



EXPEDIENTES N° : 189-2015-TSC-OSITRAN

APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTOS APELADOS : Resolución N° 1 emitida en los expedientes N°
APMTC/CL/0908-2015.

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 04 de mayo de 2016

SUMILLA: *Si no se acredita que el ingreso de los contenedores luego de vencido el Cut Off fue por causas imputables a la Entidad Prestadora, corresponde desestimar el reclamo interpuesto contra el recargo facturado por arribo tardío de contenedores.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en adelante, TRAMARSA o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0908-2015 (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 23 de octubre de 2015, TRAMARSA, interpuso reclamo ante APM solicitando la anulación de la factura N° 002-13608, emitida por el servicio de arribo tardío de contenedores. Al respecto, TRAMARSA señaló lo siguiente:
 - i.- Consideran que no deben cancelar la factura emitida, toda vez que la demora se debió única y exclusivamente a la congestión presentada en las balanzas de APM y no a la falta de información o variación de esta, otorgada por el Agente Marítimo, negligencia, culpa o dolo atribuible a TRAMARSA.
 - ii.- El traslado de los contenedores por parte de TRAMARSA se inició con la debida anticipación para poder cumplir con su entrega en las instalaciones de APM, adjuntando la relación de contenedores con fecha y hora de salida de estos desde el Depósito Temporal, así como la fecha y hora de ingreso a las instalaciones del terminal.
 - iii.- El Contrato de Concesión dispone que la responsabilidad exclusiva de todos los servicios corresponde a APM, por lo que no se puede atribuir la condición de caso fortuito o de fuerza



mayor a la congestión vehicular para el ingreso de los camiones a sus instalaciones, pues la concesionaria debe prever y tomar las medidas necesarias para no perjudicar a los usuarios.

- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 30 de octubre de 2015, APM resolvió el reclamo presentado por TRAMARSA declarándolo infundado, alegando lo siguiente:
 - i.- Los recargos se cobran excepcionalmente a los usuarios del Terminal Portuario de acuerdo con lo dispuesto en las notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos versión 3.0, vigente a la prestación del servicio.
 - ii.- Siendo 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 recargo por Arribo Tardío de la Carga.
 - iii.- Con relación al recargo por el arribo tardío de contenedores emitido en la factura impugnada se realizó el siguiente análisis:
 - Factura N° 002-13608: La nave MADELEINE de Mfto. 2015-01875 tuvo como *Cut Off* para unidades llenas el 26.07.2015 a las 23:00 horas; sin embargo, las 70 unidades indicadas en el Detalle de factura de Almacenamiento ingresaron después de la fecha y hora del *Cut Off*, tal y como indica el movimiento de camiones correspondiente a la Autorizaciones N° 115647, 115392, 115674 y 115580.¹
 - iv.- Con relación al argumento referido a la congestión que ocurrió en el ingreso por balanza, indicó que el administrador portuario solo responde por los actos y omisiones del personal a cargo de la operación del Terminal Portuario; por lo tanto, la responsabilidad de APM únicamente se extiende respecto de los servicios que ofrece en su calidad de administrador portuario, consecuencia de lo cual los inconvenientes suscitados fuera de las instalaciones de APM no forman parte de su ámbito de competencia y/o responsabilidad.
 - v.- Agregó que sobre la supuesta congestión de unidades en su ingreso al Terminal Portuario por la supuesta culpa de las balanzas de APM, no se ha hecho referencia a acciones o conductas directamente realizadas por su personal o el personal subcontratado, por lo que no se puede determinar que APM sea la responsable por la ocurrencia de los perjuicios señalados.
- 3.- Con fecha 17 de noviembre de 2015, TRAMARSA interpuso recursos de apelación contra la Resolución N° 1 expedida por APM, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando además lo siguiente:
 - i.- Reconocieron que todos los contenedores vinculados con la facturación a la que se hace referencia han ingresado fuera del tiempo establecido, concordado con las notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros servicios y recargos.

¹ Folios 55-60 del expediente



- ii.- No obstante, el hecho de estar contemplado en la Lista de Precios, no implica que el cobro se encuentre justificado, pues APM pretendería deslindar su responsabilidad respecto de la congestión vehicular ocurrida en la vía pública indicando que solo sería responsable por los actos y omisiones a cargo de las operaciones del Terminal Portuario y de los subcontratistas de la sociedad concesionaria.
 - iii.- Señaló que APM pretendería deslindar responsabilidad manifestando que las referidas colas de camiones y la congestión vehicular consecuente resultan ajenas al Terminal Portuario, ya que en virtud del contrato de concesión, APM sólo es responsable por las operaciones portuarias y por los actos y omisiones del personal a su cargo.
 - iv.- Manifestó que la congestión e inconvenientes en la entrega de contenedores con destino a su depósito temporal se originan en el interior del recinto portuario y no en el exterior como lo alega APM. Preciso que, si existen congestión y colas en el ingreso y salida del Terminal Portuario, ello se debe a la insatisfacción y acumulación de cargas no atendidas dentro de plazos razonables, lo que resulta consecuencia del bajo nivel de servicio y productividad que vienen originando sobrecostos que no corresponde asumir a TRAMARSA.
 - v.- APM debería realizar un análisis ponderado del promedio de atención de camiones durante los meses de la facturación materia de reclamo, pues ello evidenciaría que se encuentra muy por encima del tiempo de atención exigido por el contrato de concesión.
- 4.- El 02 de diciembre de 2015, 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 TRAMARSA y añadiendo lo siguiente:
- i.- Acerca de las demoras ocurridas debido a los bajos niveles de servicio y productividad, señalaron que de acuerdo al Anexo 3 del Contrato de Concesión, se viene cumpliendo con la prestación trimestral ante OSITRAN sobre los niveles alcanzados en cada período. Asimismo, informaron que la medición es el promedio obtenido por todas las operaciones realizadas en cada período y no por operación individual, por lo que APM ya se encuentra bajo regulación en ese sentido y no corresponde realizar una ponderación del promedio de atención de camiones para este caso en particular.
 - ii.- Resaltaron que el proyecto de modernización del terminal portuario se encuentra aún dentro de las etapas de desarrollo, lo que permitirá descongestionar las filas de camiones, lo que prueba que APM sí busca brindar una mejor atención al usuario.
- 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 26 de abril de 2016. El 27 de abril de 2016 se realizó la audiencia de vista de la causa sin la asistencia de las partes, quedando la causa al voto.



6.- Con fecha 02 de mayo de 2016, APM presentó alegatos finales, reiterando lo alegado en su Resolución N° 1.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1 de APM.
- ii.- Determinar si corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura por concepto de recargo por arribo tardío de contenedores por parte de APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

8.- 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 facturas por concepto de recargo por arribo tardío de contenedores, en la medida que estas habrían sido emitidas debido a una mala prestación en el servicio que brinda APM. Dicha situación se encuentra prevista como supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM² (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM) y en los literales a) y c), del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN³ (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

² 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*

(...)"

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.*

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

(...)"

⁴ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias



- 9.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 10.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 fue notificada a TRAMARSA 30 de octubre de 2015.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 20 de noviembre de 2015.
 - iii.- TRAMARSA apeló con fecha 17 de noviembre de 2016, verificándose que el recurso de apelación fue interpuesto dentro del plazo legal.
- 11.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas, 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 LPAG⁷.
- 12.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁵ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM.

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁶ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

⁷ 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

Sobre el cobro por concepto de "recargo por arribo tardío de la Carga"

- 13.- 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."

- 14.- 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, trunca y destrunca, entre otros).
- 15.- 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.



- 16.- Asimismo, 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."

[El subrayado es nuestro]



- 17.- Por otro lado, el cobro por concepto de "arribo tardío de la Carga" se encuentra detallado en lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁸. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

"Recargo por arribo tardío de la Carga"

El recargo aplicar 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.

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.

- 18.- En tal sentido, el "recargo por arribo tardío", 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.
- 19.- 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.
- 20.- Cabe señalar que el artículo 57 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.
- 21.- Siendo así, tal como ya ha sido establecido anteriormente por este Colegiado⁹, el tarifario, así como los Reglamentos Internos que describen las condiciones comerciales de los servicios que

⁸ <http://www.apmterminalsallao.com.pe/images/reglamentos/972877962Precios-de-otros-servicios-y-Recargos-V-3-0-.pdf>

⁹ "Dentro de este contexto, las reglas del tarifario de ENAPU, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1392 del Código Civil, constituyen cláusulas generales de contratación, que de ser aceptadas por el usuario, serán las condiciones contractuales que regirán su relación con la entidad prestadora respecto de los servicios que se brinden. Estas condiciones serán aquellas que estuvieron vigentes al momento de perfeccionarse el contrato, vale decir al momento de la aceptación. La finalidad de este tipo de mecanismos contractuales es disminuir los costos de transacción para arribar a un contrato" (considerando 31 de la Resolución N° 3 emitida en el Expediente N° 012-2009-TSC-OSITRAN).



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 condiciones²⁰.

- 22.- 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.

Posiciones de las partes en el presente caso

- 23.- En el presente caso, es importante mencionar que TRAMARSA ha señalado en su escrito de apelación que todos los contenedores relacionados con la factura emitida por recargo de arribo tardío ingresaron al Terminal Portuario vencido el plazo del *Cut Off* establecido por la Entidad Prestadora. Sin embargo, la apelante solicita la anulación del cobro del referido recargo, manifestando que si incurrió en el arribo tardío fue por responsabilidad de la Entidad Prestadora debido a una defectuosa prestación de sus servicios que brinda como operador del Terminal Portuario, constituido por:

- La congestión vehicular y grandes colas que se forman en las balanzas durante las operaciones de las naves.
- Los bajos niveles de servicio y productividad durante las operaciones.

- 24.- Respecto al primer extremo, APM afirma que la congestión vehicular es un hecho externo al Terminal Portuario y su responsabilidad solo se extiende a los servicios que ofrece en su calidad de operador del Terminal Portuario. Con relación a los niveles de productividad señala que estos se miden de manera trimestral y no por operación individual.

Obligación de las partes en el proceso de embarque de contenedores

- 25.- Al respecto, con la finalidad de determinar las demoras en el ingreso de los contenedores vencido el plazo del *Cut Off*, por un presunto mal servicio, corresponde analizar las obligaciones que tienen ambas partes dentro del proceso de embarque de contenedores, con la finalidad de determinar si efectivamente APM incurrió en alguna prestación defectuosa que brinda dentro del Terminal Portuario.

²⁰ "Sobre este punto, el contrato por adhesión (que rige la relación entre la entidad prestadora y los usuarios) es un acto jurídico, por lo que según lo prescrito en el artículo 140 del CC, la voluntad manifestada por las partes se constituye en su principal requisito de validez y que, conforme con lo normado en el artículo 141 del CC, puede ser expresa, si se realiza de manera oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico o análogo; o, tácita, cuando se infiere indubitadamente 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)



26.- Actualmente, en virtud del Contrato de Concesión¹¹ suscrito con el Estado Peruano, APM está obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte), y a su vez tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹². Así en las cláusulas 8.1 y 8.2 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

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

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

(...)

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".

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

"DEFINICIONES

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

1.23.26. Concesión

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

(...)

SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

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

"ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO

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

[Subrayado y resaltado agregado]

- 27.- Según lo citado, en virtud del derecho de concesión que le asiste, APM tiene la facultad de explotar el Terminal Norte con la finalidad de brindarle servicios a los usuarios de acuerdo con lo que planifique, observando los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos, asumiendo la responsabilidad por ello.
- 28.- Siendo así, 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.
- 29.- Asimismo, una de las prerrogativas que le otorga el Contrato de Concesión es la de adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del mismo, entre ellas, la de emitir su Reglamento de Operaciones.
- 30.- En ese sentido, el Reglamento de Operaciones sistematiza y regula las diferentes operaciones que se realizan dentro del Terminal Portuario, cuyas disposiciones y regulaciones contenidas en dicho documento no sólo son de cumplimiento de los usuarios sino de la propia Entidad Prestadora, conforme se establece en el artículo 3 de dicho Reglamento de Operaciones:

"Artículo 3º.-ALCANCE:

El Reglamento establece las normas generales para las dependencias del área operativa de APM TERMINALS y rige para las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que tengan acceso al Terminal Portuario o que solicitan los servicios estándar y/o especiales que se prestan en el Terminal Portuario así como también rige para el personal del Terminal Portuario".

Sobre la organización en materia de embarque de contenedores y las obligaciones de APM y el usuario

- 31.- Para el caso de embarque de mercancías (contenedores) se 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.



- 32.- 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, tipo de operación y la información preliminar de embarque y descarga. Para aquellas naves que tengan un tránsito menor a 72 horas se completará la información inmediatamente después del zarpe del puerto de procedencia. En caso de no presentar dicha información, el ingreso de la nave se programará de acuerdo a la disponibilidad de los amarraderos y sujeta al envío de la información solicitada para la planificación de operaciones por parte de APM TERMINALS."

- 33.- Asimismo, como parte de esta interacción de coordinación y planificación de las operaciones previo al arribo de las naves, conforme lo establece el literal d) del artículo 57 del Reglamento de Operaciones para el caso de las naves que transportan contenedores los usuarios tienen la obligación de cumplir con lo siguiente:

"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:

i. *Archivo electrónico de lista de descarga (CDL). Este documento deberá remitirse vía correo electrónico de acuerdo al Formato descrito en el Anexo II del presente Reglamento, a la oficina de planeamiento operativo de APM TERMINALS, incluyendo la información referida a los SADAs y en el caso de establecer como punto de llegada a APM TERMINALS especificar si es SADA Terminal Portuario (APMTC) o SADA Depósito Temporal (código 3014).*

ii. *Archivo electrónico BAPLIE (EDI) con el manifiesto de carga de importación y carga de transbordo de la nave. La carga de transbordo deberá incluir nombre y número de viaje de la siguiente nave a embarcar, al igual que el siguiente puerto de descarga.*

(...)

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.*

(...)"

- 34.- 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.

- 35.- Luego de ello, de acuerdo con el referido artículo 57 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*), como se aprecia a continuación:

"Artículo 57.-

(...)

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

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.*
- *Contenedores con carga refrigerada y vacíos, tendrá un plazo de ingreso al área de almacenamiento, de hasta dieciséis (16) horas antes del inicio de operaciones de la nave.*

- 36.- Asimismo, se describe claramente el trámite a seguir cuando el usuario desee ingresar los contenedores de manera posterior al plazo fijado en el *Cut Off*, fijando, además, la obligación que tendría el usuario solicitante de asumir los costos respectivos por el arribo tardío de contenedores:

- *Se deberá informar vía correo electrónico al área de Planeamiento de APM TERMINALS, sobre aquel contenedor que se requiera ingresar de manera posterior y fuera de los plazos estipulados en los literales precedentes. De ser el caso, el área de Planeamiento de APM TERMINALS procederá a autorizar, el ingreso extemporáneo de aquel, siempre y cuando los contenedores se encuentren en el CAL de embarque enviado por la línea naviera, el ingreso de esta carga no garantiza su embarque. De autorizarse su ingreso, el representante la carga (Agente Marítimo, Almacenes Aduaneros, u otro) deberá solicitar y cancelar los costos por arribo tardío de contenedores (LAR), de acuerdo con el Tarifario vigente de APM TERMINALS.*

[El subrayado es nuestro]



- 37.- De lo expuesto, resulta evidente que el Reglamento de Operaciones detalla claramente el procedimiento a seguir, así como las obligaciones a cumplir, tanto de la Entidad Prestadora y los usuarios en lo concerniente a todos los pormenores que implica el procedimiento de embarque de contenedores en general.

Sobre la demora en el embarque de los contenedores de TRAMARSA

- 38.- En principio, es importante mencionar que el artículo 1148 del Código Civil establece que el deudor de una obligación de hacer no solo debe ejecutarla, sino también cumplir con el plazo y modo pactados o exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.
- 39.- Con relación al presente caso, APM tiene como obligación brindar el servicio estándar a la carga para su embarque o para su descarga, el cual incluye la organización, planificación y cumplimiento de las disposiciones relacionadas con los procedimientos que regulan las operaciones portuarias, a fin de asegurar que éstas se brinden dentro de los estándares de calidad exigidos en el Contrato de Concesión. Por su parte, la obligación de TRAMARSA, además de pagar por el referido servicio, es cumplir con las disposiciones señaladas por la Entidad Prestadora relacionadas con dichas operaciones portuarias.
- 40.- Sobre el particular, conforme lo señalado en el párrafo 23 de la presente resolución, TRAMARSA ha reconocido que ingresó su mercancía vencido el plazo del *Cut Off* fijado por la Entidad Prestadora, hecho que evidencia que la apelante tuvo conocimiento oportuno de las disposiciones dadas por la Entidad Prestadora, respecto al plazo máximo que tenía para ingresar sus contenedores al Terminal Portuario.
- 41.- Al respecto, TRAMARSA señaló que incurrió en el cobro del recargo por arribo tardío debido a la congestión vehicular que se habría generado al ingreso y en su paso por las balanzas del Terminal Portuario, así como debido a la baja productividad en los niveles de servicio de APM.
- 42.- Con relación al argumento referido a que la congestión de los vehículos en las balanzas y el tráfico fuera del Terminal Portuario se habrían debido a una falta de planificación en las operaciones portuarias por parte de APM, el usuario adjuntó diversas fotografías las cuales muestran varias filas de camiones; sin embargo, esto no acredita que la congestión vehicular haya ocurrido en el ingreso a las referidas balanzas o que las demoras hayan sido consecuencia de algún hecho relacionado con las operaciones portuarias o que no se haya cumplido con la planificación programada por APM.
- 43.- Asimismo, también señaló que hubo inconvenientes en la entrega de los contenedores con destino a su depósito temporal, situación que se originó al interior del recinto portuario; sin embargo, no se ha verificado en el expediente documentación alguna que acredite dicha alegación.
- 44.- Sobre los argumentos expuestos en los párrafos precedentes, correspondía al usuario -en este caso TRAMARSA- acreditar cuales fueron aquellas operaciones que no se cumplieron conforme



a lo previamente planificado y que habrían generado la demora en el ingreso y despacho de su carga.

- 45.- Al respecto, TRAMARSA presentó un correo electrónico en el que informa sobre la congestión presentada para ingresar al Terminal Portuario, así como las demoras en la recepción de embarque y despachos de descarga.
- 46.- Sin embargo, este documento no acredita que la demora en el ingreso de los contenedores de TRAMARSA se haya debido a problemas relacionados con las operaciones portuarias o a algún incumplimiento a la planificación previamente acordada con la apelante respecto de su carga ni que los problemas o posibles incidencias que se podrían haber presentado en algunas de las balanzas de APM, hayan constituido un hecho determinante para que TRAMARSA pudiera ingresar a tiempo sus contenedores.
- 47.- En atención a lo expuesto, este Tribunal considera que era TRAMARSA, empresa cuyo giro de negocio consiste en brindar servicios logísticos relacionados con operaciones marítimas y portuarias¹³, es quien se encontraba en mejor posición para programar el envío de sus contenedores de manera anticipada al vencimiento del *Cut Off*, pues está en su poder de decisión enviarlos con anterioridad a su fecha límite para el ingreso de los contenedores o el enviarlos el mismo día de su vencimiento.
- 48.- Por otro lado, con relación a los niveles de servicio y productividad, es pertinente precisar que el Anexo 3 del Contrato de Concesión establece que la Entidad Prestadora deberá atender a los camiones de los usuarios en un promedio de 30 minutos¹⁴ bajo una medición a realizarse en todo un trimestre y conforme al tonelaje atendido de cada carga.
- 49.- Asimismo, cabe señalar que de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión¹⁵, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización es la encargada

¹³ <http://www1.tramarsa.com.pe/es-PE/nosotros/>

¹⁴ **Contrato de Concesión**

Niveles de Servicio y Productividad

(...)

El cumplimiento de los indicadores que se establecen a continuación se verificará en base al promedio trimestral o por operación, según sea el caso.

(...)

Niveles de Servicio y Productividad para cualquier tipo de carga

tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercadería. Una vez que el cliente haya realizado el pago de los derechos aduaneros que correspondan y obtenga la autorización del terminal, el tiempo posterior a este proceso no deberá ser mayor a treinta (30) minutos en promedio computados desde que el Usuario ingresa su unidad al Terminal hasta que salga de la misma. Los treinta (30) minutos se computarán desde el ingreso de cada unidad

(...)

Nivel de Servicio y Productividad para carga fraccionada: 100 toneladas/hora en promedio trimestral."

¹⁵ **Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones

(...)



de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes).

- 50.- En ese sentido, si de las mediciones realizadas por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, respecto de los niveles de servicio y productividad a los que está obligada contractualmente, se advierte algún incumplimiento por parte de APM, corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente¹⁶.
- 51.- Finalmente, en la medida que TRAMARSA no ha acreditado que el ingreso de sus contenedores luego de vencido el *Cut Off* haya sido consecuencia de un mal servicio brindado por APM en las operaciones previamente programadas y planificadas, APM se encontraba facultada a realizar el cobro por concepto de recargo por arribo tardío de la Carga, en el extremo correspondiente al expediente 189-2015-TSC-OSITRAN.

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

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° 08.- 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 transporte de uso público.

as actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

(...)

e) *Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidos contractualmente para la infraestructura de transporte.*

¹⁶ **Reglamento de Infracciones y Sanciones**

"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.

¹⁷ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa.

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

**SE RESUELVE:**

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/908-2015, que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por **TRABAJOS MARITIMOS S.A.** contra **APM TERMINALS CALLAO S.A.**, respecto de la factura N° 002-13608 emitida por concepto de arribo tardío de la Carga; quedando así agotada la vía administrativa.

SEGUNDO- NOTIFICAR a **TRABAJOS MARITIMOS 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 Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN