



EXPEDIENTE : 133-2015-TSC-OSITRAN
APELANTE : TRABAJOS MARITIMOS S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/473-2015

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 12 de abril de 2017

SUMILLA: Si la Entidad Prestadora acredita que los contenedores ingresaron fuera de la fecha y hora del Cut Off establecido, corresponde al usuario el pago del recargo por arribo tardío de contenedores.

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en lo sucesivo, TRAMARSA) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/473-2015 (en adelante, la Resolución N° 1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en lo sucesivo, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 22 de junio de 2015, TRAMARSA interpuso reclamo ante APM solicitando se deje sin efecto el cobro de la factura N° 002-0144923, por un monto es de US\$ 4342.40 (cuatro mil trescientos cuarenta y dos y 40/100 dólares americanos), emitida por el concepto de "Recargo por Arribo Tardío del Contenedor"; señalando que APM adelantó el Tiempo estimado de atraque (en adelante, ETB¹) de la nave MN Madeleine, puesto que en la primera junta este se estableció para el día 26 de abril de 2015 a las 15:00 horas y en la segunda junta para el día 25 de abril de 2015 a las 23:00 horas, es decir, lo que implicó un adelanto de 16 horas que habría ocasionado el Arribo Tardío de sus contenedores. agregó que el Terminal Portuario presentó congestión en el ingreso a la balanza.
2. Mediante Resolución N° 1 notificada el 13 de julio de 2015, APM emitió pronunciamiento sobre el reclamo presentado por TRAMARSA declarándolo infundado bajo los siguientes argumentos:

¹ Estimated Time of Berthing



- i.- El cobro del recargo tuvo como sustento lo dispuesto en las notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos versión 3.0, la cual señala que los contenedores secos tienen un *Cut Off* de 24 horas antes del atraque de la nave, por lo que APM se encuentra facultada a cobrar por el recargo por arribo tardío de la carga.
 - ii.- Respecto del cobro realizado mediante la factura N° 002-0144923, la nave MN Madeleine de Manifiesto 2015-00963 tuvo fijado como ETB el día 25 de abril de 2015 a las 23:00, en consecuencia el *Cut Off* para unidades secas estuvo previsto para el 24 de abril de 2015 las 23:00 horas. Sin embargo, las 46 unidades indicadas en el detalle de la factura ingresaron después de la fecha y hora de dicho *Cut Off*, tal como lo indica el Reporte de Movimiento de Camiones, por lo que APM tenía el derecho de realizar el recargo por el concepto de Arribo Tardío de Contenedores.
 - iii.- En relación a la congestión en el ingreso a las balanzas, la responsabilidad de APM se extiende a los servicios que ofrece en su calidad de administrador portuario, por lo que los inconvenientes suscitados fuera de sus instalaciones no son de su competencia. Consecuentemente, la congestión fuera del Terminal es una condición ajena a la responsabilidad de APM. Agregó que, TRAMARSA no ha enviado ningún medio probatorio sobre lo señalado en su escrito, por lo que no se ha comprobado fehacientemente la veracidad de lo indicado.
3. Con fecha 03 de agosto de 2015, TRAMARSA interpuso recurso de apelación, en virtud de los siguientes argumentos:
- i.- El único argumento de APM para declarar INFUNDADO el reclamo se refiere a que el recargo se aplica cuando el usuario solicita ingresar su carga al Terminal Portuario después del *Cut Off* y, adicionalmente, que la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión señala que es deber de la Sociedad Concesionaria responder por los actos y omisiones del personal a cargo de la operación y de los contratistas que decida contratar.
 - ii.- La demora ocasionada para el ingreso de la carga al Terminal Portuario no sólo se dio por la congestión que había en ese momento en el exterior del Puerto, sino también porque la nave MN Madeleine adelantó su ETB y, así como también debido a las fallas en el sistema web de APM respecto del nuevo proceso del Terminal.
 - iii.- Pese a su solicitud de autorización de embarque, los *booking* fueron aceptados recién con fecha 24 de abril de 2015, ocurriendo que para ese entonces su carga no ingresaría antes del *Cut Off*.
4. El 24 de agosto de 2015, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y su correspondiente absolución al recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1 y añadiendo lo siguiente:



