y modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2009-CD-OSITRAN.

Gerencia de Supervisión

Finalidad

Es el órgano responsable de supervisar la gestión de las entidades prestadoras relacionadas a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público verificando el cumplimiento de los estándares de servicios, el mantenimiento de la infraestructura así como las inversiones pactadas en los contratos de concesión.

Asimismo supervisa el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión a excepción de las relacionadas al pago de retribución:

(...)

Funciones Generales

(...)

8.- Supervisa el cumplimiento de las normas y/o cargos aprobados por OSITRAN o las establecidas en los contratos de concesión.”

22 **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN**. Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-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.”

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Decisión contenida en la Carta N° 525-2014-AAP que estableció que no resultaba atendible la solicitud de acceso presentada por TRANSBER S.A.C. para la prestación del servicio de rampa en el Aeropuerto Internacional Alberto Rodríguez Ballón de Arequipa; debiendo la empresa AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERU S.A. atender la solicitud presentada y continuar con el procedimiento de acceso establecido en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.

SEGUNDO.- Declarar que con la presente Resolución queda agotada la vía administrativa.

TERCERO.- NOTIFICAR a TRANSBER S.A.C. y a AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERU S.A. la presente resolución.

CUARTO.- Disponer que la Secretaría Técnica remita copia certificada de la presente Resolución a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización para los fines a que se contrae el numeral 71 de la parte considerativa.

QUINTO.- 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

OSITRAN

Carreteras



CASO RELEVANTE

RESOLUCIONES EMITIDAS SOBRE INFRAESTRUCTURA VIAL

Información sobre las características del servicio brindado por el concesionario: Resolución Final del 27 de septiembre de 2011 emitida en el Expediente N° 015-2011-TSC-OSITRAN.

La empresa AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. - AUNOR concesionaria de la Red Vial N° 04, (Pativilca – Trujillo) está facultada a explotar económicamente la infraestructura concesionada mediante el cobro de una tarifa (peaje) a los usuarios. En contrapartida, está obligada a cumplir sus compromisos de inversión y a prestar servicios en los niveles y bajo las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión.

En el presente caso, el señor Víctor Saldaña Barboza reclamó que en abril de 2011, luego de cancelar su peaje en la estación de Huarmey se averió su automóvil, motivo por el que solicitó la prestación del servicio de auxilio mecánico; no obstante lo cual, este no le fue brindado. Agregó que si AUNOR no le prestaba el servicio de atención de emergencia el cobro del peaje resultaba injustificado.

AUNOR alegó que el servicio de auxilio mecánico solicitado por el usuario, entendido como la prestación efectuada para resolver cualquier desperfecto o avería ocurrida en un vehículo, no estaba previsto como un servicio obligatorio exigible al concesionario de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión. Asimismo, respecto del servicio de traslado de vehículos averiados (servicio obligatorio de acuerdo a lo previsto en el referido contrato de concesión), consistente en movilizar carros

averiados hasta la estación de atención más cercana dentro de una distancia máxima de 100 kilómetros, argumentó que se encontraba imposibilitada de brindarlo debido a que el Estado Peruano no había hecho entrega de los tramos de la calzada del sub tramo Santa-Pativilca, tramo en el cual se habían originado los hechos materia de reclamo.

El Tribunal inició su pronunciamiento resaltando que en el Contrato de Concesión se establecen los derechos de los usuarios a la utilización de la vía, la posibilidad de acceder a los servicios obligatorios y opcionales de la concesión, y a ser informados sobre las características de los mismos. Agregó que el Código de Protección y Defensa del Consumidor contempla como derecho de los usuarios, acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o efectuar un uso adecuado de los servicios.

En atención a lo expuesto, el Tribunal señaló que si bien AUNOR no había recibido oficialmente la vía del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) en la fecha en la cual ocurrieron los hechos que dieron lugar al reclamo, y no tenía el deber, frente al concedente, de prestar los servicios denominados “obligatorios”, si tenía la obligación de informar de dicha situación a sus usuarios de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión,

en la medida que si un consumidor no es adecuadamente informado por la entidad prestadora, resulta razonable que en virtud del principio de la garantía implícita, espere que el servicio que se brinda corresponda a los usos y costumbres del mercado, los que vienen determinados por la forma en que se atiende a los usuarios en otros tramos viales de la Panamericana Norte y Sur.

En ese sentido, el Colegiado indicó que al no acreditar AUNOR, haber informado a sus usuarios sobre los servicios que se encontraba obligada o no a prestar, en este caso, el servicio de traslado de vehículo; la expectativa de un usuario de una red vial concesionada consistía en recibir un servicio de buena calidad, no siéndole posible exigir que conociera el detalle de la relación contractual existente entre AUNOR y el MTC, no correspondiendo que AUNOR trasladara al usuario el costo de la información sobre las prestaciones que está obligada a brindar. En ese sentido, concluyó lo siguiente:

“En este caso particular, cuando la entidad prestadora, por causas que son externas a la relación de consumo, no está obligada a cumplir con ciertas prestaciones,

en concordancia con el principio de buena fe, tiene el deber de informar expresamente cuáles son las únicas que brindará, caso contrario se entiende que se obliga a cumplir con lo esperado por un consumidor razonable.”

Consecuentemente, el Tribunal revocó la decisión emitida por AUNOR mediante la cual desestimó el reclamo del señor Saldaña, declarando fundado el reclamo presentado por el usuario y disponiendo como medida correctiva que la Entidad Prestadora informe a sus usuarios en los comprobantes de pago, en su página web y/o en carteles próximos a las estaciones de peaje o en el trayecto de la vía concesionada cuales son los servicios que está obligada a cumplir y brindar.

RESOLUCIÓN

015-2011-TSC-OSITRAN

APELANTE	:VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA
EMPRESA PRESTADORA	:AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C.
ACTO APELADO	:Decisión contenida en la Carta AN-GG-C-11-147

SUMILLA

En aplicación del principio de buena fe, cuando la entidad prestadora no informa expresamente cuáles son las únicas prestaciones que se brindan, se obliga a cumplir lo esperado por un consumidor razonable.

Asimismo, no se puede declarar responsabilidad por daños, si este último no ha sido acreditado.

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 27 de septiembre de 2011

VISTO

El Expediente N° 015-2011-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto por el señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA (en lo sucesivo, el señor SALDAÑA o el apelante), contra la decisión contenida en la Carta AN-GG-C-11-147 emitida por AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. (en adelante, AUNOR o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Mediante reclamo de fecha 13 de abril de 2011, el señor SALDAÑA manifestó lo siguiente:
 - i.- En la misma fecha, en circunstancias en que canceló el peaje en la estación de peaje Huarmey, su automóvil se averió; por lo que solicitó la prestación del servicio de auxilio mecánico.
 - ii.- El señor Mario Loyola, dependiente de AUNOR, le indicó que no podía brindarse dicho servicio pues el Estado no había hecho entrega oficial de la vía.
 - iii.- Si AUNOR no presta el “servicio de atención de emergencia”, entonces el cobro del peaje es injustificado.
- 2.- Mediante Carta AN-GG-C-11-147 del 25 de abril de 2011, AUNOR desestimó el reclamo, sosteniendo que:
 - i.- AUNOR sólo ha recibido de parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) las plazas de peaje de Virú, Vesique y Huarmey; en ellas, la entidad prestadora realiza actividades de recaudación a través de las casetas de cobro.
 - ii.- El MTC no ha hecho entrega de los tramos de la calzada actual en condiciones de serviciabilidad, según lo establecido en la cláusula 7.10 del Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry – Empalme R01N (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión); por lo tanto, la prestación de servicios obligatorios establecidos en el mencionado documento, “no tiene efecto” (sic).
 - iii.- El servicio de auxilio mecánico no forma parte de los servicios obligatorios que deberá implementar en cumplimiento de lo estipulado en la Cláusula 8.12 del Contrato de Concesión.
- 3.- El señor SALDAÑA cuestionó la decisión de AUNOR mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2011, señalando lo siguiente:
 - i.- La entidad prestadora no brindó el servicio “de auxilio mecánico, de traslado de grúa” (sic).
 - ii.- El contrato de concesión exige prestar auxilio mecánico y dar cobertura por muerte, invalidez y gastos de curación; muestra de ello es que dichos conceptos pueden ser exigidos a NORVIAL S.A. (en adelante, NORVIAL)
 - iii.- AUNOR ha incumplido las cláusulas del contrato de concesión, y, además, ha incurrido en un ilícito penal, al haber cobrado por un servicio sin prestarlo.
- 4.- AUNOR elevó el expediente de reclamo el 18 de mayo de 2011 mediante Carta AN-GG-C-11-178, calificando el

escrito de AUNOR, descrito en el numeral precedente, como un recurso de apelación.

- 5.- Mediante Resolución N° 001 el Tribunal de Solución de Controversias (en lo sucesivo, el TSC) admitió el recurso, corriendo traslado a AUNOR, que absolvió el 17 de junio de 2011 solicitando que el TSC desestime el reclamo del señor SALDAÑA, alegando lo siguiente:
 - i.- Por auxilio mecánico debe entenderse a la prestación que efectúan personas especialistas para resolver cualquier desperfecto o avería que le ocurra a un vehículo automotor (como por ejemplo una falla eléctrica, cambio de llantas, batería descargada).
 - ii.- En aplicación de la cláusula 8.12 del Contrato de Concesión, el servicio de auxilio mecánico no forma parte de los servicios obligatorios exigibles a AUNOR.
 - iii.- El apelante indica que no se le brindó el “auxilio mecánico, de traslado de grúa”, lo cual difiere del objeto del reclamo, en el que solamente se indica que AUNOR no prestó el servicio de auxilio mecánico.
 - iv.- Al respecto, el traslado de vehículos averiados es un servicio obligatorio, según la cláusula 8.12. del Contrato de Concesión, que consiste en movilizar los carros averiados hasta la estación de atención más cercana dentro de una distancia máxima de 100 kilómetros.
 - v.- No obstante, ese servicio, así como todos los exigidos en la mencionada cláusula, no pueden prestarse si el MTC, no hace entrega de los tramos de la calzada actual con los índices de serviciabilidad exigidos en el anexo I del Contrato de Concesión.
 - vi.- En ese orden de ideas, AUNOR se encuentra imposibilitado de brindar todos los servicios exigidos por el Contrato de Concesión, siendo uno de ellos el traslado de vehículos averiados.
 - vii.- Sin embargo, en la infraestructura que fue entregada por el MTC, que consiste únicamente en las estaciones de peaje de Virú, Vesique, Huarmey y Fortaleza, sí se brinda otras prestaciones obligatorias, como son servicios higiénicos y habilitación de oficinas para uso de la Policía Nacional del Perú.
- 6.- El petitorio del señor SALDAÑA fue precisado mediante escrito de fecha 1 de julio de 2011, en el cual el recurrente solicitó que AUNOR le pague una indemnización ascendente a S/. 1 000 000,00 (un millón con 00/100 nuevos soles) más costas y costos del proceso; por cuanto, él y su familia fueron expuestos a circunstancias peligrosas en la carretera, sin que sean auxiliados por AUNOR, lo que le ha causado agravio a su persona.
- 7.- Tal como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, en la Audiencia Especial de Conciliación, llevada a cabo el 21 de julio de 2011, no pudo arribarse a ningún acuerdo, razón por la cual, con fecha 22 de julio de 2011 se realizó la vista de la causa en la que informaron oralmente ambas partes, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación.
- ii.- Verificar si AUNOR prestó o no adecuadamente sus servicios.

III.- ANÁLISIS

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

- 9.- Del análisis del expediente, se puede establecer que el recurso de apelación del señor SALDAÑA versa sobre la no prestación de servicios de parte de AUNOR, así como por el daño que esto representó para él y su familia; subsumiéndose el pedido dentro de los supuestos recogidos en los literales b) y c) del artículo 7 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹; por lo que, en concordancia con el artículo 14 del mismo texto normativo², el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 10.- Por otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), Ley N° 27444, al plantear una cuestión de derecho que debe dilucidarse.
- 11.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por ley y los respectivos reglamentos, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

III.2.- EVALUACIÓN DE LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la normativa aplicable

- 1 **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**, aprobado con Resolución del Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado mediante la Resolución del Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN.
"Artículo 7°.- *Materia de los reclamos y controversias*
Los reclamos y controversias que son materia del presente Reglamento son los siguientes:
(...)
b) Los reclamos de usuarios relacionados con la calidad y oportuna prestación de dichos servicios"
c) Los reclamos de usuarios relacionados con daños o pérdidas en perjuicio de los mismos, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de las Entidades Prestadoras".
- 2 **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**
"Artículo 14°.- *Tribunal.*
El Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia administrativa las controversias que se susciten entre las Entidades Prestadoras y entre éstas y los Usuarios de conformidad a los procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del Título III del presente Reglamento
Asimismo es competente para resolver las quejas que se presenten en el proceso de solución de reclamos y de controversias.
El Tribunal sesiona con la asistencia mínima de tres (3) de sus miembros y adopta decisiones con el voto aprobatorio de la mayoría de los asistentes. En caso de empate en una votación, el Presidente o quien haga sus veces tendrá voto dirimente".

- 12.- El artículo 63 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código del Consumidor) prescribe que la protección al usuario de los servicios públicos regulados se rige tanto por las disposiciones de dicho cuerpo normativo como por las normas del sector, siendo el ente encargado de velar por su cumplimiento el organismo regulador³.
- 13.- Esto es concordante con el inciso 7 del artículo 32 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, según el cual los Organismos Reguladores tienen entre sus funciones la defensa de los intereses de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley⁴.
- 14.- El señor SALDAÑA es un consumidor, de acuerdo a la definición establecida en el artículo IV del Título Preliminar del Código de Consumidor, el cual señala que poseen dicha condición las personas que son destinatarios finales de los servicios que se les brinda, en beneficio propio o de su grupo familiar o social⁵.
- 15.- En ese sentido, la normativa aplicable al presente caso comprende además de la regulación sectorial y el contrato de concesión, la legislación de protección al consumidor.

Sobre el deber de información

- 16.- Sobre el particular, esta empresa En el presente caso, AUNOR es concesionaria de la Red Vial N° 04, tramo que comprende desde Pativilca hasta Trujillo (en adelante, la Red Vial N° 4), incluyendo el desvío hacia Salaverry. Como tal, está facultada a explotar económicamente la infraestructura, mediante el cobro de una tarifa a los usuarios, pero también está obligada a cumplir con sus compromisos de inversión y a prestar los servicios obligatorios en los niveles y bajo las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión⁶.

3 Código del Consumidor

"Artículo 63.- *Regulación de los servicios públicos*

La protección al usuario de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores a que hace referencia la Ley núm. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se rige por las disposiciones del presente Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente. La regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los principios de protección establecidos en el presente Código. El ente encargado de velar por su cumplimiento es el organismo regulador respectivo".

4 Ley N° 29158

"Artículo 32.- *Organismos Reguladores*

Los Organismos Reguladores:

(...)

7.- *Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley".*

5 Código del Consumidor

"Artículo IV.- *Definiciones*

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1.- *Consumidores o usuarios*

1.1.- *Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor".*

6 Contrato de Concesión

"2.1.- (...) Por el presente Contrato el CONCEDENTE transfiere al Concesionario la potestad de prestar el servicio a favor de los usuarios, para lo cual concede el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma. Para tal fin, el CONCESIONARIO deberá cumplir con los parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con los índices de servicialidad, previstos en el presente Contrato".

