



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 02, 11, 29, 35, 43, 47 y 49-2016-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

EXPEDIENTES N° : 02, 11, 29, 35, 43, 47 y 49-2016-TSC-OSITRAN

APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTOS APELADOS : Resoluciones N° 1 emitidas en los expedientes N° APMTC/CL/0924-2015, APMTC/CL/922-2015, APMTC/CL/1120-2015, APMTC/CL/1225-2015, APMTC/CL/1194-2015, APMTC/CL/1252-2015 y APMTC/CL/1251-2015.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 31 de marzo 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 pago del recargo por arribo tardío de contenedores.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en adelante, TRAMARSA o la apelante) contra las Resoluciones N° 1 emitidas en los expedientes N° APMTC/CL/0924-2015, APMTC/CL/922-2015, APMTC/CL/1120-2015, APMTC/CL/1225-2015, APMTC/CL/1194-2015, APMTC/CL/1252-2015 y APMTC/CL/1251-2015 (en lo sucesivo, las Resoluciones N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora) y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

1.- Con fecha 27 octubre y 01, 16, 29 y 31 de diciembre de 2015, TRAMARSA, interpuso reclamos ante APM solicitando la anulación de diversas facturas, emitidas por el servicio de uso de área operativa para contenedores, las cuales se detallan en el siguiente cuadro:

N° EXPEDIENTE	N° FACTURA	CONCEPTO	NAVE
02-2016-TSC-OSITRAN	002-28661	Recargo por Arribo Tardío de Contenedores	MCS YOKOHAMA
11-2016-TSC-OSITRAN	002-22556	Recargo por Arribo Tardío de Contenedores	CNP PAITA
29-2016-TSC-OSITRAN	002-24388	Recargo por Arribo Tardío de Contenedores	MSC LORENA
35-2016-TSC-OSITRAN	002-51775	Recargo por Arribo Tardío de Contenedores	MSC CAROLE
43-2016-TSC-OSITRAN	002-47147	Recargo por Arribo Tardío de Contenedores	CNP ILO
47-2016-TSC-OSITRAN	002-43413	Recargo por Arribo Tardío de Contenedores	CNP PAITA
49-2016-TSC-OSITRAN	002-40589	Recargo por Arribo Tardío de Contenedores	MSC LORENA

Al respecto, TRAMARSA señaló lo siguiente:

- i.- La demora en el ingreso de sus contenedores al patio del Terminal, se debió única y exclusivamente a la congestión presentada en las balanzas de APM, durante toda la operación las naves y no a la falta de información o variación de la misma por el Agente Marítimo, respecto al arribo de la nave, negligencia o dolo atribuible a TRAMARSA.
 - ii.- El traslado de los contenedores se inició con la debida anticipación para poder cumplir con su entrega en las instalaciones de APM.
 - iii.- APM no puede atribuir la calidad de caso fortuito o fuerza mayor a la congestión vehicular ocurrida durante el ingreso de los camiones a sus instalaciones, toda vez que es un hecho que puede preverse para poder adoptar las medidas necesarias a fin de no perjudicar al usuario y ejecutar la planificación realizada de antemano dentro del Terminal Portuario.
 - iv.- En ese sentido, queda claro que al ser APM el único responsable respecto de todas las operaciones que se desarrollan en el Terminal Portuario, debe de llevar a cabo las operaciones según el planeamiento y la información enviada a los usuarios.
 - v.- Asimismo, en lo que respecta a los expedientes 43-2016 y 49-2016, APM le indicó mediante correo electrónico que no podía habilitar más balanzas debido a una congestión interna dentro del Terminal Portuario, la cual perjudicó las operaciones de embarque.
- 2.- Mediante las Resoluciones N° 1 notificadas con fechas 19 de noviembre de 2015, 16 de diciembre de 2015, y 7 y 20 de enero de 2016, APM resolvió los reclamos presentados por TRAMARSA declarándolos infundados con respecto a los expedientes N° 02, 11, 29, 35, 47 y 49-2016-TSC-OSITRAN y fundado en parte en lo referido al expediente N° 43-2016-TSC-OSITRAN, 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 3.2, 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 emitidas en las facturas impugnadas se realizó el siguiente análisis:
 - Factura N° 002-28661, la nave MSC Yokohama de Mfto. 2015-02432, se fijó como Cut Off para unidades llenas el 18.09.15 a las 15:00 hrs; sin embargo, las 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 Autorización N° 123345.

- Factura N° 002-22556, la nave CNP Paita de Mfto. 2015-02206, se fijó como Cut Off para unidades vacías el 27.08.15 a las 15:00 hrs; sin embargo, las 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 autorización N° 120149.
- Factura N° 002-24388, la nave MSC Lorena de manifiesto. 2015-02266, se fijó como Cut Off para unidades llenas el 02.09.15 a las 23:00 hrs; sin embargo las 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 las autorizaciones N° 121088 y 121065.
- Factura N° 002-51775, la nave MSC Carole de Mfto. 2015-03424, se fijó como Cut Off para unidades llenas el 21.11.2015 a las 03:00 hrs; sin embargo, las 45 unidades indicadas en el Detalle de factura de Almacenamiento 45 ingresaron después de la fecha y hora del Cut Off, tal y como indica el movimiento de camiones correspondiente a las Autorizaciones N° 145761, 145675, 145786, 145760, 145763, 145817 y 145762.
- Factura N° 002-47147, la nave CNP Ilo de Mfto. 2015-03227, se fijó como Cut Off para unidades vacías el 02.12.15 a las 07:00 hrs, pero de acuerdo con una comunicación electrónica emitida por su personal de operaciones se amplió el plazo hasta las 23:00 horas del mismo 02-12.2015; sin embargo, de las 94 unidades indicadas en el Detalle de factura de Almacenamiento 22 ingresaron después de la fecha y hora del Cut Off, tal y como indica el movimiento de camiones correspondiente a las autorizaciones N° 141146 y 141336.

En ese sentido, se declaró fundado en parte el reclamo realizado por TRAMARSA en el extremo de anular la factura N° 002-47147 mediante nota de crédito, indicando que se deberá emitir una nueva únicamente por los 22 contenedores que ingresaron posterior al cut off.

- Factura N° 002-43413, la nave CNP Paita de Mfto. 2015-02994, se fijó como Cut Off para unidades secas el 12.11.15 a las 07:00 hrs; sin embargo, las 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 las Autorizaciones N° 136199 y 135968.
- Factura N° 002-40589, la nave MSC Lorena de Mfto. 2015-02903, se fijó como Cut Off para unidades secas el 05.11.15 a las 23:00 hrs; sin embargo, las 17 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 las Autorizaciones N° 134324 y 134325.

- iv.- Con relación al argumentó referido a la congestión que ocurrió en el ingreso al Terminal, indicó que el administrador portuario solo responde por los actos y omisiones del personal a cargo de la operación del Terminal Portuario, consecuencia de lo cual la responsabilidad de APM únicamente se extiende respecto de los servicios que ofrece en su calidad de administrador portuario, por lo que 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 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 fechas 4 de diciembre de 2015 y 7, 19, 25 y 27 de enero de 2016, TRAMARSA interpuso recursos de apelación contra las Resoluciones N° 1 expedidas por APM, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando además lo siguiente:
- i.- No se cuestiona la legitimidad de APM para realizar el cobro por el "Late Arrival". En efecto, los instrumentos legales aplicables facultan al administrador portuario a cobrar dicho concepto, toda vez que APM se encuentra facultado a cobrar recargos generales por servicios prestados a la nave y servicios prestados a la carga.
- ii.- No obstante, si bien las normas son objetivas, y por tanto la administración tendría la potestad de efectuar el mencionado cobro, no menos cierto es que la administración está obligada, en virtud de sus facultades discrecionales, a aplicar la legislación con criterio y razonabilidad, tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional es más de una oportunidad. En ese sentido, APM, en virtud de la discrecionalidad administrativa debe considerar las condiciones de hecho que dan origen al acto.
- iii.- Siendo así, la aplicación por concepto de arribo tardío resulta poco razonable cuando es fácil corroborar el ingreso tardío fuera del término del Cut Off se origina por causas no imputables al usuario, sino única y exclusivamente al Terminal Portuario.
- iv.- Ahora bien, reconocen que todos y cada uno de los contenedores vinculados con la facturación materia de reclamo ingresaron fuera del tiempo establecido, concordado con las notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros servicios y recargos.
- v.- 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 e indica que solo sería responsable por los actos y omisiones a cargo de las operaciones del Terminal Portuario y de los subcontratistas que la sociedad concesionaria.
- vi.- Indicó que el ingreso tardío de los contenedores se debe a la existencia de colas fuera del recinto portuario, respecto de lo cual, en más de una oportunidad APM ha pretendido eludir

su responsabilidad manifestando las colas de camiones y la congestión 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.

- vii.- 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. En efecto, si existe congestión y grandes 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, los cuales son consecuencia del bajo nivel de servicio y productividad que viene originando sobrecostos que no corresponde asumir a TRAMARSA.
 - viii.- 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.
 - ix.- Respecto de la factura N° 002-47147, señaló que a través del correo electrónico enviado por la señora Benazir Benavente Rosales (*Data Quality Supervisor de APMT*) se le indicó que la congestión presentada por el ingreso tardío de contenedores se debió a causas atribuible al Terminal, pues inclusive se le señaló que no aplicaría "LAR debido a la congestión presentada".
 - x.- Con relación a la factura N° 002-2256, no resulta cierto lo señalado por APM en la resolución apelada, referido a que el término del Cut Off fuese el 27 de agosto del 2015 a las 15:00 horas, pues de conformidad con la programación de Naves emitida por el propio APM fue el 28 de agosto de 2015 a las 07:15 horas. Por tanto, no es correcta la facturación emitida, en la medida que se ha computado como término del Cut Off una fecha inexacta
- 4.- Con fechas 29 de diciembre de 2015, 25 de enero de 2016 y 9, 12 y 15 de febrero de 2016, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), los expedientes administrativos con sus respectivas absoluciones a los recursos de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en las Resoluciones que declararon infundados y fundado en parte los reclamos de TRAMARSA, añadiendo lo siguiente:
- i.- TRAMARSA indicó en su reclamo que las demoras se debían a la congestión en el ingreso de contenedores; sin embargo, en su recurso de apelación indicó que las demoras eran atribuibles a los bajos niveles de servicio y productividad que se originan al interior del recinto.
 - ii.- Al respecto, conforme al Anexo 3 del Contrato de Concesión firmando entre APM y el Estado Peruano, se viene cumpliendo los niveles de servicio y productividad en relación a los casos materia de reclamo, por lo que APM viene cumpliendo con presentar trimestralmente ante OSITRAN información sobre los niveles alcanzados en cada periodo.

- iii.- Agregó que la medición es el promedio obtenido entre las operaciones realizadas en cada periodo y no por operación individual, por lo que en el caso de que se incumpliera con los niveles señalados se pagarían las multas que correspondan. En ese sentido, APM ya se encuentra regulada y no corresponde que se haga una ponderación del promedio de atención de camiones para estos casos en particular, puesto que la medición y los resultados ya son brindados a la entidad que corresponde, este es, OSITRAN.
- iv.- Por otro lado, si bien TRAMARSA alega demoras al interior del Terminal Portuario, no ha presentado medio probatorio alguno que demuestre su nuevo argumento, pues como se indicó, este no fue el argumento principal utilizado en sus escritos de reclamo. Asimismo, tampoco ha fundamentado correctamente cuáles fueron los hechos que habrían generado las demoras en el interior del puerto.
- v.- En cuanto a los hechos alegados relacionados con el cobro de la factura N° 002-43413, en referencia al envío de correos electrónicos que acreditarían que la demora en el ingreso de sus contenedores reefers se debió a la falta de tomas en la balanza, indicó que dicha alegación carece de fundamento, en la medida que no se mencionan a los contenedores que son materia de reclamo; esto es, los contenedores GESU560290 y SEGU9009440.

De la factura N° 002-22556

- vi.- Respecto de la factura N° 002-22556, TRAMARSA trata de acreditar que el Cut Off de la nave se fijó para el 27 de agosto de 2015 a las 15:00 horas, sino para el 28 de agosto de 2015 a las 07:15 horas, por medio de la programación de amarraderos de la mañana del 28 de agosto y de los días 29 y 30 del mismo mes.