- i.- De acuerdo con lo señalado en el artículo 57° del Reglamento de Operaciones de APM, el Agente Marítimo es el encargado de enviar la información de los contenedores que van a ser embarcados con la finalidad de que APM pueda ingresar dicha información en el sistema SPARCS.
- ii.- Sin embargo, recién el día 23 de abril de 2015 a las 19:00 horas, el señor José Zagazeta, representante de la empresa Agencias Universales Perú S.A. (en adelante, AGUNSA), Agente Marítimo de la nave MN Madeleine, envió un correo electrónico al área de Operaciones de APM con el Container Announcement List (en adelante, CAL) final en el cual se incluyó la información de los 46 contenedores materia de reclamo, ocurriendo que la fecha se encontraba muy próxima al *Cut Off* de los contenedores. Es en razón de ello que TRAMARSA presentó dificultades para que los *booking* de los contenedores figuraran de manera oportuna en el sistema.
- iii.- No obstante, de manera diligente, el día 23 de abril de 2015, a las 22:50 horas, el área de operaciones cargó en el sistema SPARCS N4 la información de las unidades, lo que puede verificarse en el Detalle Operativo de la unidad CLHU2122020, en el campo "Unit Preadvise" que corresponde al momento en que toda la información de la unidad se encontraba cargada en el sistema.
- iv.- Posteriormente, el 24 de abril de 2015, a las 08:38 horas, TRAMARSA realizó el prepago del servicio, lo que generó la solicitud de embarque de los contenedores y, el mismo día a las 17:55 horas se emitió la Autorización de Embarque Directo de las unidades en respuesta a la solicitud del usuario. Por esa razón, señaló la existencia de demoras por parte del Agente Marítimo en el envío de la información, lo que generó que el proceso de habilitación de las unidades en el sistema se realizara de manera próxima al *Cut Off* de las unidades.
- v.- En cuanto a lo alegado por TRAMARSA en referencia a supuestas fallas en el sistema debido a un nuevo proceso del Terminal Portuario, señaló que no existieron errores en el sistema que hayan sido motivo de demora en el ingreso de las unidades al Puerto. Precisó que la comunicación más antigua que presentó el usuario en el presente procedimiento databa del día 23 de abril de 2015, a las 10:17 horas, el mismo día en que vencía el *Cut Off*, por lo que no resulta correcta la afirmación que indicaba que se consultó en la página web con la debida anticipación.
- vi.- Los cambios en la programación del tiempo estimado de arribo dependen directamente del desarrollo de las operaciones y no perjudican a los usuarios, debido a que estos deben contar con la información correctamente ingresada en el sistema de forma anticipada, a fin de que envíen sus unidades en base al ETB final. En ese sentido, el cambio de la programación del arribo no es una condición por la cual TRAMARSA deba solicitar la anulación del cobro del recargo debido a que efectivamente incurrió en el mismo por una descoordinación con su Agente Marítimo, el cual habría enviado la información a APM de manera tardía.



- vii.- Respecto de la congestión en el exterior del Terminal Portuario, la Entidad Prestadora sólo es responsable por los actos y omisiones del personal a cargo de la operación del Terminal Norte Multipropósito y de los subcontratistas que contrate, por lo que los inconvenientes que se hayan suscitado en el exterior de sus instalaciones no son de su competencia.
5. Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), las partes no asistieron a la audiencia de conciliación convocada para el 14 de marzo de 2017. El 15 de marzo de 2017, se realizó la audiencia de vista sin la asistencia de las partes, quedando la causa al voto.
6. Con fecha 20 de marzo de 2017, APM presentó un escrito con sus alegatos finales, en el cual reiteró los argumentos expuestos en su Resolución N° 1 y en su pronunciamiento de fecha 24 de agosto de 2015.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

7. Las cuestiones en discusión son las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de APM.
 - ii.- Determinar, de ser el caso, si corresponde que TRAMARSA pague a APM, la factura emitida por el concepto de "recargo por arribo tardío del contenedor".

