



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE
inversión en infraestructura DIRECCIÓN
Transp. EXPEDIENTE N° 17-2014-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

EXPEDIENTE : 17-2014-TSC-OSITRAN
APELANTE : TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMT/CS/1141-2013

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 5 de junio de 2015

SUMILLA: *En caso se acredite que los contenedores de propiedad de los usuarios no son ingresados dentro de los plazos establecidos en el cut off fijado por la Entidad Prestadora, la aplicación del recargo por arribo tardío resultará justificada.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. (en adelante, TPP o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMT/CS/1141-2013 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora) y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 20 de noviembre de 2013, TPP interpuso reclamo ante APM, solicitando que se anulen las siguientes 2 facturas: N° 002-0048946 y 002-0048887, emitidas por la suma de US\$ 94,40 (noventa y cuatro con 40/100 dólares de los Estados Unidos de América) y US\$ 4 248,00 (cuatro mil doscientos cuarenta y ocho con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), respectivamente, por el concepto de recargo por "Arribo Tardío de Contenedores" y la devolución del importe ya cancelado por dicho concepto.

Al respecto, TPP señaló lo siguiente:

- i.- Los 46 contenedores que han generado la emisión de las referidas facturas, estaban destinados a ser embarcados en la nave DA HE 194W, sin embargo, éstos no pudieron ser ingresados a las instalaciones del Terminal Portuario, y por ende, dentro del tiempo establecido antes del cut off, debido a que dichos contenedores no habían sido ingresados al sistema de APM.
- ii.- Mediante comunicación de fecha 15 de agosto de 2013, se puso en conocimiento del personal de APM que no podían generar autorizaciones de ingreso debido a que los contenedores figuraban como "IMPORT DEPARTED". Asimismo, solicitaron la actualización del CAL de embarque señalando las fallas en el sistema de la Entidad Prestadora, informando, además, que

siendo las 01:54 horas del día 16 de agosto de 2013, no se había logrado ingresar los mencionados 46 contenedores ya que las reservas seguían sin figurar en el sistema de APM, originando que se perdieran 3 jornadas del stacking.

- iii.- La autorización para el embarque de los contenedores se obtuvo a las 12:31 horas del día 16 de agosto de 2013, es por ello que TPP considera que las facturas fueron emitidas de manera incorrecta por parte de APM, puesto que el ingreso tardío de las unidades al Terminal Portuario se debió a fallas en el sistema de la Entidad Prestadora, circunstancia que no le es atribuible, lo que además originó que no sea posible generar las autorizaciones correspondientes en la hora indicada.
- 2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 11 de diciembre de 2013, APM resolvió el reclamo presentado por TPP declarándolo fundado en parte, alegando lo siguiente:
 - i.- Con relación a la factura N° 002-0048946, se comprobó que el contenedor EGSU5016752, unidad que es materia de cobro en la referida factura, corresponde a un contenedor *reefer* que ingresó antes de la hora y fecha del *cut off (reefer)*, es decir, el 17 de agosto de 2013. Siendo así, corresponde que se deje sin efecto el cobro de la mencionada factura.
 - ii.- Respecto de la factura N° 002-0048887, APM verificó que 3 de los 45 contenedores (CBHU9032525, CBHU9175824 y CBHU8093193), fueron ingresados dentro del tiempo establecido.
 - iii.- Por otro lado, con relación a las demoras en las que TTP aduce habría incurrido APM, indicó que si bien existieron demoras para la emisión de las autorizaciones, la apelante contó, desde las 12:32 horas del 16 de agosto de 2013, hasta las 08:19 horas del día 17 de agosto de 2013, (aproximadamente 20 horas), con tiempo suficiente para poder ingresar sus unidades.
 - iv.- Asimismo, señaló que recién a las 13:12 horas del 17 de agosto de 2013, es decir, 25 horas después de contar con la autorización, TPP empezó a realizar el ingreso de sus unidades.
 - 3.- Con fecha 31 de diciembre de 2013, TPP interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando además lo siguiente:
 - i.- A pesar de haber reconocido su responsabilidad por la demora en la emisión de las autorizaciones de ingreso de sus unidades, APM no ha tomado en cuenta que los 42 contenedores materia de apelación no fueron los únicos que debían ingresar al Terminal Portuario. Es así, que TTP debía ingresar en total 109 contenedores, operación que se realizó a las 08:19 horas del 17 de agosto 2013, debido a que las referidas unidades tampoco se encontraban en el sistema de la Entidad Prestadora.
 - ii.- Asimismo, señaló que debido a la demora en la entrega de las autorizaciones de ingreso, otras operaciones que tenían programadas tuvieron que ser reprogramadas, por lo que resulta inconcebible que APM pretendiera que todas las operaciones de TPP estuvieran destinadas al embarque de unidades por ese Terminal Portuario.