- 17.- La relación jurídica que existe entre AUNOR y el señor SALDAÑA consiste en que la primera es proveedora de la infraestructura y el segundo es el usuario de dicha prestación⁷. En ese contexto, AUNOR como concesionaria de la Red Vial N° 4 está obligada a la realización de determinados servicios que facilitan y son complementarios al uso de la carretera, mientras que el señor SALDAÑA está obligado a pagar la tarifa como contraprestación.
- 18.- Los servicios obligatorios que debe prestar AUNOR, son -en términos del Contrato de Concesión- “*aquellos servicios básicos relacionados con el objeto específico de la Concesión y que son imprescindibles para el correcto funcionamiento de la misma*”⁸. Asimismo, la tarifa es “*el monto expresado en nuevos soles que el concesionario está obligado a cobrar a los usuarios por concepto de peaje. Este monto incluye el IGV y otros tributos que pueden generarse*”⁹.
- 19.- De acuerdo al literal d) de la cláusula 8.12 del Contrato de Concesión, uno de los servicios obligatorios que AUNOR debe brindar es el de traslado de vehículos averiados en la vía, hasta la estación de asistencia más próxima, no debiendo exceder de 100 kilómetros¹⁰.
- 20.- La cláusula 7.10 Contrato de Concesión señala que el sub-tramo en el que sucedió el hecho que dio lugar al reclamo, Santa-Pativilca, debía ser entregado por el Concedente en el primer trimestre del año 2010, con los índices de servicio exigidos en el anexo I del Contrato¹¹.
- 21.- Sin embargo, la entrega de dicho sub-tramo (y de todos los demás) recién se efectuó el 14 de julio de 2011, según consta del Acta de Entrega de la Red Vial N° 4 suscrita por el MTC y AUNOR (folios 33-35)¹².

7 Código del Consumidor

“Artículo 45.- Contrato de consumo

El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica.”

8 Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

“1.14.75.- Servicios Obligatorios

Comprenden aquellos servicios básicos relacionados con el objeto específico de la Concesión y que son imprescindibles para el correcto funcionamiento de la misma. Dichos servicios se encuentran contemplados en la Cláusula 8.12 del Contrato.”

9 Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

“1.14.79.- Tarifa

Es el monto por cada Vehículo Ligero o, en el caso de Vehículos Pesados, por cada eje, expresado en Nuevos Soles, que el Concesionario está obligado a cobrar a los Usuarios por Concepto de Peaje. Este monto incluye el IGV y otros tributos que puedan generarse.”

10 Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

“8.12.- Los servicios Obligatorios que deberá implementar o proporcionar el CONCESIONARIO, serán los siguientes:

Servicios que se implementaran en forma gratuita y según la regulación indicada en esta Cláusula:

(...)

d) Servicio de traslado de vehículos que hubieran resultado averiados en la vía, hasta la estación de servicio más próxima, no debiendo exceder de cien (100) kilómetros”.

11 Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

“7.10.- El CONCEDENTE entregará al CONCESIONARIO, para su Explotación y Conservación, los Tramos de la calzada actual cuando termine la ejecución de las Obras, en los siguientes plazos: Sub – Tramos Salaverry-Empalme R01N-Santa en el tercer trimestre del año 2009 y Santa – Pativilca, en el primer trimestre del año 2010 (De no haberse ejecutado totalmente, la entrega será de la parte concluida y la zona donde no se estén (sic) ejecutando trabajos, zona en la que la responsabilidad de conservación se limitará a la rutinaria). Para la entrega se seguirá el procedimiento indicado en las Cláusulas 5.15 a 5.20. El CONCEDENTE deberá hacer entrega de los Tramos antes indicados, con los Índices de Servicialidad exigidos en el Anexo I del Contrato, lo cual se dejará constancia en el Acta de Entrega Parcial de Bienes correspondiente.”

12 La copia del Acta incorporada al expediente fue brindada a la Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias por la Gerencia de Supervisión del OSITRAN.

- 22.- Lo estipulado en la cláusula 8.12 revela que los servicios obligatorios debían empezar a brindarse por AUNOR en el plazo máximo de 180 días naturales, contados desde la recepción de cada sub-tramo.
- 23.- Si bien, al no haber recibido oficialmente la vía en la fecha del hecho que dio lugar al reclamo, AUNOR no tenía el deber –frente al concedente- de prestar los servicios denominados “obligatorios, también es cierto que tenía la obligación de informar de esta situación a sus usuarios.
- 24.- En efecto, el Contrato de Concesión establece que “*los derechos inherentes a los Usuarios, consistirán básicamente en la utilización de la vía, en la posibilidad de acceder a todos los servicios obligatorios y opcionales de la concesión, a recibir un servicio conforme a lo establecido en el Contrato y a encontrarse informado sobre las características del mismo, y los demás que contemplan las Leyes y Disposiciones Aplicables y otros que pudieren establecerse en el contrato y normas regulatorias*”¹³.
- 25.- Asimismo, el Código del Consumidor establece que los usuarios tienen “*derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios*”¹⁴.
- 26.- Además, el citado cuerpo normativo señala que tanto consumidores como proveedores deben guiar su conducta acorde con el principio de buena fe de confianza y lealtad¹⁵.
- 27.- En ese contexto, un proveedor que actúa con buena fe es aquel que informa adecuada y oportunamente de los servicios que debe brindar.
- 28.- Si un consumidor no es adecuadamente informado por la entidad prestadora, entonces es razonable que, en virtud del principio de la garantía implícita¹⁶, espere que el servicio que se brinda corresponde a los usos y costumbres

13 Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

Cláusula 8.6.

14 Código del Consumidor

“Artículo 1.- Derechos de los consumidores

1.1.- En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.”

15 Código del Consumidor

“Artículo V.- Principios

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

(...)

5. Principio de Buena Fe.- En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”.

16 Código del Consumidor

“Artículo 20°.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o

del mercado, que vienen determinados por la forma en que se atiende a los usuarios en otros tramos viales de la Panamericana Norte y Sur, como los comprendidos entre Ancón – Pativilca y Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, a cargo de NORVIAL y Concesionaria Vial del Perú S.A., respectivamente.

- 29.- Complementando lo anterior, se aprecia de la observación del reverso de comprobante de pago expedido por AUNOR (folio 4), que únicamente aparecen indicaciones de seguridad para el usuario. Tampoco hay información en la página Web de la entidad prestadora sobre los servicios que se prestan en la Red Vial N° 4¹⁷.
- 30.- Asimismo, AUNOR no ha acreditado que por otros medios diferentes al comprobante de pago y la página Web, haya informado a sus usuarios sobre los servicios que se encuentra obligada o no a prestar, en este caso el servicio de traslado de vehículo.
- 31.- Se puede concluir entonces, que la expectativa de un usuario razonable de una red vial concesionada consiste en recibir un servicio de buena calidad, superior al que brinda el Estado, máxime si en concesiones similares se aprecia una evidente mejora del servicio.
- 32.- Por ejemplo, del expediente se advierte que el señor SALDAÑA esperaba que AUNOR le preste auxilio mecánico, pues la concesionaria NORVIAL S.A. sí brinda dicho servicio así como el de traslado de vehículo averiado, lo cual está probado con el comprobante de pago anexo al recurso de apelación (folio 4) y en su página Web¹⁸. De igual manera, Concesionaria Vial del Perú S.A, empresa operadora de una red vial semejante, otorgada en la misma modalidad (autosostenible) que la Red Vial N° 4, ofrece los servicios de auxilio mecánico y remolque de vehículo¹⁹.
- 33.- Por ello, teniendo en cuenta los usos comerciales en las concesiones viales, es razonable que un usuario espere que cuando utiliza una carretera concesionada se preste el servicio de auxilio mecánico o de traslado de vehículos averiados hasta la estación de asistencia más cercana.
- 34.- No obstante, el servicio que recibió el señor SALDAÑA de parte de AUNOR distaba mucho de lo que podría esperar o prever un consumidor razonable.

la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.

b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.

c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado.”

Al respecto, una de las maneras de cubrir las expectativas del consumidor se da a través de la garantía, que no es más que la asunción de responsabilidad del proveedor frente al consumidor, en caso el producto o servicio no satisfaga las expectativas antes mencionadas. Si no se delimita de manera expresa esta garantía, se aplicará la presunción de la garantía implícita, que se configurará en atención a los usos comerciales en cada caso particular.

17 <http://www.ohlconcesiones.com.pe/> (página web visitada el 15 de septiembre de 2011).

18 http://www.norvial.com.pe/ser_emergencias.htm (página web visitada el 15 de septiembre de 2011).

19 <http://www.coviperu.com/> (página web visitada el 15 de septiembre de 2011).

- 35.- Por otro lado, se debe tener presente que AUNOR mantenía una relación contractual con el MTC, por la cual no estaba obligada aún a realizar dichas prestaciones, por incumplimiento de este de entregar la vía en los niveles de serviciabilidad previstos en el Contrato de Concesión.
- 36.- Ahora bien, a un consumidor razonable²⁰, no excesivamente racional ni tampoco descuidado, no podría exigírsele que conozca en detalle la relación contractual existente entre AUNOR y el MTC. Es verdad que en dicha relación ha existido incumplimiento por parte del Concedente y, por ello, la entidad prestadora está exonerada frente a éste de brindar el servicio de traslado de vehículos averiados; sin embargo, no es legítimo que aquella le traslade al usuario el costo de información sobre las prestaciones que está obligada a brindar.
- 37.- En resumen, la conducta esperada de AUNOR era suministrar información oportuna, veraz y adecuada respecto de las prestaciones que se efectúan en la Red Vial N° 4; lo que no sucedió.
- 38.- La falta de provisión de información por parte de AUNOR vulnera el derecho del consumidor de acceder a información oportuna, suficiente y veraz²¹ para tomar decisiones eficientes; en este caso, la asimetría informativa ha provocado que el señor SALDAÑA espere que se le preste un servicio al cual AUNOR no estaba obligada dentro de la relación jurídica con el MTC.
- 39.- En aplicación del Principio de Corrección de la Asimetría se debe entender que las normas del Código de Consumidor pretenden corregir el desequilibrio que existe entre proveedores y consumidores, que colocan a estos en una situación de desventaja frente a aquellos²².

20 *“Hablar de un consumidor razonable no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario, es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias.”*

BULLARD, Alfredo, *¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario*, Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual N° 10, INDECOPI. En web: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/otono2010/AlfredoBullard.pdf> (página web visitada el 20 de septiembre de 2011).

21 **Código del Consumidor**

“Artículo 1.- Derechos de los consumidores

1.1.- En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b.- Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”.

22 **Código del Consumidor**

“Artículo V.- Principios

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

(...)

4.- Principio de Corrección de la Asimetría.- Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado.”

- 40.- En este caso particular, cuando la entidad prestadora, por causas que son externas a la relación de consumo, no está obligada a cumplir con ciertas prestaciones, en concordancia con el principio de buena fe, tiene el deber de informar expresamente cuáles son las únicas que brindará, caso contrario se entiende que se obliga a cumplir con lo esperado por un consumidor razonable.
- 41.- En consecuencia, AUNOR ha incumplido con su deber de información para con los usuarios, en específico con respecto al señor SALDAÑA.

Sobre la responsabilidad por daños

- 42.- Ahora bien, en la instancia de apelación del expediente aparece que el apelante solicita una indemnización de S/. 1 000 000,00 (un millón con 00/100 nuevos soles), por lo que si bien la imputación no es expresa, implícitamente el señor SALDAÑA está responsabilizando a AUNOR por los daños, por lo cual solicita reparación.
- 43.- Es pertinente aclarar que el TSC sólo es competente para determinar responsabilidad civil, pero no para estimar el monto de reparación por los daños²³.
- 44.- Al respecto, de acuerdo con el Código Civil, quien alega daños debe probar que estos se han producido²⁴. En ese sentido, para determinar responsabilidad por daños, previamente debe acreditarse su existencia,
- 45.- En el presente caso, no es posible declarar la responsabilidad civil de AUNOR por algún daño ocasionado al señor SALDAÑA al no haberse demostrado su existencia.

Sobre la medida correctiva

- 46.- La Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción del Transporte Aéreo (Ley de Creación de OSITRAN), establece que OSITRAN puede adoptar medidas correctivas sobre las materias de su competencia²⁵.
- 47.- Considerando que, si OSITRAN es competente para conocer los reclamos de los consumidores o de los usuarios finales, tanto en materia de infracción de los derechos de idoneidad como de información y aplicar el Código de

23 Precedente Vinculante establecido mediante Resolución N° 001-2005-TSC-OSITRAN (Exp. N° 16-04-TR/OSITRAN: M&X Gricesa S.A.C. contra Empresa Nacional de Puertos S.A.) de fecha 21 de enero de 2005.

"Artículo SEGUNDO: Establecer con carácter de precedente de observancia obligatoria que la competencia del Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN, sólo lo autoriza a pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad de las entidades prestadoras, mas no sobre la valoración de dicha responsabilidad (...)"

24 Código Civil

*"Artículo 1331.- Prueba de daños y perjuicios
La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".*

25 Ley N° 26917

"Artículo 7.- Funciones

7.1.- Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes :

(...)

c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas"

Protección y Defensa del Consumidor, resulta forzoso interpretar que puede dictar las medidas correctivas reguladas en dicho texto legislativo.

- 48.- El Código del Consumidor prescribe que se pueden dictar medidas correctivas de oficio²⁶. En el presente caso, es necesario evitar que, en el futuro, los usuarios de AUNOR tengan expectativas de que se le ofrezcan servicios que la entidad prestadora no brinda. En ese orden de ideas, es pertinente disponer que AUNOR informe a sus usuarios, en los comprobantes de pago, en su página web y/o en carteles próximos a las estaciones de peaje o en el trayecto de la vía concesionada cuáles son los únicos servicios que ofrece.

- 49.- Esta decisión tiene sustento en el literal f del artículo 116 del Código del Consumidor, que establece que se puede imponer cualquier medida que tenga el objeto de evitar la realización de la misma conducta infractora²⁷.

Sobre el cumplimiento de la presente resolución y la remisión del expediente

- 50.- Por otra parte, en la medida que AUNOR no ha probado que informa a sus usuarios, ni en su comprobante de pago, ni en su página web ni por otros medios, respecto de los servicios que presta, hay indicios razonables que acreditan que no estaría cumpliendo con su obligación de informar a los usuarios contenida en las disposiciones del Código del Consumidor y en la cláusula 8.6 del Contrato de Concesión²⁸; por lo que, corresponde informar a la Gerencia de Supervisión para que proceda conforme a sus atribuciones y determine si los hechos descritos constituyen infracciones sancionables²⁹.

26 Código del Consumidor

"Artículo 114.- Medidas correctivas

(...)

Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento.

Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte".

27 Código del Consumidor

"Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias

Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

(...)

f.- Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro."

28 Reglamento de Infracciones y Sanciones

"Artículo 12.- Incumplir las condiciones o especificaciones de operación

La Entidad Prestadora que incumpla con las condiciones o especificaciones técnicas de operación estipuladas en el respectivo Contrato de Concesión o contenidas en la normativa que sobre tales materias dicten las autoridades competentes, de manera tal que:

(...)

12.2.- Limite el uso de la infraestructura o la prestación del servicio, o su calidad, o ponga en menor riesgo la seguridad de las personas, incurrirá en infracción grave;"

29 Reglamento General de Supervisión

"Artículo 2.- Definiciones

Para efectos de este Reglamento entiéndase por:

(...)

n) Órgano Supervisor:

Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras.

(...)

Artículo 8.- Supervisión de aspectos operativos

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de

- 51.- Asimismo, deberá encargarse a esta gerencia la verificación el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución³⁰.
- 52.- En lo que respecta a las alegaciones del señor SALDAÑA sobre la comisión de delitos contra el patrimonio por parte de AUNOR, este colegiado se abstiene de emitir pronunciamiento alguno, por no ser de su competencia; quedando a salvo su derecho de acudir a las instancias pertinentes.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

transporte de uso público y el mantenimiento de la misma. Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

(...)

d) *Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad de los servicios correspondientes a cada tipo de infraestructura”*

Manual de Organización y Funciones, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN y modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2009-CD-OSITRAN

“Gerencia de Supervisión

Finalidad

Es el órgano responsable de supervisar la gestión de las entidades prestadoras relacionadas a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público verificando el cumplimiento de los estándares de servicios, el mantenimiento de la infraestructura así como las inversiones pactadas en los contratos de concesión.