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

III.1 EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

8. Ahora bien, como se puede apreciar del artículo 33² del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:
- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura, siempre que estos deriven de la prestación efectiva de servicios brindados por las Entidades Prestadoras.

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

(...)

c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.

(...)

- ii) La calidad en que se brinden dichas prestaciones de servicios.
9. En ese sentido, dado que en el presente caso el reclamo del recargo por Arribo Tardío de contenedores requerirá analizar si el procedimiento previo al arribo de la nave fue realizado de manera idónea y, consecuentemente, si el cobro derivado del servicio de embarque fue correctamente realizado, se evidencia que dichos extremos involucran los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM³, así como el literal b) del artículo 2⁴ del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁵, que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10° del referido Reglamento⁶, 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 APM⁷, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN el plazo que tiene el usuario para la

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

¹ 5.3 Materia de Reclamos
(...)

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

1.5.3.2 La calidad y oportuna prestación de los servicios que brinda APM TERMINALS CALLAO S.A., derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA.

⁴ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:

- Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;
- Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN.
- Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;
- El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.

Asimismo regula el procedimiento de arbitraje, en los casos que corresponda.

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 Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁷ 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.



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 de APM materia de impugnación fue notificada a TRAMARSA el 13 de julio de 2015.
 - ii.- El plazo máximo para que TRAMARSA interponga su recurso de apelación venció el 05 de agosto de 2015.
 - iii.- TRAMARSA presentó su recurso de apelación el 03 de agosto de 2015, dentro del plazo exigido normativamente.
12. De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁸, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro del recargo por el arribo tardío de contenedores a TRAMARSA, con lo que se cumple con lo dispuesto en el artículo 209° de la
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

a) Sobre el cobro por concepto de "recargo por arribo tardío de la carga"

14. Al respecto el cobro por concepto de "Recargo por arribo tardío de la carga" se encuentra detallado en lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁹. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

"Recargo por arribo tardío de la Carga"

El recargo aplica cuando el cliente solicita ingresar su carga al Terminal después del "Cut Off" y este se encuentra dentro de plazo máximo de espera aceptado y confirmado por APM TERMINALS CALLAO S.A. para cada nave.

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".

⁸ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

⁹ 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".

⁹ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/972877962Precios-de-otros-servicios-y-Recargos-V-3-0-.pdf>



Los contenedores secos, carga fraccionada y carga rodante a ser embarcada a una nave con su respectivo booking tendrán un "Cut Off" de 24 horas antes del atraque de la nave. Los contenedores reefer y vacíos tendrán un "Cut Off" de 16 horas. Para la carga a granel sólido y líquido a ser embarcada a una nave con su respectivo booking tendrán un Cut Off de 5 horas antes de la finalización del embarque programado de operaciones."

15. En tal sentido, el "Recargo por arribo tardío de la carga", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, se genera debido a que el usuario, en el marco de la prestación de un servicio de embarque de mercancías solicita ingresar su carga una vez vencido el plazo establecido como *Cut Off* para la misma y este es aceptada por el operador portuario.
16. Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera a modo de compensación, por el incumplimiento de aquellas cláusulas que fueron aceptadas al establecer la relación contractual y que implicaron cambios en lo previamente planificado dentro del marco de las operaciones portuarias y/o la utilización de recursos previstos para la atención del servicio cuya prestación ha sido modificada por el usuario, en este caso, el ingreso de una determinada mercancía que no ha sido ingresada dentro del plazo del *Cut Off* fijado por la Entidad Prestadora.

b) La relación entre la nave (Agente marítimo) y el Terminal Portuario

17. 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.
18. 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 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. (...)"