4.- El 22 de enero de 2014, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1 que declaró fundado en parte el reclamo de TPP, añadiendo lo siguiente:

- i.- El cobro del recargo tiene como sustento lo señalado en el artículo 5.4.3. del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM (en adelante, Reglamento de Tarifas) y en el literal c), del artículo 52 del Reglamento de Operaciones, por lo que queda claro que APM tiene el derecho de realizar el recargo por el concepto de Arribo Tardío de Contenedores, una vez comprobado que la mercancía ingresó a las instalaciones del Terminal Portuario después del plazo establecido en el *cut off* (fecha y hora máxima de ingreso a APM), por causas ajenas a su responsabilidad.
- ii.- Siendo así, el área de Planeamiento de Contenedores de APM informó que para las operaciones de la nave Da He, la fecha y hora del *cut off* se estableció de la siguiente manera:

"1. ETB	:18/08-07:00 hrs
2. Inicio de Stacking	:15/08-07:00 hrs
3. Cut Off DRY	:17/08-07:00 hrs
4. Cut Off RF/MTY	:17/08-15:00 hrs".

- iii.- De lo expuesto, queda demostrado que al ingresar los 42 contenedores llenos (factura N° 002-0048887), después del plazo máximo permitido (17 de agosto de 2013 a las 07:00 horas), APM tiene derecho a realizar el cobro del recargo correspondiente.
- iv.- Por otro lado, con relación a la demora en la emisión de las autorizaciones de ingreso, APM indicó que no fue posible dicha emisión debido a que fue recién el 15 de agosto de 2013 a las 18:52 horas que el agente marítimo de la nave envió el CAL PRE 04 (Lista de Embarque Preliminar) de los contenedores de la nave DA HE de manifiesto 2013-1474, incluyendo en este documento las 46 unidades correspondientes a las facturas que son materia de reclamo, es decir TPP envió el listado de embarque de dichas unidades 12 horas después de la apertura del *stacking* de ingreso de contenedores (es decir a las 07:00 horas del 15 de agosto de 2013).
- v.- En ese sentido, todas las comunicaciones electrónicas que TPP haya enviado a APM informando sobre las supuestas demoras para la emisión de sus autorizaciones hasta antes del día 16 de agosto de 2013 a las 18:52 horas, no pueden ser consideradas por cuanto fue a partir de esa fecha y hora, que el agente marítimo de la nave cumplió con enviar el listado adicional de unidades a embarcarse en la nave DA HE, entre ellas los contenedores motivo del cobro de las facturas N° 002-0048887 y 002-0048946. Por ello, APM no es responsable por el tiempo que le haya tomado a la apelante tramitar sus respectivas autorizaciones de ingreso.
- vi.- Si bien la Autorización de Exportación Directa N° 29661, en la cual se encontraban los contenedores considerados en la factura N° 022-0048887, fue emitida en 16 de agosto de 2013 a las 12:18 horas, APM comprobó que la apelante envió sus contenedores a partir del día 17 de agosto de 2013, es decir que TPP se tardó aproximadamente 19 horas para enviar la primera

unidad correspondiente a la autorización N° 29661 desde que recibió la conformidad de la Entidad Prestadora.