(...).

Funciones Generales

(...)

13.- *Supervisa el cumplimiento de los estándares de calidad establecidos en los contratos de concesión y en las normas aplicables.*

(...)

16.- *Actúa como instructor y administra los procesos administrativos sancionadores proponiendo a la Gerencia General las sanciones correspondientes, encargándose de la formación y custodia de los expedientes, así como el control de Sanciones Impuestas”*

30 **Reglamento de Infracciones y Sanciones, Aprobado por Resolución de consejo directivo N° 023 – 2003 – CD/OSITRAN y modificado por las Resoluciones N° 077-2005-CD-OSITRAN 005-2007-CD-OSITRAN.**

“Artículo 41°.- Incumplir las decisiones de OSITRAN

41.1.- *La Entidad Prestadora incurrirá en infracción muy grave cuando incumpla las decisiones de OSITRAN que tengan por objeto:*

41.1.1.- *Permitir la utilización de la infraestructura, el Acceso a la misma, o la prestación de los servicios a que se encuentran obligados;*

41.1.2.- *Realizar las acciones necesarias que permitan la utilización de la infraestructura o la prestación de los servicios; o,*

41.1.3 .- *Realizar las acciones necesarias para evitar poner en grave riesgo la seguridad e integridad de las personas o instalaciones;*

41.2.- *La Entidad Prestadora incurrirá en infracción grave cuando incumpla las decisiones de OSITRAN que tengan por objeto:*

41.2.1.- *Realizar las acciones necesarias para evitar que se limite el uso de la infraestructura o la prestación del servicio, o su calidad; o,*

41.2.2.- *Realizar las acciones necesarias para evitar que se ponga en riesgo menor la seguridad o integridad de las personas o instalaciones.*

41.3 .- *La Entidad Prestadora incurrirá en infracción leve cuando incumpla las decisiones de OSITRAN que tengan por objeto:*

41.3.1.- *Ejecutar las obligaciones cuyo retraso no afecte el uso de la infraestructura o la prestación de los servicios; o,*

41.3.2.- *Realizar las acciones o evitar las omisiones que perjudiquen los intereses de los usuarios o el normal desenvolvimiento de las actividades de supervisión”*

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión contenida en la Carta AN-GG-C-11- emitidas por AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. mediante la cual desestimó el reclamo de fecha 13 de abril de 2011 del señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA; y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por el señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA por no haber cumplido AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. con su obligación de informar; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADO** el pedido del señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA de responsabilidad civil por daños de AUTOPISTA DEL NORTE S.A.e **IMPROCEDENTE** la solicitud de indemnización.

TERCERO.- DISPONER como medida correctiva que AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. informe a sus usuarios en los comprobantes de pago, en su página web y/o en carteles próximos a las estaciones de peaje o en el trayecto de la vía concesionada cuáles son los servicios que está obligada a cumplir, en el plazo máximo de siete días, de acuerdo con el último párrafo del artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN³¹, encargándose a la Gerencia de Supervisión la verificación de su cumplimiento.

CUARTO.- REMITIR copia del Expediente N° 015-2011-TSC-OSITRAN a la Gerencia de Supervisión con la finalidad que actúe conforme sus competencias, de acuerdo con lo establecido en el considerando 47 de la parte considerativa de la presente resolución.

QUINTO.- PONER en conocimiento del señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA y de AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. la presente resolución.

SEXTO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional: www.ositran.gob.pe.

Con la intervención de los señores vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur, Ana María Granda Becerra y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA

Presidente

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

OSITRAN

MAPS/CAMM

31 **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias.**

“Artículo 52.- Resolución de segunda y última instancia

(...)

La Entidad Prestadora deberá cumplir lo ordenado en la Resolución dentro del plazo de 7 días contados a partir del día siguiente de la notificación. En caso el Tribunal fije un plazo, éste no podrá ser menor de siete (7) días, salvo en aquellos casos en que el Tribunal así lo determine de manera motivada. El incumplimiento de esta disposición será sancionado de conformidad al Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN”

RESOLUCIÓN

N° 016-2011-TSC-OSITRAN

APELANTE	:INDUSTRIA DE ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN S.A.
EMPRESA PRESTADORA	:CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S.A.
ACTO APELADO	:DECISIÓN CONTENIDA EN LA CARTA C.0009.GO.2011

SUMILLA

El usuario de redes viales concesionadas no puede exigir que se le apliquen tarifas diferenciadas, si el Contrato de Concesión reconoce su establecimiento como una potestad de la Entidad Prestadora.

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 25 de octubre de 2011

VISTO

El Expediente N° 016-2011-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto por INDUSTRIA DE ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN S.A. (en adelante, IECSA) contra la decisión contenida en la carta C.009.GO.2011 de fecha 26 de mayo de 2011, emitida por CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S.A. (en lo sucesivo, COVIPERÚ); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- El 25 de marzo de 2011 el señor HÉCTOR ALEJANDRO REGALADO VILLEGAS, por derecho propio y en calidad de representante de IECSA, interpuso un reclamo ante COVIPERÚ, señalando que la tarifa de S/. 11.00 (once y 00/100 nuevos soles) que paga en el “Peaje Chilca” es excesivo, toda vez que él tiene que pasar por dicha estación hasta tres veces en un solo día, por lo que la entidad prestadora debía reajustar la tarifa considerando “la distancia recorrida y las normas nacionales e internacionales que regulan el cobro del peaje, por cuanto estas tienen que ir en proporción con el costo promedio de mantenimiento conservación de una vía y su uso”.
- 2.- Mediante Carta C.0002.GO.2011 (en adelante, la Carta N° 002) notificada el 11 de abril de 2011, COVIPERÚ desestimó el reclamo de IECSA señalando que los criterios para resolverlo se encuentran en el Informe N° 345-11-GS-OSITRAN y, especialmente, en la Carta C.0071.11 de fecha 02 de febrero de 2011 dirigida a OSITRAN, la cual señala lo siguiente:
 - i.- El escrito presentado por IECSA no debía ser tramitado como reclamo, ya que este versa sobre el monto de la tarifa del peaje, la inexistencia de vías alternas y la ubicación de la unidad del peaje de Chilca, materias que no se refieren al servicio que brinda COVIPERÚ, sino a aspectos regulados en el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul – Ica: Red Vial N° 6 (en adelante, el Contrato de Concesión)
 - ii.- El Reglamento de Reclamos de COVIPERÚ establece que los modos de interponer un reclamo son dos: a) Mediante el Libro de Reclamos y Sugerencias o b) Cursando una carta. Al no haberse cumplido ninguno de estos supuestos, el encauzamiento de OSITRAN del escrito de IECSA como reclamo, es incorrecto.
 - iii.- Sin perjuicio de ello, en lo referido a la reducción de la tarifa por concepto de peaje, COVIPERÚ no recibe los S/. 11.00, pues el 19% corresponde al IGTV, 18.61% se destina al Ministerio de Transportes y Comunicaciones como concepto de retribución al Estado y el 1% se transfiere a OSITRAN como aporte por regulación. Asimismo, COVIPERÚ asume el pago por supervisión de las obras y se ha comprometido a efectuar inversiones por un monto superior a los US\$ 228 millones.
 - iv.- En lo que respecta a la reubicación de la estación de peaje de Chilca, esto no le compete a la concesionaria, toda vez que su localización obedece a lo estipulado en el Contrato de Concesión.
 - v.- Sobre la inexistencia de vías alternas, COVIPERÚ tampoco tiene injerencia, ya que la circulación entre distritos y centros poblados no se realiza por la vía concesionada; además la construcción o mantenimiento de las carreteras de interconexión es de competencia exclusiva de los Gobiernos Regionales o Locales.
- 3.- Con fecha 26 de abril de 2011, IECSA interpuso recurso de reconsideración contra la decisión de COVIPERÚ, manifestando que:

- i.- Existen mecanismos por los cuales COVIPERÚ, puede implementar esquemas de descuentos a usuarios frecuentes, tal como lo considera el Oficio N° 0770-2006-MTC/14 mediante el cual se adjunta el Informe N° 019-2006-MTC/14.05 que expresa: “La sociedad concesionaria podrá implantar esquema de descuento de peajes a usuarios frecuentes previa autorización del regulador”.

- ii.- Del contrato de concesión se advierte que es competencia casi exclusiva de COVIPERÚ la reubicación de las Unidades de Peaje y la reducción de las tarifas.

- 4.- COVIPERÚ declaró IMPROCEDENTE el recurso de reconsideración presentado por IECSA mediante Carta C.009.GO.2011 de fecha 26 de Mayo, señalando lo siguiente:

- i.- Según el reglamento de reclamos para interponer un recurso de reconsideración es necesario presentar nueva prueba, no evaluada con anterioridad.

- ii.- El medio probatorio ofrecido es el Oficio N° 0770-2006-MTC/14 de fecha 10 de julio del 2006, que remite al OSITRAN el Informe N° 019-2006-MTC/14.05. En estos se concluye que es competencia casi exclusiva de la empresa concesionaria la reubicación de las unidades de Peaje y la reducción de las tarifas que cobra.

- iii.- En ese contexto, en ninguna comunicación previa COVIPERÚ ha negado o puesto en tela de juicio la facultad de poder otorgar dicha reducción, toda vez que es una prerrogativa otorgada por el Contrato de Concesión. Sin embargo, en la decisión impugnada se señalan los motivos por los cuales no se otorgan descuentos ni aplican tarifas diferenciadas.

- iv.- Por lo tanto, el medio probatorio ofrecido no versa sobre un hecho tangible no evaluado con anterioridad que justifique el cambio de postura tomada por la concesionaria.

- 5.- No encontrándose conforme con la Resolución emitida por COVIPERÚ, mediante escrito de fecha 03 de junio del 2011 y dentro del plazo legal vigente, IECSA interpuso Recurso de Apelación, fundamentándose en lo siguiente:

- i.- Lo solicitado a COVIPERÚ es un reajuste de la tarifa, puesto que debería estar en función a la proporción del uso de la vía y la frecuencia de la misma.

- ii.- En el recurso de reconsideración, se adjunta en calidad de nueva prueba el Oficio N° 0770-2006-MTC/14 que contiene el Informe N° 019-2006-MTC/14.05 donde señalan que es facultad del concesionario “implantar esquemas de descuento de peajes a usuarios frecuentes”; ya que el propio concesionario no hizo mención a que cuentan con dicha facultad.

- iii.- Uno de los puntos a considerar para el reajuste de la tarifa y/o reubicación del peaje es que a nivel técnico nacional e internacional la instalación entre uno y otro peaje debería ser cada 100 km, lo cual se incumple en este caso debido a que la distancia existente entre peajes es de 46 km.

- 6.- COVIPERÚ elevó el recurso de apelación presentado por IECSA a OSITRAN el 9 de junio del 2011 mediante Carta C.0012.GO.201.
- 7.- Mediante Resolución N° 001 el Tribunal de Solución de Controversias (en lo sucesivo, el TSC) admitió el recurso, corriendo traslado a COVIPERÚ, el cual fue absuelto el 19 de julio de 2011, solicitando que el TSC declare improcedente el reclamo del IECSA, alegando lo siguiente:
- i.- La empresa es responsable por la variación en los ingresos y al encontrarse en una etapa de construcción de obras, no resulta posible otorgar ninguna clase de descuento.
 - ii.- La ubicación de peaje, según el Contrato de Concesión deberá encontrarse entre el km 66 y 68 R01S, por lo cual la localización no puede ser variada.
 - iii.- La circulación entre los distritos y centros poblados, no puede ni debe desarrollarse por la autopista Red Vial N° 6, si no que el Gobierno Regional o Local deberá proveer vías alternas para el transporte de los usuarios.
- 8.- Tal como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, en la Audiencia Especial de Conciliación, llevada a cabo el 24 de agosto del 2011, IECSA y COVIPERU no arribaron a ningún acuerdo. En la vista de la causa realizada el 25 de agosto del 2011, las partes informaron oralmente, quedando la causa al voto.
- 9.- IECSA, mediante escrito presentado el 5 de septiembre del 2011, presenta documentación referente a los criterios y procedimientos para el otorgamiento de la tarifa diferenciada de peaje establecidos en la Directiva N° 012-2004-MTC/20, aprobada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC). Asimismo, adjunta las Resoluciones Directorales N° 556-2004-MTC/20, 44-25-2007-MTC/20, 4438-2007-MTC/20 y 190-2011-MTC/20.
- 10.- A su vez, COVIPERÚ presentó el 5 de octubre del 2011 un escrito a través del cual reitera lo precisado en la Carta N° C.0071.11. Además, expresa que respecto al monto de la tarifa y la ubicación del Peaje Chilca, estos se encuentran sujetos a lo establecido en el marco del Contrato de Concesión, el cual no le permite variar la tarifa ni la ubicación del peaje. Al mismo tiempo, expresa que no le es posible reajustar la tarifa en razón a que se ha comprometido a realizar inversiones y que se encuentran en etapa de construcción de obras. Igualmente, refiere que las resoluciones que han sido emitidas a favor de PROVIAS NACIONAL por el MTC para el otorgamiento de la tarifa diferenciada solo son aplicables a los tramos de carretera administrados por dicha entidad.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 11.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:
- i.- Verificar la procedencia del recurso de apelación.
 - ii.- Establecer si el Recurso de Reconsideración interpuesto por IECSA es procedente, y de ser así, determinar si COVIPERU debe cobrarle una tarifa diferenciada.

III.- ANÁLISIS

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

- 12.- Del análisis del expediente, se puede establecer que el recurso de apelación del IECSA versa sobre la prestación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura, por lo que de acuerdo con el literal a) y b) del artículo 7 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹, en concordancia con el artículo 14 del mismo texto normativo², el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 13.- Por otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), Ley N° 27444, al plantear una cuestión de derecho que debe dilucidarse.
- 14.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por ley y los respectivos reglamentos, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

III.2.- EVALUACIÓN DE LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre el recurso de reconsideración

- 15.- COVIPERU declaró IMPROCEDENTE el Recurso de Reconsideración presentado por IECSA, argumentando que el Oficio N° 770-2006-MTC/14 adjuntado como nueva prueba, no tiene tal calidad.
- 16.- Se debe destacar que dicho oficio contiene el Informe N° 019-2006-MTC/14.05 en el cual se concluye que es facultad de COVIPERU implementar descuentos en las tarifas a los usuarios frecuentes de la vía que administra, previa autorización del regulador; así como la reubicación de las Unidades de Peaje.
- 17.- COVIPERU objeta el recurso de reconsideración, pues considera que dicho documento es un medio probatorio que versa sobre un hecho tangible evaluado con anterioridad, ya que nunca ha negado tener la facultad de establecer reducciones en la tarifa.

¹ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado con Resolución del Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado mediante la Resolución del Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN.**

"Artículo 7°.- Materia de los reclamos y controversias

Los reclamos y controversias que son materia del presente Reglamento son los siguientes:

a) Los reclamos de usuarios relacionados con la facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura, lo que incluye expresamente controversias vinculadas con la aplicación del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 716. (...).

b) Los reclamos de usuarios relacionados con la calidad y oportuna prestación de dichos servicios".

² **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**

"Artículo 14°.- Tribunal.

El Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia administrativa las controversias que se susciten entre las Entidades Prestadoras y entre éstas y los Usuarios de conformidad a los procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del Título III del presente Reglamento

Asimismo es competente para resolver las quejas que se presenten en el proceso de solución de reclamos y de controversias.

El Tribunal sesiona con la asistencia mínima de tres (3) de sus miembros y adopta decisiones con el voto aprobatorio de la mayoría de los asistentes. En caso de empate en una votación, el Presidente o quien haga sus veces tendrá voto dirimente".