19. Asimismo, previo al arribo, de conformidad con el artículo 57 del Reglamento de Operaciones de APM, para el caso de naves que transportan contenedores, el agente marítimo debe remitir a la Entidad Prestadora la siguiente información:

- a) Solicitud de número de manifiesto
- b) Solicitud de atraque
- c) Autorización para ingreso de una nave con carga peligrosa



- d) Archivo electrónico de lista de descarga (CDL)
- e) Archivo electrónico BAPLIE (EDI)
- f) **Archivo electrónico de la lista de contenedores a embarcar (CAL)**
- g) Archivo electrónico de proyecciones de carga (MOVINS)
- h) Archivo UN/EDIFACT (BAPLIE)
- i) Información de carga sobre-dimensionada

20. Con relación al archivo electrónico de la lista de contenedores a embarcar (CAL), el mencionado artículo señala que deberá emitirse vía correo electrónico, a la oficina de planeamiento operativo de APM TERMINALS, a fin de iniciar el ingreso de contenedores, y que asimismo, el CAL final se deberá enviar con veinticuatro (24 horas) antes de la fecha y hora del arribo de la nave.
21. Una vez que cuenta con toda la información mencionada, APM procede a efectuar la asignación de amarraderos junto con la lista de arribos de naves, tal como lo establece el artículo 61 del Reglamento de Operaciones antes referido:

*"Artículo 61.- APM TERMINALS es responsable de:
(...)*

61.4.- En beneficio de los usuarios, informar vía correo electrónico o vía website <http://www.apmterminalscallao.com.pe> la asignación de amarraderos (BERTHING) junto con la lista de arribos de naves, así como cualquier variación que afecte la planificación establecida.

Las comunicaciones entre el Terminal Portuario y los usuarios se establecerán vía correo electrónico. (...)"

22. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 57 del Reglamento de Operaciones establece el tiempo límite de ingreso (*Cut Off*) para contenedores llenos con carga seca, los cuales tienen un plazo límite de veinticuatro horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave:

*"Artículo 57.-
(...)*

El tiempo límite de ingreso de contenedores (CUT OFF) es el siguiente:

- *Contenedores llenos con carga seca, tendrán un plazo de ingreso al área de almacenamiento de hasta veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave."*

23. Asimismo, cabe señalar que el artículo 57º del Reglamento de Operaciones de APM, también establece la obligación del usuario de cancelar los costos que implique el que un contenedor sea ingresado fuera del plazo establecido en el *Cut Off*, resultando evidente que la aplicación de este recargo forma parte de las condiciones comerciales que la Entidad Prestadora establece dentro del marco una relación contractual.



24. Siendo así, tal como ya ha sido establecido anteriormente por este Colegiado¹⁰, las reglas del tarifario, los Reglamentos Internos, así como las condiciones comerciales de los servicios y costos derivados de estos, que brindan entidades prestadoras son cláusulas generales de contratación que rigen la relación contractual entre el prestador de los servicios, en este caso APM, y los usuarios o beneficiarios de dichos servicios, en el presente caso, TRAMARSA, siempre que estos últimos manifiesten expresa o tácitamente su voluntad de aceptar o adherirse a dichas condiciones¹¹.
25. En tal sentido, puede afirmarse que los usuarios que contratan con APM quedan sujetos a las condiciones pactadas que puedan devenir de cualquier relación contractual que ambas asuman. Precisamente, una de esas estipulaciones prevé que en caso se requiera el ingreso de un contenedor de manera posterior al plazo del *Cut Off* establecido por la Entidad Prestadora, el usuario deberá cancelar los costos que dicha solicitud implique, en este caso el recargo por arribo tardío de la mercancía.