- vii.- Es responsabilidad de TPP remitir la información relacionado con el envío de contenedores al puerto conforme a su prioridad, más aún cuando ya contaba con la respectiva autorización para el ingreso de sus contenedores.
 - viii.- En ese sentido, que TPP haya priorizado enviar otras unidades antes que los 46 contenedores que son materia de reclamo, es de su exclusiva responsabilidad y no de APM.
 - ix.- En consecuencia, al haberse acreditado que la demora en el ingreso de los contenedores no fue consecuencia directa de la emisión de la autorización N° 29661, sino por el retraso en el envío de la información del embarque de las 46 unidades y de la programación del envío de los contenedores por parte de TPP, el cobro del recargo por el concepto de Arribo Tardío de Contenedores, efectuado mediante la factura N° 002-0048887, corresponde sea asumido por la apelante.
- 5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e) las partes no asistieron a la audiencia de conciliación que fuera programada para el 22 de abril de 2015. Por su parte, el 23 de abril de 2015 se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de APM, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 6.- 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 002-0048887, emitida por APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 7.- Al respecto, del análisis del expediente administrativo se establece que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de TPP respecto del cobro de la factura N° 002-0048887. Dicha situación se encuentra prevista como supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.1 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM¹ (en lo sucesivo, Reglamento

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.

de Reclamos de APM) y en el literal a), del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN² (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

- 8.- 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.
- 9.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 fue notificada a TPP el 11 de diciembre de 2013.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 2 de enero de 2014.
 - iii.- TPP apeló con fecha 31 de diciembre de 2013, es decir, dentro del plazo legal.

(...)”.

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

“Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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

(...)”.

³ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

“Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁴ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM.

“3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁵ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

“Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

- 10.- 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 TPP por parte de APM, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁶.
- 11.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

- 12.- Es pertinente recalcar que, conforme a la Resolución N° 1 emitida por APM, dicha entidad reconoció la pretensión planteada por TPP en lo que respecta a la factura N° 002-0048946. Por tanto, no corresponde pronunciarse, en dicho extremo sobre el fondo del asunto.
- 13.- Ahora bien, TPP señala que APM le brindó un mal servicio, pues señala que la demora en el ingreso de 45 contenedores fue como consecuencia de que esta última no habría cumplido con emitir de manera oportuna las autorizaciones de ingreso de sus unidades, retraso que habría generado que la apelante incurra en el recargo por concepto de Arribo Tardío de Contenedores.
- 14.- Por su parte, APM sostiene que el cobro del mencionado recargo se encuentra contemplado en su Reglamento de Tarifas, por lo que su exigencia se encuentra justificada. Asimismo, indicó que las demoras no ocurrieron como consecuencia de la emisión de la referida autorización, sino debido a que el agente marítimo de la nave envió con posterioridad al inicio del *stacking* la Lista de Embarque preliminar (CAL), ya que la apelante no priorizó el ingreso de los contenedores que se encontraban dentro del plazo máximo del *cut off* establecido para las operaciones de la nave DA HE.

Sobre la facultad de explotación y responsabilidad de APM

- 15.- Al respecto, con la finalidad de determinar si APM brindó un mal servicio, corresponde analizar en qué consiste este, y si dicha prestación fue deficiente y provocó que TPP incurriera en el referido recargo.
- 16.- Actualmente, en virtud del Contrato de Concesión⁷ suscrito con el Estado Peruano, APM está obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del

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".

⁷ 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.

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)⁸. 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 (...) 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. Para el cumplimiento de tal obligación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá observar, como mínimo, los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos.*

(...)

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]

- 17.- 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.
- 18.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el Contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

⁸ 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".

- 19.- Asimismo, el numeral 8.13 del referido Contrato de Concesión dispone la siguiente obligación a cargo de la Entidad Prestadora.

"REGLAMENTOS INTERNOS

(...)

8.13. Asimismo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar a los tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, para la aprobación de la APN los siguientes documentos:

a) Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.

b) Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN

La APN contará con un plazo de sesenta (60) Días Calendario para emitir su pronunciamiento, plazo que empezará a computarse a partir de la presentación de los documentos referidos en el párrafo anterior, De no pronunciarse la APN en el plazo establecido, se entenderá que los documentos presentados han sido aprobados (...)"

- 20.- Adicionalmente, cabe señalar que forma parte de las obligaciones de APM, el elaborar un Reglamento de Operaciones, cuya finalidad es sistematizar y regular las diferentes operaciones que se realizan dentro del terminal. Al respecto, los artículos 2 y 9 del Reglamento de Operaciones de APM establecen lo siguiente:

"Artículo 2.- Alcances

El presente Reglamento será aplicable en cada uno de los servicios brindados por las Entidades Prestadoras regulados y supervisados dentro de la ITUP aeroportuaria y portuaria que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN, de conformidad con los respectivos contratos de concesión y la normatividad vigente.

Asimismo, será de obligatoria observancia para las Entidades Prestadoras y los Usuarios finales o intermedios de la mencionada ITUP.

Artículo 9.- De las Obligaciones del Usuario

b) Conducta debida

Utilizar la ITUP (...) portuaria, o los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas en general establecidas para cada una de ellas y la normativa nacional correspondiente, siempre y cuando estas hayan sido debidamente informadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20. El Usuario asumirá la responsabilidad en caso no observe las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora que hayan sido debidamente difundidas (...)"

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

- 21.- El embarque de mercancías para exportación requiere que previamente se conozca el día y la hora en que la nave arribará al puerto. Para poder conocer esta información se requiere la interacción conjunta entre el agente marítimo (representante de la nave) y la Entidad Prestadora.
- 22.- En ese sentido, de acuerdo con el artículo 33 del Reglamento de Operaciones de APM, en el caso de naves con contenedores, el agente marítimo deberá comunicar, vía correo electrónico, el arribo de la nave con una anticipación no menor de (setenta y dos) 72 horas.

"Artículo 33.- Naves de contenedores"

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

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

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

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

"Artículo 56.- APM TERMINALS es responsable de:

(...)

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

- 25.- 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.

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

"Artículo 52.-"

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

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

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



Sobre la demora en el ingreso de los contenedores de TPP

- 27.- Como ya se ha señalado TPP cuestiona el cobro realizado por APM por concepto de recargo de Arribo Tardío de Contenedores, afirmando que la demora en el ingreso de sus contenedores fue responsabilidad de ésta, debido a que la Entidad Prestadora no habría cumplido con prestar de manera idónea sus servicios al no emitir de manera oportuna las autorizaciones correspondientes.
- 28.- A efectos de probar dichas alegaciones TPP adjuntó correos electrónicos (fojas 11 al 14 y 36 al 41 del expediente administrativo) en los cuales se puede verificar que efectivamente, desde las 13:05 horas del 16 de agosto de 2013, la apelante informó respecto de los inconvenientes relacionados al ingreso de sus contenedores, específicamente respecto de la emisión de las autorizaciones de ingreso. Asimismo, se observa que las partes han afirmado que la Autorización de Descarga Exportación Directa N° 29661 fue emitida a las 12:18 horas del día 16 de agosto de 2013.
- 29.- Al respecto, como ya hemos señalado en párrafos anteriores es cierto que existe una responsabilidad explícita de APM de guardar la diligencia debida en el planeamiento de sus operaciones (al tener la exclusividad de la organización y prestación de los servicios que se brindan dentro del Terminal Portuario), también es cierto que para la organización de cualquier tipo de operación que sea requerida por los usuarios, es necesaria la intervención de éstos a fin de que la Entidad Prestadora pueda efectuar no solo una asignación eficiente de los recursos a utilizar, sino a efectos de que se tomen todas las previsiones del caso para la correcta atención de la mercancía de los usuarios. En este caso, para la recepción de los contenedores de TPP (como por ejemplo son las autorizaciones de ingreso).
- 30.- Cabe señalar que de conformidad con el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, en los reclamos relacionados a facturación y calidad en el servicio, corresponde a la Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron conforme con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente. En ese sentido, corresponde que APM pruebe que cumplió con su deber de diligencia en la planificación y organización en el servicio solicitado por TPP.
- 31.- De los documentos presentados por APM se observan correos electrónicos (obrantes a fojas 50 al 67 del expediente administrativo) y el documento denominado Autorización de Descarga Directa N° 29661 (obrante a fojas 69 del expediente administrativo).
- 32.- Ahora bien, del análisis de los correos electrónicos se observa que, con relación a las operaciones de embarque de los contenedores materia de reclamo se estableció lo siguiente:
- El stacking para el embarque de contenedores para la nave MN DA HE se fijó desde las 07:00 horas del 15 de agosto de 2013.
 - *Cut off*: 07:00 horas del 17 de agosto de 2013.
 - *Cut off (RF)*: 15:00 horas del 17 de agosto de 2013.
- 33.- Como es de conocimiento de las partes, es APM quien fija libremente la fecha y hora límite para que la carga puede ser recibida por el Terminal Portuario a efectos de ser embarcada en una nave