- 18.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 208 de la LPAG³, el Recurso de Reconsideración deberá sustentarse necesariamente en una nueva prueba.
- 19.- Como bien apunta autorizada doctrina “cuando este artículo exige al administrado la presentación de una nueva prueba como requisito de procedibilidad del recurso de reconsideración, se está solicitando que el administrado presente una nueva fuente de prueba, la cual debe tener una expresión material para que pueda ser valorada por la autoridad administrativa. Dicha expresión material es el medio probatorio”⁴.
- 20.- En el presente caso, contrariamente a lo señalado por COVIPERU, el hecho planteado en el documento remitido por IECSA como nueva prueba referida a la posibilidad de dicha entidad prestadora de aplicar tarifas diferenciadas no había sido evaluado en la Carta N° 002, ni en los documentos que la sustentan como son el Informe N° 345-11-GS-OSITRAN y la Carta C.0071.11.
- 21.- En consecuencia, el Oficio N° 770-2006-MTC/14 debió ser evaluado por COVIPERU en calidad de nueva prueba, en razón a que demuestra una circunstancia no analizada por la entidad prestadora al emitir su pronunciamiento con relación al reclamo.

Sobre la aplicación de tarifas diferenciadas

- 22.- De acuerdo con los artículos 3 y 5 de la Ley N° 26917⁵, así como con el literal a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332⁶, una de las principales funciones del OSITRAN es velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas legales vigentes y de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.
- 23.- En el presente caso, en virtud del Contrato de Concesión, COVIPERU explota económicamente la Red Vial N° 06, el

³ **LPAG. Ley 27444.**

“Artículo 208.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación”.

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, Lima, 2009. p. 615.

⁵ **Ley N° 26917**

Artículo 3.- Misión de OSITRAN

3.1.- La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.

(...)

Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte”.

⁶ **Ley N° 27332**

“Artículo 3.- Funciones

3.1.- Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas”.

cual comprende el Tramo Pucusana - Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S, estando facultada para el cobro de una tarifa a los usuarios, pero también obligada a cumplir con sus compromisos de inversión y a prestar los servicios obligatorios en los niveles y bajo las condiciones fijadas en el Contrato de Concesión⁷.

- 24.- En este contexto, el cobro de las tarifas debe efectuarse teniendo como marco de referencia el Contrato de Concesión. Al respecto, la cláusula 8.14 de este contrato señala que:

“8.14.- El cobro de la Tarifa se efectuará a través de las unidades de peaje. La Sociedad Concesionaria cobrará la doble tarifa en un solo sentido (Norte a Sur). En caso que por razones debidamente sustentadas, la SOCIEDAD CONCESIONARIA desee efectuar el cobro de la Tarifa también en el sentido Sur a Norte, deberá contar con la autorización expresa del CONCEDENTE, previa opinión del REGULADOR, en cuyo caso, el monto de la Tarifa por calzada se reducirá el cobro de una Tarifa por sentido”

- 25.- Asimismo, en el segundo párrafo de la cláusula 8.15 se señala que “Se exigirá el pago de la Tarifa a cada Usuario que utilice el Tramo, de acuerdo a la categoría de vehículo, de conformidad con la Tarifa especificada en la Cláusula 8.17 (...)”

- 26.- Finalmente la cláusula 8.17 inciso a) indica que:

“8.17.- El régimen tarifario es el conjunto de reglas contenidas en el Contrato y en los estudios técnicos que regulan las tarifas que estará autorizada a cobrar la sociedad concesionaria durante la explotación de área de la concesión, conforme a lo siguiente:

a) A partir de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación, y hasta la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar por concepto de Tarifa máxima: \$/ 4.62 por Peaje mas IGV y otros aportes de ley.

b) A partir de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá cobrar la Tarifa, aplicando las siguientes reglas:

(...)

iv) La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá implantar esquemas de descuento de Peajes para usuarios frecuentes, por prepago o promociones, entre otras, respetando las leyes de libre competencia y previa autorización del REGULADOR quien velará porque se cautelen los intereses del CONCEDENTE. En ningún caso podrá acordarse la exoneración del pago de la Tarifa”

⁷ **Contrato de Concesión**

“2.1.- (...) La Concesión materia del Contrato se otorga para la Construcción y Explotación de una obra de infraestructura pública, como parte del proceso de transferencia de actividades productivas al sector privado emprendido por el Gobierno del Perú y que tiene por objeto aumentar el alcance de la infraestructura vial en el país y mejorar la calidad de los servicios que ésta ofrece”.

- 27.- En ese sentido, de acuerdo a lo señalado en el Contrato de Concesión, el Concesionario se encuentra facultado a cobrar doble tarifa en un solo sentido, Asimismo, se encuentra facultado a exigir el pago de la tarifa a cada usuario que utilice el Tramo, para finalmente indicar que el Concesionario, podrá cobrar una tarifa de S/ 5.50 (la cual incluye el 19% del IGV) por cada sentido.
- 28.- En razón de lo antes mencionado, a través del Contrato de Concesión se estableció como potestad de COVIPERÚ otorgar o no tarifas diferenciadas a los usuarios del tramo de la carretera Panamericana Sur que administran. En el presente caso, está facultad no ejercida por COVIPERÚ no vulnera el marco contractual vigente, por lo que no es posible que OSITRAN la obligue a aplicar tarifas diferenciadas.
- 29.- Adicionalmente, es preciso señalar que de acuerdo con el Reglamento General de Tarifas (RETA) del OSITRAN, las entidades prestadoras, como parte de su política comercial, están facultadas a ofrecer descuentos, tal como se describe en el artículo 37, en donde se señala que "(...) las Entidades Prestadoras podrán ofrecer como parte de su política comercial, con carácter general y de manera temporal o permanente, ofertas, descuentos y promociones en condiciones económicas más ventajosas a las normalmente aplicadas. (...)".
- 30.- En consecuencia, si bien IECSA es un usuario frecuente de la Red Vial N° 06, el OSITRAN no puede ordenar que se le aplique una tarifa diferenciada o algún reajuste tarifario, en tanto COVIPERÚ no haga uso de la facultad adquirida en razón del Contrato de Concesión, la misma que se configura como una potestad del Concesionario, más no como una obligación.
- 31.- Por otro lado, IECSA señala que PROVIAS NACIONAL puede aplicar tarifa diferenciada según la Resolución Directoral N° 012-2004-MTC/20 y que por lo tanto, COVIPERÚ debe hacer lo mismo. Sobre el particular, se debe considerar que esta directiva, tal como se desprende, de su objetivo y alcance⁸, es aplicable al Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (en adelante, PROVIAS NACIONAL), pero no a COVIPERU.
- 32.- Dicho de otro modo, si bien esta norma era aplicable en la Red Vial N° 6, a partir de la entrada en vigencia del Contrato de Concesión rigen las disposiciones contenidas en el mismo, debido a que la administración de este tramo de la indicada carretera pasó de PROVIAS NACIONAL a COVIPERU.
- 33.- Asimismo, en las resoluciones directorales que obran a fojas 142 a 154 se aprueban tarifas diferenciadas para tramos de carreteras no concesionadas que se encuentran bajo la administración de PROVIAS NACIONAL. Lo que significa que no le resultan aplicables a COVIPERU.
- 34.- No obstante lo acotado, es preciso indicar que en otras carreteras concesionadas, que poseen características
- 8 **Directiva N° 012-2004-MTC/20, Criterios y procedimientos para el otorgamiento de la tarifa diferencia de peaje.**
"1.- Objetivos
Establecer los criterios y procedimientos pertinentes a aplicarse en el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL, a fin de reglamentar la Tarifa de Peaje Diferenciada.
2.- Alcance
La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para la Unidad de Peajes de la Gerencia de Operaciones Zonales y , demás Unidades Orgánicas del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL, que intervenga directa o indirectamente en la gestión, procedimientos y trámites organizados para el otorgamiento de la Tarifa Diferenciada".

similares a la de la Red Vial N° 6, como es el caso de Autopista del Norte⁹ y Autopista del Sol¹⁰, los respectivos Contratos de Concesión han previsto desde su inicio la aplicación de tarifas diferenciadas por parte de las respectivas entidades prestadoras.

- 35.- Respecto a la posibilidad de reubicar las estaciones de peaje que se encuentran a lo largo del tramo de la Red Vial N° 06, es necesario expresar que dichas ubicaciones fueron convenidas oportunamente en el Contrato de Concesión; en ese sentido, COVIPERÚ ha cumplido con su obligación contractual, situación que ha sido aprobada por el MTC, en su calidad de Concedente.
- 36.- Igualmente, debemos precisar que respecto a la idoneidad o no de la circulación de naturaleza urbana por una autopista de alta velocidad como la Red Vial N° 06; este Tribunal no es competente para tratar dichos aspectos, ni tampoco los relacionados con la construcción de vías alternas, en tanto no forman parte de las estipulaciones del Contrato de Concesión. Por lo cual, IECSA tiene el derecho de acudir a las instancias regionales o locales para exigir la construcción de dichas vías.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por INDUSTRIAS DE ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN S.A. contra la decisión contenida en la Carta C.0009.GO.2011 emitida por CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S.A.; quedando agotada la vía administrativa.

9 Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4: Pativilca-Santa-Trujillo y Puerto Salaverry-Empalme R01N.

"Definiciones

1.14.- En este contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

1.14.80.- **Tarifa Diferenciada**

Es aquella tarifa especial otorgada por el MTC de acuerdo a los criterios y procedimientos vigentes.

9.9.- (...)

El incremento de las Tarifas Diferenciadas en cada reajuste mantendrá la proporcionalidad en relación a la tarifa.

En función a la información sobre la Tarifa Diferenciada proporcionada por el CONCEDENTE a la Fecha de Suscripción del Contrato, el CONCEDENTE se obliga a que la recaudación por las Tarifas Diferenciadas no genere un ingreso superior al tres por ciento (3%) en relación a los ingresos totales anuales recaudados en las unidades de peaje. Ninguna reducción en la recaudación de peaje ocasionada por la aplicación de la Tarifa Diferenciada por excederse al 3% afectará bajo ningún concepto ni circunstancia al CONCESIONARIO".

10 Contrato de Concesión de la Autopista del Sol Tramo Trujillo-Sullana

"Definiciones

1.9.- En este contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

1.9.83.- **Tarifa Diferenciada**

Es aquella tarifa especial otorgada por el MTC de acuerdo a los criterios y procedimientos vigentes.

(...)

9.5.- (...)

El incremento de las Tarifas Diferenciadas en cada reajuste mantendrá la proporcionalidad en relación a la Tarifa.

En función a la información sobre la Tarifa Diferenciada proporcionada por el CONCEDENTE a la Fecha de Suscripción del Contrato, el CONCEDENTE se obliga a que la recaudación por las Tarifas Diferenciadas no genere un ingreso superior al tres por ciento (3%) en relación a los ingresos totales anuales recaudados en las unidades de peaje. Ninguna reducción en la recaudación de peaje ocasionada por la aplicación de la Tarifa Diferenciada por excederse al 3% afectará bajo ningún concepto ni circunstancia al CONCESIONARIO".

SEGUNDO.- PONER en conocimiento de CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S.A. e INDUSTRIAS DE ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN S.A., la presente resolución.

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional: www.ositran.gob.pe.

Con la intervención de los señores vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur, Ana María Granda Becerra y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN

RESOLUCIÓN

N° 058-2013-TSC-OSITRAN

APELANTE	:COMERCIAL ANA ISABEL S.R.L.
EMPRESA PRESTADORA	:CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S.A.
ACTO APELADO	:RESOLUCIÓN DE GERENCIA N° 004-2013-GG/COVISOL

SUMILLA

Si la aplicación de la tarifa por el uso de la vía depende de la clasificación de los vehículos en ligeros o pesados, la entidad prestadora debe brindar la información veraz y oportuna de cuáles son las condiciones que determinan dicha clasificación.

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 9 de septiembre de 2013

VISTO

El recurso de apelación interpuesto por COMERCIAL ANA ISABEL S.R.L (en adelante, COMERCIAL ANA ISABEL o la apelante) contra la Resolución de Gerencia N° 004-2013-GG/COVISOL (en adelante, la Resolución N° 004), emitida por CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S.A. (en lo sucesivo, COVISOL o la entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 6 de marzo de 2013 COMERCIAL ANA ISABEL interpuso reclamo ante COVISOL, señalando lo siguiente:
 - i.- Conforme al tarifario de COVISOL, el cobro del peaje a los vehículos se realiza de acuerdo a los ejes, sin embargo la entidad prestadora estaría realizando el cobro conforme al peso de dichos vehículos.
 - ii.- Afirma que, su carro es una pick up de placa N° OC-2432 tendría un eje, no obstante, COVISOL le realizó un cobro de S/.19.10, sustentándose en el peso de su vehículo y no de acuerdo a sus ejes.
- 2.- Mediante Resolución N° 004, COVISOL declaró infundado el reclamo presentado por COMERCIAL ANA ISABEL, argumentando que:
 - i.- De acuerdo con el Contrato de Concesión los vehículos ligeros pagarán una tarifa equivalente a un eje y los vehículos pesados pagarán una tarifa por cada eje del vehículo, encontrándose comprendido dentro de estos últimos, aquellos de categoría N₂.
 - ii.- De conformidad con el Anexo I, del Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, los vehículos de categoría N₂ son aquellos construidos para el transporte de mercancía, de un peso bruto mayor a 3.5 toneladas hasta 12 toneladas.
 - iii.- Afirma que, el personal de las Unidades Peaje de COVISOL, verificó que el peso del vehículo de la apelante es de 3 762 kilos de peso bruto, por tanto, y conforme a lo señalado en el referido Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, el mencionado vehículo se encuentra dentro de la categoría N₂.
 - iv.- En tal sentido, al encontrarse el vehículo de COMERCIAL ANA ISABEL en la categoría N₂, el monto a cobrar por COVISOL, conforme a su tarifario y al Contrato de Concesión, ascendía a la suma de S/. 19.10, por lo que dicho cobro se realizó conforme a los dispositivos legales vigentes.
 - v.- Respecto *“del requerimiento de publicación de mayor información en los tarifarios, referida al criterio categorización vehicular en base al peso bruto de los vehículos, (...) el Tarifario de COVISOL contiene la información suficiente a efectos de determinar la tarifa aplicable a cada vehículo, indicando que en el caso de un vehículo de 02 ejes, el pago corresponde es de S/. 19.10”*.
- 3.- El 19 de abril de 2013 COMERCIAL ANA ISABEL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 004, señalando que lo que se cuestiona no es el pago de tarifa por eje, sino la defectuosa información que estaría brindando COVISOL a los usuarios, respecto a que si el pago por es dicho eje o por clase de vehículos. Asimismo, precisa que dicha información no se encuentra en sus peajes.
- 4.- El 17 de mayo de 2013 COVISOL elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC) la absolución

del recurso de apelación reiterando los argumentos empleados en la decisión que declaró infundado el reclamo, añadiendo, además, que OSITRAN no observó alguna insuficiencia de información en los contenidos anteriores y actuales del tarifario vigente, por lo que de ser declarado fundado el recurso de apelación, se tendría la contradictoria situación en que la institución que ha resuelto a favor del usuario, simultáneamente coparticipe de la negada omisión de la información brindada a estos en los tarifarios.

- 5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 26 de agosto de 2013, no pudiendo arribarse a ningún acuerdo debido a la inasistencia de la apelante. El 27 de agosto de 2013, se realizó la audiencia de vista, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 6.- Como cuestiones a dilucidar en la presente resolución tenemos:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de COVISOL.
 - ii.- Verificar si COVISOL prestó o no adecuadamente sus servicios.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 7.- Del análisis del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre la deficiente información de las condiciones de aplicación de las tarifas que cobra COVISOL; situación que está prevista como un supuesto de reclamo en el literal f) del artículo 4 del Reglamento de Atención y Solución Reclamos de COVISOL¹ (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos de COVISOL) y el literal g) 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.
- 8.- De conformidad con el artículo 20 del Reglamento de Reclamos de COVISOL, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁴, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 9.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución materia de impugnación fue notificada a COMERCIAL ANA ISABEL el 27 de marzo de 2013.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que COMERCIAL ANA ISABEL interponga su recurso de apelación venció el 19 de abril de 2013.
 - iii.- COMERCIAL ANA ISABEL presentó su recurso administrativo el 19 de abril de 2013, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.

1 **Reglamento Reclamos de COVISOL, aprobado por la Resolución N° 067-2011-CD-OSITRAN**

"20: Recurso de Apelación"

Procede la apelación contra la resolución expresa que resuelve el reclamo y/o contra la resolución expresa que resuelve el recurso de reconsideración. El recurso de apelación deberá interponerse ante la Gerencia General de COVISOL en un plazo máximo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución.

(...)"

2 **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 33.-"

(...) Los reclamos que versen sobre:

g) Las que tengan relación con defectos en la información proporcionada a los usuarios, respecto de las tarifas o condiciones del servicio; o información defectuosa"

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 de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN.**

"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"

- 10.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁵, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por un servicio prestado por COVISOL.

- 11.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

Sobre las tarifas a cobrar por COVISOL

- 12.- Es pertinente precisar que con fecha 25 de agosto de 2009 el Estado Peruano suscribió con COVISOL el Contrato de Concesión de la Autopista del Sol (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión) cuyo tramo comprende desde Trujillo hasta Sullana. Como tal, está facultada a explotar económicamente la infraestructura, mediante el cobro de una tarifa a los usuarios, pero también está obligada a cumplir con sus compromisos de inversión y a prestar los servicios obligatorios en los niveles y bajo las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión⁶.
- 13.- Conforme con el numeral 1.9.82 del Contrato de Concesión la tarifa, es "el monto por cada Vehículo Ligero o, en el caso de Vehículos Pesados, por cada eje, expresado en Nuevos Soles, que el CONCESIONARIO está obligado a cobrar a los Usuarios por el uso de los Tramos de la Concesión"⁷.
- 14.- Asimismo, los numerales 1.9.92 y 1.9.93 del referido Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"1.9.92 Vehículo Ligero"

Son aquellos comprendidos en la categoría M₁, M₂ y N₁ y los remolques incluidos en la categoría O1 y O2, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 058-2003-MTC o la norma que lo sustituya.

1.9.93 Vehículo Pesado"

5 **Ley N° 27444**

"Artículo 209.- Recurso de apelación"

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

6 **Contrato de Concesión COVISOL**

"2.1.- (...) Por el presente Contrato el CONCEDENTE transfiere al Concesionario la potestad de prestar el servicio a favor de los usuarios, para lo cual concede el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma. Para tal fin, el CONCESIONARIO deberá cumplir con los parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con los índices de servicialidad, previstos en el presente Contrato"

7 **Contrato de Concesión COVISOL**

"1.9.82.- Tarifas (s)"

Es el monto por cada Vehículo Ligero o, en el caso de Vehículos Pesados, por cada eje, expresado en Nuevos Soles, que el CONCESIONARIO está obligado a cobrar a los usuarios por el uso de los Tramos de la Concesión. Este monto incluye el IGV y otros tributos que puedan generarse"

Son aquellos comprendidos en la categoría M₃, N₂ y N₃ y los remolques incluidos en la categoría O3 y O4, de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo N° 058-2003-MTC o la norma que lo sustituya”

15.- Asimismo, respecto al cobro de dichas tarifas, el numeral 9.4. del Contrato de Concesión establece como regla, entre otros, lo siguiente:

“a) EL CONCESIONARIO aplicará las siguientes reglas:

- i) Los Vehículos Ligeros pagarán una Tarifa equivalente a un eje.
- ii) Los Vehículos Pesados pagarán una Tarifa por cada eje”.

16.- Como se desprende de lo señalado en los párrafos anteriores, la relación jurídica que existe entre COVISOL y COMERCIAL ANA ISABEL consiste en que la primera es proveedora de la infraestructura y el segundo es el usuario de dicha prestación. En ese contexto, la entidad prestadora está obligada a facilitar el uso de la carretera (además de los servicios complementarios que establezca el Contrato de Concesión), mientras que la apelante está obligado a pagar la tarifa como contraprestación.

Sobre el derecho a la información

17.- Ahora bien, en la cláusula 8.6 del Contrato de Concesión establece que “los derechos inherentes a los Usuarios, consistirán básicamente en (...) a recibir un servicio conforme a lo establecido en el Contrato y a encontrarse informado sobre las características del mismo, y los demás que contemplan las Leyes y Disposiciones Aplicables y otros que pudieren establecerse en el contrato y normas regulatorias”.

18.- Con relación al derecho de la información, el literal a), del artículo 7 del Reglamento de Usuarios de la Infraestructura Vial, Ferroviaria y Sistema Eléctrico de Transporte Masivo⁸ (en lo sucesivo, Reglamento de Usuarios), prescribe lo siguiente:

“Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) A la Información

El Usuario debe recibir información necesaria o adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente, esto en concordancia con los artículos 18, 19 y 20 del presente Reglamento. Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios. El régimen tarifario aprobado y sus eventuales modificaciones deberán ser

⁸ aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 004-2012-CD-OSITRAN.

puestos en conocimiento de los Usuarios con la difusión suficiente y de manera previa a su aplicación conforme lo determine el OSITRAN”

[El subrayado y resaltado es nuestro]

19.- Asimismo, dicho texto normativo señala que tanto la entidad prestadora como los usuarios guían su interrelación acorde con el principio de buena fe, el cual tiene como base la confianza y la lealtad mutua⁹.

20.- Dicho esto, en el presente COVISOL señala que al encontrarse la camioneta de la apelante en la categoría N₂, calificando como un vehículo pesado, por lo que de acuerdo al Contrato de Concesión, correspondía que COMERCIAL ANA ISABEL pague una tarifa por cada eje, afirmando, además, que esta información se encuentra en su tarifario.

21.- En coordinación con la Secretaría Técnica del TSC, la Gerencia de Supervisión remitió, mediante correo electrónico de fecha 4 de septiembre de 2013 una fotografía del panel ubicado en el peaje del Cruce Bayovar, la que obra en foja 50 del referido expediente administrativo, a través del cual la entidad prestadora informa a los usuarios cual es la tarifa a cobrar y en donde se detalla lo siguiente:

TARIFARIO		
	LIVIANOS	S/. 9.50
	2 EJES	S/. 19.10
	3 EJES	S/. 28.60
	4 EJES	S/. 38.20
	5 EJES	S/. 47.70
	6 EJES	S/. 57.30
	7 EJES	S/. 66.80

⁹ Reglamento de Usuarios.

“Artículo 5.- Principios que regulan la relación de la Entidad Prestadora con el Usuario de la infraestructura.

c) Buena fe.- Tanto la Entidad Prestadora como el Usuario guían toda su interrelación por la confianza y la lealtad mutua, entendiéndose que ésta es el pilar que sustenta la prestación del servicio”

- 22.- Como se puede verificar, la información que proporciona COVISOL no es precisa, puesto que no brinda dato alguno respecto a qué unidades de transporte están dentro de la categoría de vehículo ligero o pesado. Además, se hace referencia a “Livianos;” cuando esta categoría no está contemplada en el Contrato de Concesión.
- 23.- Cabe precisar que, a pesar que en la página web¹⁰ se ha publicado la versión del tarifario con algo más de detalle sobre las condiciones del cobro de las tarifas a los vehículos, no se verifica cuál es el criterio para calificar a los vehículos como ligero o pesado, según lo establecido en el Contrato de Concesión.
- 24.- Ciertamente, queda corroborado que la información del panel ubicado en la unidad de peaje de COVISOL, así como en su página web, no detallan de manera clara cuándo una determinada unidad de transporte se encontraría dentro de la categoría de vehículo pesado, tal y como se describe en el ya mencionado Contrato de Concesión.
- 25.- Por otro lado, COVISOL sostiene que COMERCIAL ANA ISABEL no podría alegar desconocimiento de categoría en la que se encontraría su vehículo, puesto que dicha información se encuentra en el Anexo I, del Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo N° 058-2003-MTC.
- 26.- Respecto a la definición de la categoría N₂, el Anexo I del Reglamento Nacional de Vehículos prescribe lo siguiente:

“ANEXO I: CLASIFICACIÓN VEHICULAR

(...)

Categoría N: Vehículos automotores de cuatro ruedas o más diseñados y contruidos para el transporte de mercancía.

N1 : Vehículos de peso bruto vehicular de 3,5 toneladas o menos.

N2 : Vehículos de peso bruto vehicular mayor a 3,5 toneladas hasta 12 toneladas.

N3 : Vehículos de peso bruto vehicular mayor a 12 toneladas”

- 27.- Como se puede observar, en el Reglamento Nacional de Vehículos se determina cuando un vehículo se encontraría en una determinada categoría, el cual dependerá del peso de aquel; no obstante, esta descripción no precisa si por pertenecer a una determinada categoría esta califica como un vehículo ligero o pesado, categorías que únicamente están precisadas en el Contrato de Concesión.
- 28.- Ciertamente, no se podría afirmar que el conocimiento del peso de un vehículo determinado, da la certeza a los usuarios de que sus unidades de transporte sean clasificados como ligeros o pesados, conforme a lo señalado en el Contrato de Concesión.
- 29.- Debe considerarse que si bien COVISOL mantiene una relación contractual con el Estado Peruano, por la cual le faculta

¹⁰ **Tarifario de Concesionaria Vial del Sol**, la que se encuentra en la siguiente dirección electrónica: <http://covisol.com.pe/pages/tarifario.html> (página Web visitada el 5 de septiembre de 2013)

a realizar el cobro por eje a aquellas unidades de transporte que se encuentren dentro de la categoría de vehículo pesado, no se podría exigir a los usuarios que conozcan al detalle dicha relación contractual, por lo que no resulta legítimo que la entidad prestadora traslade, en este caso a la apelante, el costo de información sobre las condiciones y características de las tarifas que estas han pactado cobrar.

- 30.- De lo señalado en los párrafos anteriores, se desprende que la entidad prestadora tiene el derecho de realizar el cobro de sus tarifas a los usuarios, pero también es cierto que debe brindar la suficiente información sobre las condiciones del servicio, puesto que permite que aquellos puedan realizar una elección adecuada de los servicios que desean utilizar de acuerdo a sus intereses.
- 31.- En ese sentido, la conducta esperada por los usuarios por parte de COVISOL es que esta suministre información oportuna, respecto de las condiciones del servicio que pagan por utilizar la carretera.
- 32.- En consecuencia, queda demostrado que COVISOL ha brindado información insuficiente a COMERCIAL ANA ISABEL, al no indicar de manera clara porqué su vehículo debió pagar una tarifa por cada eje, ya que la información que figura en su tarifario no se encuentra acorde a las condiciones descritas en el Contrato de Concesión.
- 33.- Adicionalmente, debe recordarse que la Autopista del Sol es una infraestructura vial que recibe a todo tipo de usuarios, entre los cuales se incluyen a aquellos que se encuentra dentro del ámbito de protección del Código de Protección y Defensa del Consumidor, resultando aplicable lo prescrito en dicho cuerpo normativo¹¹ que en su artículo 2 señala:

“Artículo 2.- Información relevante

*2.1.- El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor **toda la información relevante** para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.*

2.2.- La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

2.3.- Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.

2.4.- Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor

¹¹ **Código del Consumidor**








“Artículo 63.- Regulación de los servicios públicos

*La protección al usuario de **los servicios públicos regulados** por los organismos reguladores a que hace referencia la Ley núm. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se rige por las disposiciones del presente Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente. La regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los principios de protección establecidos en el presente Código. El ente encargado de velar por su cumplimiento es el organismo regulador respectivo.”*

el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado”

[El subrayado y resaltado es nuestro]

- 34.- En tal sentido, a efectos de evitar que en el futuro los usuarios no se encuentren en una situación de asimetría informativa, este Tribunal considera que la información brindada relacionada con las tarifas cobradas por COVISOL, debería incluir como mínimo lo siguiente:

TARIFARIO		
	Vehículos Ligeros*	S/. 9.50
	Vehículos Pesados** 2 EJES	S/. 19.10
	Vehículos Pesados** 3 EJES	S/. 28.60
	Vehículos Pesados** 4 EJES	S/. 38.20
	Vehículos Pesados** 5 EJES	S/. 47.70
	Vehículos Pesados** 6 EJES	S/. 57.30
	Vehículos Pesados** 7 EJES	S/. 66.80
*categoría M1, M2 y N1 y los remolques incluidos en la categoría O1 y O2, según DS N°058-2003-MTC		
**Categoría M3, N2 y N3 y los remolques incluidos en la categoría O3 y O4, según DS N°058-2003-MTC		

- 35.- Por otro lado, la falta de detección por parte de OSITRAN del incumplimiento contractual y legal en el suministro de información a los usuarios de parte de COVISOL, no legitima la conducta infractora de esta entidad prestadora, ni hace copartícipe al OSITRAN de esta y tampoco mella la facultad del Regulador de disponer las medidas correctivas que permitan el cese de dicha vulneración.
- 36.- Teniendo en cuenta las funciones de la Gerencia de Supervisión¹², corresponde que este órgano se encargue del cumplimiento de la obligación a la que se hace referencia en la presente resolución.

12 **Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

“Artículo N° 2.- Definiciones

(...)

g) **Órgano Supervisor:** Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras”

“Artículo N° 07.- Supervisión De Aspectos Económicos Y Comerciales

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución de Gerencia N° 004-2013-GG/COVISOL emitida por CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S.A. y en consecuencia declarar fundado el reclamo interpuesto por COMERCIAL ANA ISABEL S.R.L por no haber cumplido CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S.A. con su obligación de informar; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- DISPONER que CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S.A. informe conforme con el numeral 29 de la presente resolución sobre cuáles son las condiciones de clasificación de los vehículos en ligeros o pesados, según lo establecido en las cláusulas 1.9.92 y 1.9.93 del Contrato de Concesión de la Autopista del Sol.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución a COMERCIAL ANA ISABEL S.R.L y a CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S.A.

CUARTO.- SOLICITAR a la Gerencia de Supervisión que verifique el cumplimiento de la provisión de información a los usuarios conforme con lo dispuesto en la presente resolución por parte de CONCESIONARIA VIAL DEL SOL S.A.

QUINTO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional (www.ositran.gob.pe).

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda, Héctor Ferrer Tafur y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS OSITRAN

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Las actividades de supervisión de los aspectos económicos y comerciales comprenden:

(...)

d) Verificar la aplicación y difusión de las tarifas reguladas y de las políticas comerciales respectivas, así como el respeto a los principios de no discriminación y neutralidad”.

13 **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN**, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-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”.

HORARIO DE PARTIDA Y LLEGADA DEL METRO

Con destino a Miguel Grau

- VILLA EL SALVADOR
- PARQUE INDUSTRIAL
- PUMACAHUA
- VILLA MARIA
- MARIA AUXILIADORA
- SAN JUAN
- ATOCONGO
- JORGE CHAVEZ
- AYACUCHO
- ESTAMOS AQUÍ
- LOS CABITOS
- ANGAMOS
- SAN BORJA SUR
- LA CULTURA
- NICOLAS ARRIOLA
- GAMARRA
- MIGUEL GRAU

05:56	06:16	06:36	06:56	07:16	07:36	07:51	08:06	08:21	08:36	08:50	09:04	09:19	09:33	09:48	10:02	10:16	10:31	10:45	11:00	11:14	11:28	11:43	11:57	12:12	12:26	12:41	12:55	13:10	13:24	13:39	13:53	14:08	14:22	14:37	14:51	15:06	15:20	15:35	15:49	16:04	16:18	16:32	16:47	17:01	17:16	17:30	17:45	17:59	18:14	18:28	18:42	18:57	19:11	19:26	19:40	19:55	20:09	20:23	20:38	20:52	21:07	21:21	21:35	21:50	22:04	22:18	22:33	22:47	23:01	23:16	23:30	23:44	23:59	24:13	24:27	24:41	24:56	25:10	25:24	25:39	25:53	26:07	26:22	26:36	26:50	27:05	27:19	27:33	27:48	28:02	28:16	28:31	28:45	28:59	29:14	29:28	29:42	29:57	30:11	30:25	30:40	30:54	31:08	31:22	31:37	31:51	32:05	32:19	32:34	32:48	33:02	33:17	33:31	33:45	33:59	34:14	34:28	34:42	34:57	35:11	35:25	35:40	35:54	36:08	36:22	36:37	36:51	37:05	37:19	37:34	37:48	38:02	38:16	38:31	38:45	38:59	39:13	39:28	39:42	39:56	40:10	40:25	40:39	40:53	41:07	41:22	41:36	41:50	42:04	42:19	42:33	42:47	43:01	43:15	43:30	43:44	43:58	44:12	44:27	44:41	44:55	45:09	45:24	45:38	45:52	46:06	46:21	46:35	46:49	47:03	47:18	47:32	47:46	48:00	48:15	48:29	48:43	48:57	49:11	49:26	49:40	49:54	50:08	50:23	50:37	50:51	51:05	51:19	51:34	51:48	52:02	52:16	52:30	52:45	52:59	53:13	53:27	53:41	53:56	54:10	54:24	54:38	54:52	55:07	55:21	55:35	55:49	56:03	56:18	56:32	56:46	57:00	57:14	57:29	57:43	57:57	58:11	58:25	58:39	58:54	59:08	59:22	59:36	59:50	60:04	60:19	60:33	60:47	61:01	61:15	61:29	61:44	61:58	62:12	62:26	62:40	62:54	63:08	63:23	63:37	63:51	64:05	64:19	64:34	64:48	65:02	65:16	65:30	65:45	65:59	66:13	66:27	66:41	66:56	67:10	67:24	67:38	67:53	68:07	68:21	68:35	68:49	69:04	69:18	69:32	69:46	69:60	69:74	69:88	69:100	69:114	69:128	69:142	69:156	69:170	69:184	69:198	69:212	69:226	69:240	69:254	69:268	69:282	69:296	69:310	69:324	69:338	69:352	69:366	69:380	69:394	69:408	69:422	69:436	69:450	69:464	69:478	69:492	69:506	69:520	69:534	69:548	69:562	69:576	69:590	69:604	69:618	69:632	69:646	69:660	69:674	69:688	69:702	69:716	69:730	69:744	69:758	69:772	69:786	69:800	69:814	69:828	69:842	69:856	69:870	69:884	69:898	69:912	69:926	69:940	69:954	69:968	69:982	69:996	70:010	70:024	70:038	70:052	70:066	70:080	70:094	70:108	70:122	70:136	70:150	70:164	70:178	70:192	70:206	70:220	70:234	70:248	70:262	70:276	70:290	70:304	70:318	70:332	70:346	70:360	70:374	70:388	70:402	70:416	70:430	70:444	70:458	70:472	70:486	70:500	70:514	70:528	70:542	70:556	70:570	70:584	70:598	71:012	71:026	71:040	71:054	71:068	71:082	71:096	71:110	71:124	71:138	71:152	71:166	71:180	71:194	71:208	71:222	71:236	71:250	71:264	71:278	71:292	71:306	71:320	71:334	71:348	71:362	71:376	71:390	71:404	71:418	71:432	71:446	71:460	71:474	71:488	71:502	71:516	71:530	71:544	71:558	71:572	71:586	71:600	71:614	71:628	71:642	71:656	71:670	71:684	71:698	71:712	71:726	71:740	71:754	71:768	71:782	71:796	71:810	71:824	71:838	71:852	71:866	71:880	71:894	71:908	71:922	71:936	71:950	71:964	71:978	71:992	72:006	72:020	72:034	72:048	72:062	72:076	72:090	72:104	72:118	72:132	72:146	72:160	72:174	72:188	72:202	72:216	72:230	72:244	72:258	72:272	72:286	72:300	72:314	72:328	72:342	72:356	72:370	72:384	72:398	72:412	72:426	72:440	72:454	72:468	72:482	72:496	72:510	72:524	72:538	72:552	72:566	72:580	72:594	73:008	73:022	73:036	73:050	73:064	73:078	73:092	73:106	73:120	73:134	73:148	73:162	73:176	73:190	73:204	73:218	73:232	73:246	73:260	73:274	73:288	73:302	73:316	73:330	73:344	73:358	73:372	73:386	73:400	73:414	73:428	73:442	73:456	73:470	73:484	73:498	73:512	73:526	73:540	73:554	73:568	73:582	73:596	74:010	74:024	74:038	74:052	74:066	74:080	74:094	74:108	74:122	74:136	74:150	74:164	74:178	74:192	74:206	74:220	74:234	74:248	74:262	74:276	74:290	74:304	74:318	74:332	74:346	74:360	74:374	74:388	74:402	74:416	74:430	74:444	74:458	74:472	74:486	74:500	74:514	74:528	74:542	74:556	74:570	74:584	74:598	75:012	75:026	75:040	75:054	75:068	75:082	75:096	75:110	75:124	75:138	75:152	75:166	75:180	75:194	75:208	75:222	75:236	75:250	75:264	75:278	75:292	75:306	75:320	75:334	75:348	75:362	75:376	75:390	75:404	75:418	75:432	75:446	75:460	75:474	75:488	75:502	75:516	75:530	75:544	75:558	75:572	75:586	75:600	75:614	75:628	75:642	75:656	75:670	75:684	75:698	75:712	75:726	75:740	75:754	75:768	75:782	75:796	75:810	75:824	75:838	75:852	75:866	75:880	75:894	75:908	75:922	75:936	75:950	75:964	75:978	75:992	76:006	76:020	76:034	76:048	76:062	76:076	76:090	76:104	76:118	76:132	76:146	76:160	76:174	76:188	76:202	76:216	76:230	76:244	76:258	76:272	76:286	76:300	76:314	76:328	76:342	76:356	76:370	76:384	76:398	76:412	76:426	76:440	76:454	76:468	76:482	76:496	76:510	76:524	76:538	76:552	76:566	76:580	76:594	77:008	77:022	77:036	77:050	77:064	77:078	77:092	77:106	77:120	77:134	77:148	77:162	77:176	77:190	77:204	77:218	77:232	77:246	77:260	77:274	77:288	77:302	77:316	77:330	77:344	77:358	77:372	77:386	77:400	77:414	77:428	77:442	77:456	77:470	77:484	77:498	77:512	77:526	77:540	77:554	77:568	77:582	77:596	78:010	78:024	78:038	78:052	78:066	78:080	78:094	78:108	78:122	78:136	78:150	78:164	78:178	78:192	78:206	78:220	78:234	78:248	78:262	78:276	78:290	78:304	78:318	78:332	78:346	78:360	78:374	78:388	78:402	78:416	78:430	78:444	78:458	78:472	78:486	78:500	78:514	78:528	78:542	78:556	78:570	78:584	78:598	79:012	79:026	79:040	79:054	79:068	79:082	79:096	79:110	79:124	79:138	79:152	79:166	79:180	79:194	79:208	79:222	79:236	79:250	79:264	79:278	79:292	79:306	79:320	79:334	79:348	79:362	79:376	79:390	79:404	79:418	79:432	79:446	79:460	79:474	79:488	79:502	79:516	79:530	79:544	79:558	79:572	79:586	79:600	79:614	79:628	79:642	79:656	79:670	79:684	79:698	79:712	79:726	79:740	79:754	79:768	79:782	79:796	79:810	79:824	79:838	79:852	79:866	79:880	79:894	79:908	79:922	79:936	79:950	79:964	79:978	79:992	80:006	80:020	80:034	80:048	80:062	80:076	80:090	80:104	80:118	80:132	80:146	80:160	80:174	80:188	80:202	80:216	80:230	80:244	80:258	80:272	80:286	80:300	80:314	80:328	80:342	80:356	80:370	80:384	80:398	80:412	80:426	80:440	80:454	80:468	80:482	80:496	80:510	80:524	80:538	80:552	80:566	80:580	80:594	81:008	81:022	81:036	81:050	81:064	81:078	81:092	81:106	81:120	81:134	81:148	81:162	81:176	81:190	81:204	81:218	81:232	81:246	81:260	81:274	81:288	81:302	81:316	81:330	81:344	81:358	81:372	81:386	81:400	81:414	81:428	81:442	81:456	81:470	81:484	81:498	81:512	81:526	81:540	81:554	81:568	81:582	81:596	82:010	82:024	82:038	82:052	82:066	82:080	82:094	82:108	82:122	82:136	82:150	82:164	82:178	82:192	82:206	82:220	82:234	82:248	82:262	82:276	82:290	82:304	82:318	82:332	82:346	82:360	82:374	82:388	82:402	82:416	82:430	82:444	82:458	82:472	82:486	82:500	82:514	82:528	82:542	82:556	82:570	82:584	82:598	83:012	83:026	83:040	83:054	83:068	83:082	83:096	83:110	83:124	83:138	83:152	83:166	83:180	83:194	83:208	83:222	83:236	83:250	83:264	83:278	83:292	83:306	83:320	83:334	83:348	83:362	83:376	83:390	83:404	83:418	83:432	83:446	83:460	83:474	83:488	83:502	83:516	83:530	83:544	83:558	83:572	83:586	83:600	83:614	83:628	83:642	83:656	83:670	83:684	83:698	83:712	83:726	83:740	83:754	83:768	83:782	83:796	83:810	83:824	83:838	83:852	83:866	83:880	83:894	83:908	83:922	83:936	83:950	83:964	83:978	83:992	84:006	84:020	84:034	84:048	84:062	84:076	84:090	84:104	84:118	84:132	84:146	84:160	84:174	84:188	84:202	84:216	84:230	84:244	84:258	84:272	84:286	84:300	84:314	84:328	84:342	84:356	84:370	84:384	84:398	84:412	84:426	84:440	84:454	84:468	84:482	84:496	84:510	84:524	84:538	84:552	84:566	84:580	84:594	85:008	85:022	85:036	85:050	85:064	85:078	85:092	85:106	85:120	85:134	85:148	85:162	85:176	85:190	85:204	85:218	85:232	85:246	85:260	85:274	85:288	85:302	85:316	85:330	85:344	85:358	85:372	85:386	85:400	85:414	85:428
-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------

CASO RELEVANTE

RESOLUCION EMITIDA SOBRE INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA

Criterio para diferenciar reclamos y denuncias: Resolución Final del 22 de julio de 2015 emitida en el Expediente N° 065-2015-TSC-OSITRAN.

En febrero de 2015, la señora Vilma Cayllahua presentó reclamo ante GYM FERROVIAS (GYM), manifestando haber sufrido un accidente al abordar uno de los vagones del tren de la Línea 1 del Metro de Lima, sin haber recibido auxilio médico alguno por parte del personal de GYM, específicamente, del personal que se encontraba en la estación de La Cultura. Agregó que el tópico de dicha estación no se encontraba funcionando.

GYM atendió el reclamo formulado señalando que el personal de Prevención de Riesgo del hall de la estación de La Cultura, informó de los hechos acontecidos ofreciéndole tanto el Libro de Reclamaciones solicitado, como la atención médica respectiva por parte de sus paramédicos, no obstante, lo cual, la reclamante rechazó la ayuda brindada.

En marzo de 2015, la señora Cayllahua interpuso recurso de apelación ante el Tribunal reiterando lo expuesto en su reclamo, agregando que al momento en que se acercó al tópico de la estación, este se encontraba cerrado y no había un paramédico que la pudiera atender, lo que evidenciaba que la Línea 1 no estaba preparada para una emergencia al no contar con un protocolo para auxiliar a personas afectadas.

En atención a los hechos y argumentos expuestos por la

apelante, el Tribunal inició su pronunciamiento resaltando que la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332; la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreos, Ley 26917 (Ley de creación de OSITRAN); y, el Reglamento General de OSITRAN (REGO), dispusieron que el OSITRAN tiene entre sus funciones, supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas de las entidades o actividades supervisadas imponiendo las sanciones correspondientes en caso de verificarse incumplimientos, así como solucionar las controversias y reclamos presentados por los usuarios contra las entidades prestadoras bajo el ámbito de su competencia.

Seguidamente, el Colegiado destacó dos instrumentos o mecanismos factibles de ser utilizados por los usuarios para obtener el pronunciamiento y actuación de las entidades públicas, como es el caso del reclamo y la denuncia.

En ese sentido, respecto del reclamo manifestó que este, de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de Reclamos de OSITRAN, está constituido por la solicitud presentada por cualquier usuario con el objeto de exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una entidad prestadora que se encuentra bajo la competencia del OSITRAN, agregando que la Constitución y la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, reconocen y recogen este derecho de formular una petición a la

autoridad competente y recibir una respuesta.

En lo que respecta a la denuncia, indicó que la Ley N° 27444 prescribe el derecho que tienen todos los administrados, entre ellos los usuarios, de formular denuncias a la autoridad competente, sobre los hechos que conociera contrarios al ordenamiento y sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, tal como ocurre en el caso de los usuarios de cualquier Infraestructura de Transporte de Uso Público, entre ellas, la Línea 1 del Metro de Lima. Agregó que en ese sentido, el Reglamento de Usuarios de la Infraestructura Vial, Ferroviaria y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo ha reconocido que cualquier persona natural está facultada para presentar denuncias ante el OSITRAN, comunicando toda ocurrencia de hechos relacionados al incumplimiento de obligaciones de las Entidades Prestadoras que exploten infraestructura vial o férrea.

En atención a lo expuesto, el Tribunal se refirió al reparto de competencias para el cumplimiento de las funciones reseñadas precedentemente, indicando que el REGO prevé que en lo que se refiere a la función de atención y solución de reclamos la competencia le corresponde en primera instancia a la Entidad Prestadora (en el caso de los reclamos) y al Cuerpo Colegiado de OSITRAN (en el caso de las controversias); y en segunda y última instancia, la competencia le corresponde, tanto para el caso de los reclamos como de las controversias, al Tribunal de Solución de Controversia y Atención de

Reclamos.

En lo que se refiere a la función supervisora y sancionadora, el Colegiado señaló que de acuerdo a lo previsto en el REGO y el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, correspondía a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización supervisar la gestión de las Entidades Prestadoras relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, verificando el cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio, operación y mantenimiento de la infraestructura; supervisión que incluía la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao. A partir de ello, concluyó que se desprendería claramente que la competencia para gestionar y ejecutar las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, correspondía a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

En lo que respecta al procedimiento iniciado por la señora Cayllahua, el Tribunal observó que tanto en el formulario de atención de reclamos del usuario como en su recurso de apelación, la apelante hizo referencia a que GYM no estaría preparada para una emergencia en la Línea 1 al no contar con un protocolo para auxiliar a personas accidentadas, observando también que la señora Cayllahua había cuestionado presuntas deficiencias en los servicios que brinda GYM, relacionados a un accionar deficiente ante la ocurrencia de un accidente

y defectuosas condiciones con las que contaría para la atención médica del mismo, afirmando que el tópico ubicado en la Estación de la Cultura no se encontraba operativo.

En ese sentido, el Colegiado manifestó que a partir de los criterios desarrollados, se apreciaba que dicha alegación se encontraba vinculada, más que a la exigencia de la satisfacción de un interés particular, a la puesta en conocimiento de la administración, de un posible incumplimiento de la Entidad Prestadora de sus obligaciones contractuales como operador de la infraestructura de transporte de uso público, las cuales contemplaban la obligación de GYM de adoptar medidas de naturaleza técnica, administrativa, educativa y policial destinadas a la prevención de accidentes y la preservación del bienestar de los usuarios, y particularmente, a la obligación relativa a la atención de los usuarios que pudieran sufrir accidentes durante la prestación del servicio de transporte. En consecuencia con ello, el Tribunal concluyó lo siguiente:

“En tal sentido, las alegaciones formuladas por la señora CAYLLAHUA no cumplen con las características del reclamo establecidas en el Reglamento de Reclamos del OSITRAN (en la medida que no se está solicitando la satisfacción de un interés particular), pues ellas están referidas a que GYM no vendría cumpliendo con su obligación de adoptar los procedimientos y disposiciones de seguridad correspondientes, entre los cuales se encuentra la prevención de accidentes y la

preservación del bienestar de los usuarios, como lo es la atención oportuna frente a accidentes que pudieran ocurrir en instalaciones de la Línea 1 del Metro de Lima. En consecuencia, corresponde que se sean calificadas como una denuncia en tanto se encuentran relacionadas con el presunto incumplimiento de obligaciones derivadas de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, por parte de una Entidad Prestadora que se encuentra bajo la competencia del OSITRAN.

(...)

En tal sentido, corresponde que se informe de este hecho a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización para que, en el ejercicio de sus facultades, realice las investigaciones necesarias, a fin de determinar si GYM estaría incumpliendo alguna de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, y, de ser el caso, evalúe el inicio del procedimiento sancionador correspondiente.”

En atención a lo expuesto, el Tribunal expresó que correspondía declarar la improcedencia del recurso interpuesto por la señora Cayllahua, debido a que su competencia estaba dirigida a pronunciarse respecto de las apelaciones formuladas por los usuarios en procedimientos de reclamos o controversias, y no respecto de denuncias efectuadas por los mismos usuarios, derivadas de posibles incumplimientos del Contrato de Concesión por parte de las Entidades Prestadoras, ordenando derivar el expediente a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a fin de actuara conforme a las facultades desarrolladas precedentemente.

RESOLUCIÓN

65-2015-TSC-OSITRAN

APELANTE : VILMA OLGA CAYLLAHUA GALINDO
EMPRESA PRESTADORA : GYM FERROVÍAS S.A.
ACTO APELADO : Decisión contenida en la Carta I.R-CUL-000664-2015-SAC

SUMILLA

La tramitación de las denuncias efectuadas por los usuarios, relacionadas con posibles incumplimientos de las obligaciones derivadas de la explotación de infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras, se encuentra dentro del ámbito de competencia de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN y no del Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos, consecuentemente, deben remitirse los actuados a dicha Gerencia para que de ser el caso, disponga la aplicación de las medidas que correspondan, de conformidad con el marco normativo vigente.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 22 de julio de 2015

VISTOS

El recurso de apelación interpuesto por la señora VILMA OLGA CAYLLAHUA GALINDO (en adelante, señora CAYLLAHUA o el apelante) contra la decisión contenida en la carta I.R-CUL-000664-2015-SAC., emitida por GYM FERROVÍAS S.A. (en adelante, GYM o la Entidad Prestadora); y

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 9 de febrero de 2015, la señora CAYLLAHUA presentó reclamo ante GYM, manifestando haber sufrido un accidente en circunstancias en que abordaba uno de los vagones del tren de la Línea 1 del Metro de Lima, (compromiso de extremidad superior izquierda al operarse el mecanismo de cierre de puerta del vagón), no recibiendo auxilio médico alguno por parte del personal de GYM, específicamente, del personal que se encontraba en la estación de La Cultura. Asimismo, señaló que el tópico de dicha estación no se encontraba funcionando.
- 2.- Mediante carta I.R-CUL-000664-2015-SAC., notificada el 27 de febrero de 2015, GYM dio respuesta al reclamo presentado por la señora CAYLLAHUA, declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
 - i.- El 9 de febrero de 2015, a las 16:54 horas, el tren que se dirigía hacia la estación de Bayovar sufrió un retraso en la estación de La Cultura, originando el descenso y posterior ascenso de pasajeros, luego del cual, pasados 34 minutos, partió con normalidad hacia su estación de destino. En dicho ínterin, sus administradores de estación procedieron a brindar apoyo en el descenso y ascenso de pasajeros sin identificar contra tiempo alguno. Posteriormente, su personal de Prevención de Riesgo del hall de la referida estación, informó de los hechos acontecidos con la señora CAYLLAHUA, ofreciéndole tanto el Libro de Reclamaciones solicitado, así como la atención médica respectiva por parte de sus paramédicos, no obstante, lo cual, la señora CAYLLAHUA señaló que no deseaba ser atendida.
 - ii.- El sistema de apertura y cierre de coches es correctamente informado a los usuarios a través de audios que son emitidos mediante sus equipos de difusión sonora, los que se encuentran instalados en sus 26 estaciones.
 - iii.- Asimismo, los trenes nos avanzan si alguna de las puertas de los coches no ha sido cerrada completamente. Ello se sustenta en la base de un sistema utilizado a través de un tablero de control de los trenes, que activa una alerta en la cual se indica tal situación, si el cierre de las puertas se ha realizado de manera incorrecta.
- 3.- Con fecha 20 de marzo de 2015, la señora CAYLLAHUA interpuso recurso de apelación contra la decisión contenida en la carta I.R-CUL-000664-2015-SAC., reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando, además, lo siguiente:
 - i.- Una vez que su mano izquierda se liberó de la puerta, y encontrándose aún dentro del tren, el personal de GYM no se acercó a auxiliarla, a pesar de que los pasajeros señalaban que ella era la persona lesionada, ello debido a que dicho personal se encontraba concentrado únicamente en verificar si las puertas se abrían, a fin de que el tren pueda ponerse en funcionamiento.
 - ii.- Al momento que se acercó al tópico de la estación, este se encontraba cerrado y no había un paramédico que la pudiera atender. Una servidora que fue a buscar la llave nunca regresó, no contándose tampoco con un botiquín para que se le pudiera brindar auxilio.

iii.- A pesar de haber sido un evento de menor gravedad, queda claro que la Línea 1 no está preparada para una emergencia, pues no cuenta con un protocolo para auxiliar a personas afectadas.

- 4.- El 6 de abril de 2015, GYM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo.
- 5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), en la audiencia de conciliación, que se llevó a cabo el 23 de junio de 2015, las partes no llegaron a ningún acuerdo conciliatorio. Por su parte, el 24 de junio de 2015 se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de la Entidad Prestadora y de la señora CAYLLAHUA, quedando la causa al voto.
- 6.- Cabe señalar que en el Informe Oral, los representantes de GYM manifestaron que al momento en que la señora CAYLLAHUA se acercó al tópico de la estación, no encontró personal médico alguno debido a que el mismo se encontraba en otra estación, agregando que su personal administrativo también se encuentra capacitado para la atención de este tipo de emergencias. Asimismo, reiteró que una vez que su personal médico se acercó para ofrecerle atención, la apelante se negó a recibirla.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 7.- Corresponde dilucidar en la presente resolución lo siguiente:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la decisión contenida en la carta emitida por GYM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

3.3.1 Del plazo de interposición del recurso

- 8.- De conformidad con el numeral VII.11 del Reglamento de Reclamos de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de GYM¹ y el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN² (en adelante, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN), el plazo con el que cuentan los usuarios para apelar la decisión de GYM respecto de su reclamo, es de 15 días hábiles contados desde el día siguiente de recibida la notificación.
- 9.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.-La carta I.R-CUL-000664-2015-SAC fue notificada a la señora CAYLLAHUA el 27 de febrero de 2015.
- ii.- El plazo máximo que la señora CAYLLAHUA tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 20 de marzo de 2015.
- iii.- La señora CAYLLAHUA apeló con fecha 20 de marzo de 2015, es decir dentro del plazo legal establecido.

3.3.2 De las funciones de OSITRAN

- 10.- La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, señala que como organismo regulador, OSITRAN, tiene entre otras funciones, la de supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas de las entidades o actividades supervisadas imponiendo las sanciones correspondientes en caso de verificarse incumplimientos, así como la de solucionar las controversias y reclamos presentados por los usuarios contra las entidades prestadoras bajo el ámbito de su competencia³.
- 11.- En el mismo sentido, el artículo 6 de la Ley 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreos (Ley de creación de OSITRAN) y el

1 **Reglamento de Reclamos de GYM, aprobado por la Resolución N° 008-2015-CD-OSITRAN.**

"VII. 11 Recurso de Apelación

Procede el recurso de apelación cuando la impugnación a la resolución emitida por GYM FERROVIAS S.A. se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas; cuando se trate de cuestiones de puro de derecho; se sustente en una nulidad; o cuando teniendo nueva prueba, no se opte por el recurso de reconsideración.

El recurso de apelación deberá interponerse ante la Gerencia de Servicio al Cliente de GYM FERROVIAS S.A. en un plazo máximo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución recurrida, utilizando los canales definidos en el punto VI.1 del presente Reglamento y, en caso la presentación del recurso se presente por escrito, conforme al formato 3, documento que forma parte integrante del presente Reglamento."

2 **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD OSITRAN, respectivamente.**

"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"

3 Léase la exposición de motivos de la Resolución de Consejo Directivo N°019-2011-CD-OSITRAN mediante la cual se aprobó el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, que entró en vigencia el 11 de junio de 2011, mediante publicación realizada en el diario oficial "El Peruano"

artículo 10 del Reglamento General de OSITRAN 8en adelante, el REGO)⁴, señalan entre las funciones de OSITRAN, las de supervisar, de fiscalizar y sancionar, así como la de solucionar las controversias y reclamos de los usuarios.

- 12.- En efecto, respecto a las funciones supervisora, así como fiscalizadora y sancionadora, los artículo 21 y 32 del REGO señalan lo siguiente:

"Artículo 21.- Función Supervisora

El OSITRAN supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los Usuarios. (...)"

Artículo 32.- Funciones fiscalizadora y sancionadora

El OSITRAN fiscaliza e impone sanciones y medidas correctivas a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas, disposiciones y/o regulaciones establecidas por el OSITRAN y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

- 13.- En cuanto a la función de solución de controversias y reclamos, el artículo 37 del REGO indica:

"Artículo 37.- Funciones de solución de controversias y atención de reclamos

El OSITRAN está facultado para resolver en la vía administrativa las controversias y reclamos, que dentro del ámbito de su competencia, surjan entre entidades prestadoras y entre estas y sus usuarios."

- 14.- Ahora bien, para el ejercicio efectivo de las funciones supervisora y sancionadora, así como de la función de solución de reclamos, los usuarios de las entidades prestadoras reguladas cuentan con distintas vías procedimentales, como se verá a continuación.

3.3.3 De los procedimientos de reclamos y denuncias ante OSITRAN

i) De los reclamos

- 15.- En principio, cabe señalar que las reglas para la tramitación de los procedimientos administrativos de atención y solución de reclamos de usuarios, son dictadas por los organismos reguladores para sus respectivos ámbitos de competencia, en ejercicio de la potestad normativa que la Ley Marco otorga a sus Consejos Directivos.
- 16.- En ese sentido, el artículo 7 de la Ley N° 26917, identifica como funciones de OSITRAN la de expedir las directivas procesales para atender y resolver los reclamos de los usuarios, velando por la eficacia y la celeridad de dichos trámites, y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en actividades relacionadas a dicha infraestructura, encontrándose entre tales directivas, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos).

4 Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias

17.- En atención a lo expuesto, el inciso b) del artículo 1 del Reglamento de Reclamos⁵ define al reclamo del siguiente modo:

“b) RECLAMO: La solicitud, distinta a una Controversia, que presenta cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una entidad prestadora que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN. (...).”

18.- A propósito de la definición de reclamo reseñada, cabe resaltar que el artículo 2, inciso 20) de la Constitución Política del Perú, reconoce a toda persona el derecho de formular peticiones a la autoridad competente y a recibir una respuesta, derecho que también se encuentra recogido en el artículo 106 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), a través de la figura de la petición administrativa:

“Artículo 106.- Derecho de petición administrativa

106.1 Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el Artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.

*106.2 El derecho de petición administrativa comprende las facultades de **presentar solicitudes en interés particular del administrado**, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia. (...).”*

[el subrayado y resaltado es nuestro]

19.- De lo expuesto, se desprende que el reclamo al que se refiere el Reglamento de Reclamos, constituye un derecho petición que los usuarios utilizan como mecanismo para exigir a las entidades que explotan infraestructuras de transporte de uso público, la satisfacción de un legítimo interés particular.

ii) De las denuncias

20.- En lo que respecta al procedimiento de denuncia, cabe señalar que el artículo 105 de la LPAG⁶, prescribe el derecho

⁵ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011 CD OSITRAN, respectivamente.**

“Artículo 1.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

(...)

b) RECLAMO: La solicitud, distinta a una Controversia, que presenta cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una entidad prestadora que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN.”

⁶ **Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General.**

“Artículo 105.- Derecho a formular denuncias

105.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento,

que tienen todos los administrados, entre ellos los usuarios, de formular denuncias a la autoridad competente, sobre los hechos que conociera, que fuesen contrarios al ordenamiento y sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo.

21.- Al respecto, cabe señalar que para Morón Urbina⁷, la denuncia administrativa debe entenderse como aquel “acto por el cual se pone de conocimiento de una autoridad, alguna situación administrativa no ajustada a derecho, con el objeto de comunicar un conocimiento personal, a diferencia de la petición administrativa que es la expresión con interés personal, legítimo, directo e inmediato en obtener un comportamiento y resultado concreto de la autoridad, condiciones que no son exigibles a los denunciantes”.

22.- Ahora bien, tal y como ya se ha señalado anteriormente, las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora de OSITRAN, comprenden, para el primer supuesto, verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales y para el segundo supuesto, en caso de presentarse un probable incumplimiento de dichas obligaciones por parte de las Entidades Prestadoras, poder realizar todas las investigaciones necesarias, y cuando corresponda, imponer las sanciones correspondientes.

23.- Con relación a la función fiscalizadora y sancionadora de OSITRAN, el artículo 33 del REGO señala lo siguiente:

“Artículo 33.- Órganos competentes para el ejercicio de las Funciones Fiscalizadora y Sancionadora

Las funciones fiscalizadora y sancionadora se ejercen en el marco del procedimiento que se inicia siempre de oficio, sea por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior o por considerar que una denuncia amerita una acción de fiscalización.

24.- De lo citado en el párrafo anterior, se observa que la función sancionadora de OSITRAN, se puede efectuar de oficio, pero también a partir de la denuncia de un tercero, lo que significa que cualquier tercero que pueda tener conocimiento de alguna acción u omisión de las Entidades Prestadoras de sus respectivas obligaciones contractuales, tiene la posibilidad de informar de ello a OSITRAN, con la finalidad de que adopte las acciones correspondientes, a fin de determinar si se ha incurrido en algún incumplimiento contractual o legal, y evaluar si dicho incumplimiento es objeto de una sanción administrativa.

25.- En consecuencia, la denuncia es un derecho que le asiste a cualquier administrado, como ocurre en el caso de los usuarios de cualquier Infraestructura de Transporte de Uso Público. En el caso particular de los usuarios de la Línea 1 del Metro de Lima, el Reglamento de Usuarios de la Infraestructura Vial, Ferroviaria y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo (en lo sucesivo, Reglamento de Usuarios), prescribe en el literal b) del artículo 3, que la denuncia es toda comunicación formulada en ejercicio del derecho de participación ciudadana, en razón a la ocurrencia de

sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

105.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

105.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviere individualizado.”

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Ed. 2011 pp.381.*

hechos referidos al incumplimiento de obligaciones fiscalizables por el OSITRAN.

- 26.- Asimismo, el referido Reglamento de Usuarios⁸ establece en su artículo 50 que, cualquier persona natural está facultada para presentar denuncias ante el OSITRAN, comunicando toda ocurrencia de hechos relacionados al incumplimiento de obligaciones de las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura vial y férrea.

3.3.4 Competencia de los órganos de OSITRAN en la atención de reclamos y denuncias

- 27.- Ahora bien, en lo que se refiere al establecimiento de las competencias para el cumplimiento de las funciones reseñadas en los párrafos precedentes, el REGO también prevé cuales son los órganos encargados de ejecutarlas.

- 28.- En lo que se refiere a la función de atención y solución de reclamos dispone lo siguiente:

Artículo 38.- Órganos competentes para el ejercicio de la función de solución de reclamos

“La Entidad Prestadora es competente en primera instancia para la solución de reclamos que presente un usuario por los servicios prestados por esta así como por los reclamos que presente un usuario intermedio, con relación al acceso a las facilidades esenciales, antes de la existencia de un contrato de acceso, de conformidad con el Reglamento marco de acceso a la infraestructura de transporte público.

Los recursos contra lo resuelto por los Cuerpos Colegiados de OSITRAN y las entidades prestadoras, son resueltos en segunda y última instancia administrativa, por el Tribunal de Solución de Controversia y Atención de Reclamos.”

- 29.- Como se puede apreciar entonces, la competencia para la atención y solución de reclamos planteados por los usuarios corresponde, en primera instancia, a las entidades prestadoras; y, una vez apelado por los usuarios lo resuelto por estas, la competencia corresponde, en segunda y última instancia administrativa, al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos.

- 30.- En lo que se refiere a la función supervisora y sancionadora, el REGO dispone:

“Artículo 22.- Órganos Competentes para el ejercicio de la Función Supervisora

La función supervisora, respecto a la fase resolutoria en primera instancia administrativa, es ejercida por la

⁸ **Reglamento de Usuarios de usuarios de la Infraestructura Vial, Ferroviaria y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo, aprobado mediante Resolución N° 004-2012-CD-OSITRAN.**

“Artículo 50.- Formulación de la denuncia

Cualquier persona natural o jurídica, incluido los usuarios, está facultada para presentar denuncias ante el OSITRAN, comunicando toda ocurrencia de hechos relacionados al incumplimiento de obligaciones de las Entidades Prestadoras que explotan puertos y aeropuertos.

El incumplimiento denunciado puede referirse tanto a una obligación contenida en el contrato de concesión o en la normatividad vigente. El denunciante no está obligado a demostrar que ha sufrido un daño ni la existencia de una relación de causalidad.

De acuerdo a lo previsto en el numeral 105.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la denuncia deberá exponer con claridad todos los hechos y circunstancias que permitan su constatación por el OSITRAN. En caso se cuente con elementos probatorios como testimonios, fotos o videos, entre otros, también deberán ser presentados.

OSITRAN deberá mantener una línea exclusiva y gratuita para que los Usuarios puedan formular sus denuncias las 24 horas del día, todos los días del año. Del mismo modo, en su horario de oficina, deberá recibir las denuncias verbales o escritas, incluso por correo electrónico, que le sean presentadas.

La denuncia no convierte al denunciante en parte interesada, en caso requiera la satisfacción de un interés, sin perjuicio de la denuncia interpuesta, deberá solicitarlo a través del procedimiento de reclamos.”

Gerencia de Supervisión y Fiscalización, que se pronuncia, sobre las cuestiones que se deriven de la ejecución de las actividades de supervisión; siendo la fase de instrucción ejercida por la unidad orgánica correspondiente.”

“Artículo 33.- Órganos competentes para el ejercicio de la función Fiscalizadora y Sancionadora

Las funciones fiscalizadora y sancionadora se ejercen en el marco del procedimiento que se inicia siempre de oficio, sea por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior o por considerar que una denuncia amerita una acción de fiscalización.

Para el ejercicio de las funciones fiscalizadora y sancionadora, la unidad de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización que conduce la fase de instrucción realiza indagaciones preliminares, investigaciones, inspecciones, recaba o verifica información de otros órganos, actúa las pruebas que considere pertinentes e imputa cargos, en el marco de un procedimiento sancionador iniciado conforme a ley; debiendo emitir su informe recomendando la imposición o no de sanciones administrativas y/o de medidas correctivas.

La Gerencia de Supervisión y Fiscalización resuelve en primera instancia administrativa e impone las sanciones y/o medidas correctivas que correspondan, de ser el caso.

Corresponde al Tribunal en Asuntos Administrativos del OSITRAN conocer y resolver, en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación que se planteen contra lo que resuelva la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.”

- 31.- En ese sentido, el artículo 7 del Reglamento de Infracciones y Sanciones⁹ de OSITRAN establece lo siguiente:

“Artículo 7.- Órganos competentes

El órgano competente para la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores es la Gerencia de Supervisión.

(...)”

- 32.- Asimismo, el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN¹⁰, prescribe:

“Artículo 52.- De la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

La Gerencia de Supervisión y Fiscalización es el órgano de línea responsable de conducir, gestionar, evaluar, coordinar y ejecutar las actividades de supervisión y fiscalización relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público efectuada por las entidades prestadoras en materia aeroportuaria, portuaria, de la Red Vial, así como ferroviarias y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao, en el ámbito de competencia del OSITRAN.

Artículo 53.- Funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

⁹ **Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante el Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN**

“Artículo 7.- Órganos competentes

El órgano competente para la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores es la Gerencia de Supervisión.

El órgano resolutorio, en primera instancia es la Gerencia General de OSITRAN.

El órgano resolutorio, en segunda instancia es el Consejo Directivo de OSITRAN.”

¹⁰ Reglamento de Organización y Funciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM

(...)

3. Supervisar la gestión de las entidades prestadoras relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, incluida la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Metro de Lima y Callao, verificando el cumplimiento de los aspectos comerciales y administrativos, económico - financiero, estándares de calidad y niveles de servicio, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como las inversiones pactadas en los contratos respectivos, según corresponda;"

33.- Consecuentemente, resulta claro que nuestro marco normativo ha previsto que la competencia para gestionar y ejecutar las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, corresponde a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

3.3.5 Sobre la solicitud de la señora CAYLLAHUA

34.- Como se observa en el presente caso, tanto en el formulario de atención de reclamos del usuario como en su recurso de apelación, la señora CAYLLAHUA hace referencia a que GYM no estaría preparada para una emergencia en la Línea 1 del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo al no contar con un protocolo para auxiliar a personas accidentadas.

35.- En efecto, la señora CAYLLAHUA ha cuestionado presuntas deficiencias en los servicios que brinda GYM, relacionados a un accionar deficiente ante la ocurrencia de un accidente y defectuosas condiciones con las que contaría para la atención médica del mismo (pues afirma que el tópico ubicado en la Estación de la Cultura no se encontraba operativo), no habiendo solicitado la satisfacción de un interés personal o particular que se haya producido como consecuencia de estas presuntas ineficiencias.

36.- A partir de los criterios desarrollados a lo largo de la presente resolución, se aprecia que dicha alegación se encuentra vinculada, más que la exigencia de la satisfacción de un interés particular, a la puesta en conocimiento de la administración, de un posible incumplimiento por parte de la Entidad Prestadora de sus obligaciones contractuales como operador de la infraestructura de transporte de uso público.

37.- Al respecto, es importante recalcar que con relación a los niveles de seguridad y vigilancia que le asiste a GYM, el numeral 8.32 del Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Peruano y GYM¹¹ establece lo siguiente:

"Seguridad y Vigilancia

8.32. El CONCESIONARIO deberá cumplir con los procedimientos y disposiciones de seguridad establecidos en el Anexo 7 del Contrato, en el Capítulo VII del Reglamento Nacional del Sistema Eléctrico de Transporte de pasajeros en vía férreas que formen parte del Sistema Ferroviario

11 CONCURSO DE PROYECTOS INTEGRALES PARA LA CONCESIÓN DEL PROYECTO ESPECIAL SISTEMA ELÉCTRICO DE TRANSPORTE MASIVO DE CALLAO, LÍNEA 1, VILLA EL SALVADOR - AV. GRAU -SAN JUAN DE LURIGANCHO entre GYM FERROVIAS S.A. y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Nacional aprobado por D.S. N° 039-2010-MTC y otras Leyes Aplicables, debiendo proveer a su costo, los vigilantes que actuarán en las estaciones, trenes y demás dependencias con el objeto de contribuir a la seguridad de los pasajeros y empleados dentro de los límites de la Concesión y de la custodia de los Bienes de la Concesión".

[el subrayado y sombreado es nuestro]

38.- Por otro lado, los literales c) y d) numeral 32.2, del artículo 32 del Reglamento Nacional del Sistema Eléctrico de Transporte de Pasajeros en vías férreas que forman parte del Sistema Ferroviario Nacional (en lo sucesivo, Reglamento del Sistema Ferroviario Nacional), aprobado por Decreto Supremo 039-2010-MTC, señalan que toda organización ferroviaria, entre ellas GYM, deberá adoptar medidas de naturaleza técnica, administrativa, educativa y policial destinadas, entre otros, a la prevención de accidentes y de preservar el bienestar y comodidad de los usuarios¹². Asimismo, el numeral 32.3, del referido reglamento, establece que para estas normas de seguridad las mismas deberán ser proporcionados por personal especializado.

39.- Finalmente, el numeral 32.5 del Reglamento del Sistema Ferroviario Nacional, señala que en las Estaciones y patios deberán existir tópicos implementados para proporcionar primeros auxilios en caso de accidentes¹³.

40.- En efecto, el cumplimiento de todas estas disposiciones, siendo para este caso en particular, las relativas a la atención de usuarios que puedan sufrir accidentes durante la prestación del servicio de transporte, forman parte de las obligaciones contractuales que GYM se comprometió a cumplir al suscribir el contrato de concesión con el Estado Peruano, conforme a lo estipulado en el mencionado numeral 8.32 del referido contrato.

41.- Como ya se ha señalado, a lo largo del presente procedimiento la señora CAYLLAHUA no ha solicitado la satisfacción de un interés personal o particular, sino un supuesto incumplimiento de las disposiciones descritas en el Contrato de Concesión, lo que su vez implicaría que se esté afectando el interés público.

42.- En tal sentido, las alegaciones formuladas por la señora CAYLLAHUA no cumplen con las características del reclamo establecidas en el Reglamento de Reclamos del OSITRAN (en la medida que no se está solicitando la satisfacción de un interés particular), pues ellas están referidas a que GYM no vendría cumpliendo con su obligación de adoptar los procedimientos y disposiciones de seguridad correspondientes, entre los cuales se encuentra la prevención de

12 Reglamento Nacional del Sistema Eléctrico de Transporte de Pasajeros en vías férreas que formen parte del Sistema Ferroviario Nacional. Aprobado por Decreto Supremo

" Artículo 32.- De la seguridad

32.2. La organización ferroviaria deberá adoptar medidas de naturaleza técnica, administrativa, educativa y policial, destinadas a:

a) La preservación de patrimonio vinculado al servicio de transporte público.

b) La regularidad y normalidad de tráfico.

c) La prevención de accidentes.

d) El bienestar y comodidad de los usuarios.

e) La preservación de la higiene.

f) El mantenimiento de la disciplina y orden en sus dependencias."

13 Reglamento Nacional del Sistema Eléctrico de Transporte de Pasajeros en vías férreas que formen parte del Sistema Ferroviario Nacional

" Artículo 32.- De la seguridad

32.5. En las estaciones y patios deberán existir tópicos implementados para proporcionar primeros auxilios en caso de accidentes."

accidentes y la preservación del bienestar de los usuarios, como lo es la atención oportuna frente accidentes que pudieran ocurrir en instalaciones de la Línea 1 del Metro de Lima. En consecuencia, corresponde que se sean calificadas como una denuncia en tanto se encuentran relacionadas con el presunto incumplimiento de obligaciones derivadas de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, por parte de una Entidad Prestadora que se encuentra bajo la competencia del OSITRAN.

- 43.- Al respecto, es importante resaltar, que tal y como ya se ha desarrollado anteriormente, el reclamo y la denuncia tienen un diferente trámite, el primero es competencia de la Entidad Prestadora y del TSC, mientras que el segundo es competencia de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) como órgano de primera instancia.
- 44.- En tal sentido, corresponde que se informe de este hecho a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización para que, en el ejercicio de sus facultades, realice las investigaciones necesarias, a fin de determinar si GYM estaría incumpliendo alguna de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, y, de ser el caso, evalúe el inicio del procedimiento sancionador correspondiente.
- 45.- Por otro lado, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN¹⁴ prescribe en su artículo 40 las causales de improcedencia del reclamo, entre las cuales se establece la de presentar el reclamo ante un órgano que carezca de competencia para resolverlo.
- 46.- De conformidad con el artículo 57 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN¹⁵, el TSC conocerá los recursos de apelación de los reclamos referidos a servicios regulados o supervisados, derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público que son responsabilidad de la Entidad Prestadora, así como también de los recursos de apelación de las controversias que se presenten entre Entidades Prestadoras y entre éstas y sus usuarios intermedios, siempre que estén referidas a las condiciones de acceso, uso o explotación de facilidades esenciales o referida a asuntos de competencia resolutoria exclusiva de OSITRAN.
- 47.- Consecuentemente, corresponde declarar la improcedencia del recurso, puesto que el TSC sólo es competente para pronunciarse respecto de la apelación en procedimientos de reclamos o controversias, y no respecto de las denuncias efectuadas por los usuarios, derivadas de posibles incumplimientos del Contrato de Concesión por parte de las entidades prestadoras.

14 Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN.

“Artículo 40.- Causales de improcedencia del reclamo

El órgano resolutorio declarará la improcedencia del reclamo en los siguientes casos:

- a) Cuando quien interpone el reclamo carezca de interés legítimo;*
- b) Cuando no exista conexión entre los hechos expuestos como fundamento del reclamo y la petición que contenga la misma;*
- c) Cuando la petición sea jurídica o físicamente imposible;*
- d) Cuando el órgano recurrido carezca de competencia para resolver el reclamo interpuesto*
- e) Cuando el reclamo haya sido presentado fuera del plazo establecido en el artículo 36 del presente Reglamento; y,*
- f) Cuando el objeto del reclamo no se encuentre tipificado entre los supuestos contemplados en el artículo 33 del presente Reglamento”*

15 Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN.

“Artículo 57.- Supuestos materia de la apelación

El Tribunal de Solución de Controversias atenderá los recursos de apelación que se presenten en los casos previstos en los literales a) al d) del numeral 1 del artículo 2 y en los artículos 33, 44 y 45 del presente Reglamento.

La apelación procede sea por acto expreso o por aplicación del silencio administrativo negativo en los casos en que éste se señala”

- 48.- Por consiguiente no corresponde a GYM ni al TSC resolver denuncias relacionadas con el presunto incumplimiento de obligaciones derivadas de la explotación de infraestructura de transporte de uso público correspondientes al Contrato de Concesión, por lo que corresponde derivar los actuados a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a fin de actúe conforme a sus facultades de acuerdo a los considerandos 26 al 31 de la presente resolución.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁶;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR EL SOBRESEIMIENTO DE LO ACTUADO EN EL EXP. N° 12-2014-TSC-OSITRAN, dado que no corresponde al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos emitir pronunciamiento sobre el fondo de la materia a la que se refiere la apelación interpuesta por la señora VILMA OLGA CAYLLAHUA GALINDO contra la carta I.R-CUL-000664-2015-SAC, emitida por GYM FERROVÍAS S.A., **ORDENANDO** la **REMISIÓN** de los actuados a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, a fin de que actúe conforme a sus facultades de acuerdo al considerando 22 de la presente Resolución, quedando así agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- REMITIR copias del expediente N° 65-2015-TSC-OSITRAN a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución al señor VILMA OLGA CAYLLAHUA GALINDO y a GYM FERROVÍAS S.A.

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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS OSITRAN

16 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”.