c) Respeto de las fallas en la web de APM alegadas por TRAMARSA

26. Sobre el particular, cabe recordar que TRAMARSA alegó la existencia fallas en el sistema de APM el día 23 de abril de 2015, consecuencia de lo cual no se habrían registrado los booking para el embarque de sus contenedores en la nave MN Madeleine, señalando que realizó la consulta correspondiente en la web de APM con la debida anticipación. Adicionalmente, adjuntó el correo electrónico del 23 de abril de 2015, mediante el cual le señaló a la Entidad Prestadora que no podría generar proformas para el embarque de la nave debido a que la información correspondiente no se encontraría en el Manifiesto N° 2015-00963.
27. Por su lado, APM alegó que el Agente Marítimo es el encargado de enviar la información de los contenedores que van a ser embarcados con la finalidad de que la Entidad Prestadora pueda ingresar dicha información al sistema SPARCS. En ese sentido, adjuntó el correo de AGUNSA, Agente Marítimo, del día 23 de abril de 2015, mediante el cual envió a APM el CAL final de la nave MN Madeleine, de Manifiesto N° 2015-00963, con la información de los 46 contenedores de TRAMARSA
28. Al respecto, cabe señalar que el artículo 57° del Reglamento de Operaciones de APM¹² señala que el Agente Marítimo es el encargado de enviar la CAL a la Oficina de planeamiento operativo de la Entidad Prestadora a fin de iniciar el ingreso de contenedores.

¹⁰ "Dentro de este contexto, las reglas del tarifario de ENAPU, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1392 del Código Civil, constituyen cláusulas generales de contratación, que de ser aceptadas por el usuario, serán las condiciones contractuales que regirán su relación con la entidad prestadora respecto de los servicios que se brinden. Estas condiciones serán 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" (considerando 31 de la Resolución N° 3 emitida en el Expediente N° 012-2009-TSC-OSITRAN).

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

¹² Reglamento de Operaciones de APM



29. En consecuencia, cabe analizar si el cobro de la factura N° 002-0144923 fue correctamente realizado a razón del recargo por arribo tardío de los contenedores.

d) Respecto del cobro de la Factura N° 002-0144923

30. Como cuestión previa, cabe recordar que TRAMARSA señaló en su reclamo y en el recurso de apelación que en todo caso, si incurrió en arribo tardío, ello se debió, adicionalmente, a las demoras en el ingreso al Terminal Portuario, toda vez que existió congestión en las afueras del puerto. Al respecto, cabe señalar que no se verifica del expediente documentación alguna que acredite que hayan existido dicha congestión y que la misma se haya debido a hechos atribuibles a APM.

31. Asimismo, cabe señalar que la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, señala:

"(...)

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.

"(...)"

[El subrayado es nuestro]

32. De acuerdo al Contrato de Concesión la responsabilidad de APM se limita a responder por los actos u omisiones de su propia operación, teniendo que en el presente caso, la congestión alegada se habría dado en el exterior del recinto portuario.

33. Asimismo, cabe señalar que la congestión al exterior del puerto, no es un hecho atribuible a APM, si no es acreditada con los medios probatorios correspondientes la responsabilidad de APM al respecto; siendo los usuarios responsables de ingresar sus camiones dentro del plazo, con la diligencia y anticipación debidas.

34. TRAMARSA señala también que incurrió en el referido recargo debido a que APM habría realizado el cálculo del ingreso de sus contenedores tomando en cuenta una fecha de arribo distinta a la que se le habría informado, al haberse presentado una modificación del ETB que le habría perjudicado toda vez que se habría adelantado la fecha y hora de arribo, y por consiguiente de *Cut Off*.

Artículo 57°.- Previo al arribo de la nave:

El Agente Marítimo deberá presentar a APM TERMINAL, los siguientes documentos:

(...)

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:

(...)

iv. Archivo electrónico de la Lista de Contenedores a Embarcar (CAL), deberá emitirse vía correo electrónico, a la oficina de planeamiento operativo de APM TERMINALS, a fin de iniciar el ingreso de contenedores. El CAL final se deberá enviar con veinticuatro horas (24 horas) antes de la fecha y hora del arribo de la nave."