Al respecto, señaló que la nave CNP PAITA realizó su atraque el 28 de agosto de 2015 a las 23:15 horas, por lo que en la programación de la mañana de ese día se mostró un ETB muy cercano a la hora en la que realmente atracó la nave y ya en la programación del 30 de agosto de 2015, se mostró como ETB, la fecha y hora en la que realmente llegó al Terminal Portuario, esto es el 28 de agosto de 2015 a las 23:15, fecha y hora que constituyó la fecha real de atraque de la nave.

Precisó que el ETB es un término cuyo significado es "*Estimate Time Arrival*", referido al tiempo estimado de arribo de la nave, el cual resulta referencial pues la estimación de la fecha y hora de llegada de la nave puede variar. Por tal motivo, existe un ETB final tomado como punto de partida para estimar el Cut Off de las unidades, el cual es enviado por el área de operaciones de APM a los involucrados en la operación con anticipación a la llegada de la nave a fin de que el usuario pueda realizar con tiempo la planificación de sus recursos y tenga claro los plazos límites para el envío de sus contenedores.

En ese sentido, TRAMARSA tenía claro que el Cut Off para carga refrigerada (y vacía) estaba fijado hasta el 27 de agosto de 2015 a las 15:00 horas, como se puede verificar en la información del documento denominado "dealine", enviada por el área de tráfico de TRAMARSA. En ese sentido, la apelante no podría señalar que el Cut Off correcto fue fijado

para el 28 de agosto de 2015 a las 07:15 horas, pues para ello se estaría basando en el ETB mostrado en la programación de amarraderos publicado el 30 de agosto de 2015, consecuencia de lo cual resulta imposible que se pueda calcular el Cut Off de contenedores vacíos en base a una fecha posterior (30 de agosto de 2015) a la que efectivamente la nave ya había atracado, es decir el 28 de agosto de 2015.

Finalmente, TRAMARSA trata de calcular el Cut Off en base a información que se tuvo de manera posterior al atraque de la nave, con lo cual sería imposible que la reclamante realice la planificación de sus recursos.

5.- Mediante Resolución N° 1 del 26 de febrero de 2016, el TSC resolvió acumular los expedientes N° 02, 11, 29, 35, 43, 47 Y 49-2016-TSC-OSITRAN.

6.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e) la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 17 marzo de 2016 con la asistencia de TRAMARSA. Por su parte, el 18 de marzo de 2016 se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de APM, quedando la causa al voto.

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 las Resoluciones N° 1 de APM.
- ii.- Determinar si corresponde dejar sin efecto el cobro de las facturas 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 APM¹ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de

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.*

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

APM) y en los literales a) y c), 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.

- 9.- 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.
- 10.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- Las Resolución N° 1 fueron notificadas a TRAMARSA con fechas 19 de noviembre de 2015, 16 de diciembre de 2015, 7 y 20 de enero de 2016.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer sus recursos de apelación venció el 14 de diciembre de 2015, 7 y 28 de enero de 2016 y 10 de febrero de 2016.

(...)"

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*

(...)"

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".

- iii.- TRAMARSA apeló con fechas 4 de diciembre de 2015 y 7, 19, 25 y 27 de enero de 2016, verificándose que los recursos de apelación fueron interpuestos 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 LPAG⁶.
- 12.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

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

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".

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, trinca y destrinca, 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"⁷. 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

⁷ <http://www.apmterminalscaallao.com.pe/images/reglamentos/g72877962Precios-de-otros-servicios-y-Recargos-V-3-0-.pdf>

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 Colegiado⁸, el tarifario, así como los Reglamentos Internos que describen las condiciones comerciales de los servicios 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 condiciones⁹.
- 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.- Ahora bien, en el presente caso es importante mencionar que con excepción del expediente 11-2016-TSC-OSITRAN, TRAMARSA ha reconocido que todos los contenedores relacionados con los facturas emitidas por recargo de arribo tardío, efectivamente ingresaron al Terminal Portuario vencido el plazo del Cut Off establecido por la Entidad Prestadora, consecuentemente, no existe controversia al respecto. 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.

⁸ "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).

⁹ "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).

- 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 el usuario incurrió en alguna prestación defectuosa que brinda dentro del Terminal Portuario.

26.- Actualmente, en virtud del Contrato de Concesión¹⁰ 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)¹¹. 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 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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".

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".

"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 la 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

Expedientes N° 02, 29, 35, 43, 47 y 49-2016-TSC-OSITRAN

- 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 26 de la presente resolución, TRAMARSA ha reconocido que efectivamente 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 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, no se ha verificado en el expediente documentación alguna que acredite que la congestión vehicular en el ingreso a las referidas balanzas efectivamente se haya debido a un hecho relacionado con las operaciones portuarias o que este se haya debido a que no se cumplió con la planificación programada por APM.

- 43.- Sobre este argumento 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 de su carga.
- 44.- Al respecto, TRAMARSA presentó sendos correos electrónicos en los cuales informa sobre la congestión presentada en el Terminal Portuario, así como sobre la falta de sistema en alguna de las balanzas o su solicitud de apertura de más balanzas para el ingreso de vehículos al recinto portuario.
- 45.- Sin embargo, estos documentos no acreditan 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.
- 46.- 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 portuarias¹², 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 mismo día de su vencimiento.
- 47.- 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 minutos¹³ bajo una medición a realizarse en todo un trimestre y conforme al tonelaje atendido de cada carga.
- 48.- Asimismo, cabe señalar que de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión¹⁴, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización es la

¹² <http://www1.tramarsa.com.pe/es-PE/nosotros/>

¹³ 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 tonaldas/hora en promedio trimestral.**

¹⁴ Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

encargada 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).

- 49.- 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 correspondiente³⁵.
- 50.- Consecuentemente, 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 a los expedientes N° 02, 29, 35, 43, 47 y 49-2016-TSC-OSITRAN.
- 51.- Sin perjuicio de lo expuesto, se debe recalcar que en el expediente N° 43-2016-TSC-OSITRAN, se verificó que a través de la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/1194-2015, APM reconoció que la factura N° 002-47147 emitida por el arribo tardío de 94 debía de anularse y emitirse una nueva por el arribo tardío de 22 contenedores.

Expediente N° 11-2016-TSC-OSITRAN

- 52.- En el presente expediente, TRAMARSA señaló inicialmente que incurrió en el cobro del recargo por causas atribuibles a APM, pero en el recurso de apelación precisó que sí cumplió con ingresar la carga dentro del plazo establecido del Cut Off, debido a que fecha máxima establecida por APM no era la correcta, al haber computado una fecha distinta a la fecha que arribó la nave al puerto.

"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° 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.".

³⁵ 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".

establecida por APM no era la correcta, al haber computado una fecha distinta a la fecha que arribó la nave al puerto.

- 53.- Al respecto, APM señaló que el Cut Off fijado para unidades vacías relacionadas con la nave CNP Paita vencía el 27 de agosto de 2015 a las 15:00 horas; sin embargo, como se ha señalado TRAMARSA indicó que esta fecha era incorrecta, pues de acuerdo con la programación de la Nave emitida por la propia APM, el término del Cut Off habría vencido el 28 de agosto a las 07:15 horas.
- 54.- Sobre el particular, de los documentos que obran en el expediente N° 11-2016-TSC-OSITRAN, el propio TRAMARSA adjuntó el documento denominado DEAD LINE, en el cual se puede verificar lo siguiente.

**DEAD LINE**

000006

Vessel	:	CNP PAITA
Servicio	:	MSW – NEW MEDSAP
E.T.A. Callao	:	28/08/15 06:00 Hrs.
E.T.B. DPW	:	28/08/15 07:00 Hrs.
➤ Cut Off Dry Cargoes : 27/08/15 07:00 Hrs.		
➤ Cut Off Refrigerated Cargoes : <u>27/08/15 15:00 Hrs.</u>		

- 55.- Tal y como se ha desarrollado en los considerandos 31 al 37 de la presente resolución, como operador portuario, APM tiene la obligación de programar sus operaciones conforme a lo solicitado por el usuario y en base a la información que este le envía, relacionada con la nave y carga a atender. Por otro lado, el usuario, en este caso, TRAMARSA tiene como obligación cumplir las disposiciones señaladas por la Entidad Prestadora relacionadas con el servicio requerido.
- 56.- Como se desprende del documento denominado DEAD LINE, TRAMARSA tenía pleno conocimiento de que el Cut Off se había fijado con fecha y hora máxima el 27 de agosto de 2015, por lo que la apelante se encontraba en la obligación de cumplir con la disposición dada por la Entidad Prestadora.
- 57.- Ahora bien, TRAMARSA alegó que la información válida para el usuario, respecto al término del Cut Off es aquella reflejada en la programación de amarraderos de Naves. Sin embargo, lo señalado por la apelante no guarda relación con las disposiciones que establece el Reglamento

de Operaciones de APM en lo referido al procedimiento de embarque de contenedores, en la medida que es el operador portuario quien programa las operaciones portuarias, lo que es coordinado con los usuarios de manera previa al arribo de cualquier nave al Terminal Portuario.

- 58.- En efecto, si APM efectúa las programaciones conforme a lo informado por los usuarios, a fin de coordinar la asignación de los recursos necesarios a fin de que la atención programada se desarrolle de manera idónea y en cumplimiento de los estándares de calidad.
- 59.- En ese sentido, el Reglamento de Operaciones no evidencia disposición alguna que establezca que el Cut Off se deba fijar según lo señalado en la programación de naves que APM publica en su página web, pues este se fija de acuerdo con las coordinaciones efectuadas entre el usuario y la Entidad Prestadora.
- 60.- Por otro lado, tal y como se ha señalado en el considerando 33 de la presente resolución, de acuerdo con el artículo 57 del Reglamento de Operaciones, para el caso de contenedores vacíos, el Cut Off es fijado por la Entidad Prestadora teniendo en consideración la fecha de inicio de las operaciones de una nave.
- 61.- Ahora bien, como lo ha señalado APM, TRAMARSA presentó un programa de naves de fecha 30 de agosto de 2015, el cual constituye un documento emitido posteriormente al arribo de la nave CNP Paita, en el cual se verifica la fecha que efectivamente arribó la referida nave, no obstante, dicho documento no significa que esta información era la que APM efectivamente contaba de previamente al ingreso de dicha nave la cual determinó que el Cut Off se fijara para el 27 de agosto de 2015 a las 15:00 horas, fecha en la que la apelante tenía como obligación para ingresar sus contenedores al Terminal Portuario.
- 62.- Como ya se ha señalado resulta razonable que APM asigne los amarraderos teniendo en cuenta la hora aproximada de arribo de la nave-ETA y la hora aproximada de ingreso a muelle –ETB, caso contrario la Entidad Prestadora no podría planificar los recursos a utilizar con la anticipación debida, considerando la cantidad de operaciones y atención de naves que se efectúan diariamente dentro del Terminal Portuario.
- 63.- En consecuencia, al haberse acreditado que la demora en el ingreso de los contenedores de TRAMARSA de manera posterior al Cut Off fijado por APM, este último se encuentra facultado para realizar el cobro por el concepto de recargo por arribo tardío de la Carga, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación presentado por la apelante, en el extremo correspondiente al expediente N° 11-2016-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 OSITRAN¹⁶;

¹⁶ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR las Resoluciones N° 1 emitidas en los expedientes N° APMTC/CL/0924-2015, APMTC/CL/922-2015, APMTC/CL/1120-2015, APMTC/CL/1225-2015, APMTC/CL/1252-2015 y APMTC/CL/1251-2015, que declararon INFUNDADOS los reclamos presentados por TRABAJOS MARITIMOS S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de las facturas N° 002-28661, 002-22556, 002-24388, 002-51775 y 002-40589 emitidas por concepto de arribo tardío de la Carga.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/1194-2015, que declaró FUNDADO EN PARTE el reclamo presentado por TRABAJOS MARITIMOS S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A, respecto de la factura N° 002-47147, emitida por concepto de arribo tardío de la Carga, quedando así agotada 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

*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”.