específica (*Cut Off*), debiendo el usuario presentarse en el terminal el día y hora establecidos por el Concesionario⁹, en virtud de la información que sea brindada por el agente marítimo.

- 34.- De lo expuesto, se desprende que si APM ya había fijado fecha y hora del *stacking* y del *cut off*, ello se debía a que ya contaba con toda la información necesaria sobre la mercancía a embarcar y la carga que debía ingresar (en este caso de los contenedores), por lo que se encontraba en la obligación de contar con todas las autorizaciones de ingreso pertinentes a efectos de que las operaciones coordinadas para la nave DA HE no se vieran interrumpidas.
- 35.- Sin perjuicio de lo señalado, también se evidencia que mediante correo electrónico de fecha 15 de agosto de 2013, remitido a las 18:52 horas, el propio usuario realizó una variación en la información relacionada con los contenedores a embarcar a través del CAL PRE 04 (Lista de Embarque preliminar):
- "Estimados señores:*
- Adjuntamos CAL PRE 04 de nave de la referencia*
- Se agregaron 343 (154COS, 58EMC, 12 PIL y 119 WHL) remarcados en verde".*
- 36.- Como ya hemos indicado en los considerandos 22 al 26, es responsabilidad del representante del usuario (en este caso el agente marítimo) cumplir con su obligación de informar con 72 horas de anticipación no solo el arribo de una determinada nave, sino también el tipo de operación que se realizará, así como remitir la información de la carga a embarcar, con la finalidad de que el administrador portuario, en este caso APM, pueda planificar de manera eficiente las labores a realizar para la atención del servicio solicitado.
- 37.- Como se observa del portal de la SUNAT, con fecha 14 de agosto de 2013, se consignó que la nave DA HE, manifiesto 118-2013-1474, tenía como fecha de llegada el 18 de agosto de 2014 a las 06:45 horas:

⁹ De acuerdo con el Reglamento de Tarifas y Políticas Comerciales de APM, el Cut Off consiste en lo siguiente:

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

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

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

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



Estadísticas | Anuario

Manifiesto	118-2013-1474	No Bultos:	201661
Fecha de Llegada:	18/08/2013 06:45	P.Bruto:	6,587,547.37
Fecha de Descarga:	18/08/2013 1125		
Matrícula de la Nave	DAHE	Nacionalidad:	CN
Empresa de Transporte	8022- COSCO PERU S.A	No Detalles:	163
Inicio de Tarja:	18/08/2013 12:42:05 pm		
Fin de Tarja:	18/08/2013 12:42:48 pm		
Fecha de Transmisión:	14/08/2013 16:03:09		