35. En efecto, TRAMARSA alegó, que se habría adelantado el ETB de la nave MN Madeleine del 26 de abril de 2015 a las 15:00 horas al 25 de abril de 2015, a las 23:00 horas; no obstante lo cual, no adjuntó medio probatorio alguno que sustente dicha reprogramación.
36. Por su parte, APM señaló tanto en su Resolución N° 1, como en su escrito de absolución del recurso de apelación, que el *Cut Off* de la nave MN Madeleine habría sido establecido para el 24 de abril de 2015 a las 23:00 horas, adjuntando como medio probatorio el documento denominado "*Vessel Inspector for 2015-00963*", en el cual se especificó: "*Dry Cut Off: 24-Dec-15 2300*"¹³.
37. De los escritos presentados por APM se aprecia que la fecha del ETB a la que siempre se refirió corresponde al 25 de abril de 2015 a las 23:00 horas, consignado en el "*Vessel Inspector*" que obra en el expediente¹⁴. En ese sentido, el *Cut Off* correspondía al 24 de abril de 2015 a las 23:00.
38. Al respecto, cabe señalar que de la revisión del expediente se verifica que TRAMARSA no ha presentado ningún correo electrónico u otro medio probatorio que acredite que APM haya comunicado preliminarmente fecha y hora de un ETB distinto al fijado para la nave MN Madeleine, según lo indicado en los referidos "*Vessel Inspector*", así como que dicha variación no hubiese sido comunicada al usuario de manera oportuna de modo que este último hubiera incurrido en un error inducido por la Entidad Prestadora provocando que la apelante ingresara sus contenedores de manera tardía en relación con el *Cut Off*.
39. Con relación a la factura involucrada en el presente caso, cabe recordar que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 196° del Código Procesal Civil (en adelante, CPC), la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos¹⁵. Sin embargo, en el presente caso, TRAMARSA no ha adjuntado medio probatorio alguno que sustente lo alegado en sus escritos en relación a la forma en que la modificación del *Cut Off* fue la razón por la cual ingresó sus contenedores después del mismo, habiéndose comprobado que fue el Agente Marítimo quien envió la lista de contenedores en una fecha y hora muy próxima al *Cut Off*.
40. Cabe señalar, que TRAMARSA no se ha pronunciado respecto del documento denominado "*Vessel Inspector*" presentado por APM, no habiendo desvirtuado la veracidad de la información contenida en él, por lo que dicho documento constituye un medio probatorio que acredita la fecha y hora de ETB y *Cut Off* comunicada por APM al usuario.

¹³ Folio 44.

¹⁴ Folios 44

¹⁵ 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.



41. Por otro lado, TRAMARSA también indicó que otro de los motivos que habrían originado las demoras en el ingreso de los contenedores se debió a supuestas fallas en el sistema de APM. Al respecto, cabe señalar que el usuario no ha acreditado fehacientemente que hayan existido fallas en el sistema de la Entidad Prestadora de manera tal que se habría impedido el ingreso de sus contenedores dentro del plazo de *Cut Off*, incurriendo así en el cobro por arribo tardío.
42. Asimismo, resulta pertinente resaltar que la apelante tampoco ha desvirtuado lo señalado por APM en el extremo referido a que si no se ingresaron los contenedores de TRAMARSA, no fue como consecuencia de fallas en el sistema, sino a que su Agente Marítimo remitió la lista de contenedores final el 23 de abril de 2015 a las 19:00 horas, fecha en la que ya se encontraba vigente el plazo del *Cut Off*.
43. En atención a lo expuesto precedentemente, la factura objeto de reclamo fue correctamente emitida, en la medida que de acuerdo al ETB comunicado de la nave, TRAMARSA envió tardíamente sus contenedores en relación a la fecha y hora límite de *Cut Off*, excediendo así el periodo fijado para el ingreso de su carga al Terminal Portuario, hecho que se confirma de lo consignado en el "Vessel Inspector" que obra en el expediente.
44. En consecuencia, constatándose que las mercancías fueron ingresadas por TRAMARSA después del *Cut Off* establecido, corresponde a APM efectuar el cobro por concepto de recargo por arribo tardío.

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.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/ CL/473-2015, que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por TRABAJOS MARITIMOS S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° 002-0144923, emitida por concepto de recargo por arribo tardío de contenedores.

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".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 133-2015-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

SEGUNDO.- DECLARAR que la presente resolución agota la vía administrativa.

TERCERO.- NOTIFICAR a TRABAJOS MARITIMOS 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**