- 38.- Es en virtud a dicha información que se establece el inicio del *stacking*, el cual fue fijado para el 15 de agosto de 2013, a las 07:00 horas (72 horas aproximadamente), de lo que se desprende que para dicha fecha, el Terminal Portuario ya contaba con toda la información relacionada con la carga, la misma cuyo envío del detalle es responsabilidad del agente marítimo. Sin embargo, horas después (18:57 horas) de programado el inicio del *stacking* de ingreso, junto con la fecha máxima establecida en el *cut off*, TPP modificó la lista preliminar de embarque, agregando 343 contenedores más a lo previamente coordinado, dentro de los cuales se encuentran los contenedores materia del presente reclamo.
- 39.- Siendo así, resulta evidente que debido a la fecha en la cual se informó el cambio de la Lista de Preliminar de Carga (CAL) tal cambio implicó, por un lado, que no se hubiera cumplido con lo establecido por el Reglamento de Operaciones (de informar con 72 horas antes la operación y carga a embarcar), así como también que se tuviera que modificar lo previamente coordinado.
- 40.- Asimismo, resulta necesario mencionar que el Reglamento de Operaciones de APM, no es el único documento que establece los procedimientos que los usuarios deben de cumplir para todo lo relacionado al ingreso y atención de sus cargas, puesto que la Entidad Prestadora también ha establecido procedimientos según el tipo de actividad, los cuales deben ser acatados por éstos.
- 41.- Dentro de los referidos procedimientos, APM ha establecido uno denominado "Ingreso por Balanza de Contenedores para Exportación" (PRO-005-Versión 00)¹⁰, el cual tiene como objetivo definir los controles y pasos a seguir para que los usuarios puedan ingresar sus contenedores para exportación. Siendo así, el numeral 7 de dicho procedimiento prescribe lo siguiente:

¹⁰ http://www.apmterminalsallao.com.pe/images/reglamentos/PRO-005_REV.-00-.pdf.

7. DESCRIPCIÓN DE PROCESO

7.1. ACTIVIDADES PREVIAS AL INGRESO A BALANZA

- 7.1.1. El área de planeamiento ingresa al sistema y envía al usuario los horarios de apertura de Stacking y Cutt Off via email.
- 7.1.2. El usuario entrega la documentación al chofer y envía el contenedor en el horario indicado.
- 7.1.3. El chofer se dirige al antepuerto con su documentación de ingreso, con la documentación de ingreso del camión, con el contenedor y la documentación de ingreso del contenedor.
- 7.1.4. El personal de seguridad realiza la verificación de la documentación de la carga, del chofer y del camión de acuerdo al código PBIP. Luego de realizar la verificación, si todo se encuentra conforme autoriza el ingreso a balanza, de lo contrario indica al chofer retirarse hasta regularizar documentación.
- 7.1.5. En caso de tratarse de un contenedor con carga IMO 1, el personal de Emergency Response debe hacer una verificación de acuerdo al Check List para vehículos que transportan carga peligrosa clase 1 (FOR-063).
- 42.- Del párrafo anterior, se verifica que este procedimiento establece claramente que existe una obligación del usuario de entregar toda la documentación pertinente para el ingreso de sus contenedores, así como también, reconoce la facultad que tiene el Terminal Portuario de rechazar cualquier mercancía que no se encuentre acorde a los requisitos que dan conformidad a su ingreso.
- 43.- Debe quedar claro que existe una relación contractual entre el administrador del Terminal del Puerto (APM) que brinda los servicios portuarios y TPP, usuario de dichos servicios, la cual se rige por las disposiciones establecidas en su Reglamento de Tarifas, Tarifario y en su Reglamento de Operaciones, las cuales finalmente vienen a ser cláusulas generales de Contratación a las que se adhiere el usuario.
- 44.- Siendo así, era obligación de TPP prever todas las contingencias que podían generarse como consecuencia de alguna modificación en las coordinaciones previamente establecidas con el Terminal Portuario, relacionadas con las operaciones de su carga, máxime, si fue la propia usuaria quien solicitó dicho cambio. Asimismo, no se debe dejar de lado que la apelante conoce cuáles son los procedimientos que debe cumplir, previamente a la solicitud de cualquier servicio que ésta requiera por parte de la Entidad Prestadora, a efectos de que APM organice sus recursos de manera tal que preste un servicio idóneo y conforme a los estándares establecidos tanto en el contrato de concesión como en dichos procedimientos.
- 45.- En tal sentido, no resultaría razonable considerar que existió un incumplimiento por parte de APM en la prestación de sus servicios, pues la programación previamente acordada no fue modificada por ésta, sino por TPP. Cabe recordar que, como ya hemos mencionado anteriormente es deber del usuario coordinar 72 horas antes todo lo relacionado a la atención de la nave y su carga, situación que en el presente caso no se cumplió.

- 46.- En consecuencia, en este caso en particular, el deber de realizar todas las gestiones de manera oportuna para la emisión de las autorizaciones de ingreso recaía en TPP y no en APM, en la medida que fue la apelante quien originó que se realizaran modificaciones a su Lista de Embarque Preliminar, no estando dicha facultad en la esfera de dominio de la Entidad Prestadora.

Sobre la naturaleza del cobro por concepto de "arribo tardío de contenedores"

- 47.- Es menester recalcar, previamente, que 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."

- 48.- 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).
- 49.- 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, servicios portuarios, respecto de los cuales la Entidad Prestadora se encuentra legitimada a cobrar una tarifa o un precio.
- 50.- Ahora bien, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5, y (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23:



"1.23.102 Tarifa

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

"8.20 SERVICIOS ESPECIALES

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

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

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

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

(...)

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

[El subrayado es nuestro]

51.- Ahora bien, el artículo 1.5.21 del Reglamento de Tarifas de APM, vigente a la fecha de sucedidos los hechos¹¹, define al recargo de la siguiente manera:

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



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

"5.4.3.1 Recargo por arribo tardío de la Carga

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

[el subrayado es nuestro]

¹¹ Versión 1.7, vigente desde el 23 de abril de 2013.

- 53.- El “*recargo por arribo tardío de la carga*”, cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, es una compensación que se genera, entre otras razones, debido a que el usuario, en el marco de la prestación del servicio de embarque de mercancías, no cumple con ingresar su carga dentro del plazo máximo que la Entidad Prestadora, es decir APM, establece el *cut off*.
- 54.- Como se puede advertir, el cobro por un recargo no deviene de una contraprestación económica por algún servicio brindado por la Entidad Prestadora a un usuario, sino que se genera, a modo de compensación, por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, relacionado con la utilización de recursos previstos para la atención del servicio cuya prestación ha sido solicitada por el usuario.
- 55.- Del expediente administrativo, se verifica que APM estableció un *cut off* para la entrada de la mercancía de TPP. Sin embargo, la apelante ingresó sus contenedores fuera de dicho plazo, por lo que la Entidad Prestadora emitió el recargo correspondiente conforme a su política tarifaria y el Reglamento de Operaciones. Tal y como se señaló en los considerandos 34 a 46 de la presente resolución, a criterio de este Tribunal, la responsabilidad de brindar oportunamente la información sobre el ingreso de la mercancía recae en el usuario y no en APM, por lo que la aplicación del recargo resultó justificada, en la medida que TPP no cumplió con las condiciones previamente acordadas por las partes.
- 56.- En tal sentido, resulta razonable que APM realice el cobro del mencionado recargo, puesto que no se cumplieron las condiciones previamente acordadas por las partes, relacionadas con las acciones correspondientes a realizar por TPP a efectos de recibir los servicios prestados por APM.
- 57.- Siendo así, APM se encuentra facultada a realizar el cobro por concepto de “*recargo por arribo tardío de la Carga*”, dado que se ha verificado que por decisión o responsabilidad del usuario y, no por causas imputables a la Entidad Prestadora, no se realizó el ingreso oportuno de los contenedores materia de reclamo.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN²²;

²² Reglamento de Reclamos de OSITRAN

“Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

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

“Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE
Inversión en Infraestructura de RECLAMOS
Transporte EXPEDIENTE N° 17-2014-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente APMTC/CS/1141-2013 que declaró **FUNDADO EN PARTE** el reclamo presentado por TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. contra APM TERMINALS CALLAO S.A. por aplicación del recargo por arribo tardío de la carga; quedando así agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN