



EXPEDIENTE : 97-2017-TSC-OSITRAN
APELANTE : TRABAJOS MARITIMOS S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/225-2017

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 20 de diciembre de 2017

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.*

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en lo sucesivo, TRAMARSA) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/225-2017 (en adelante, la Resolución N° 1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en lo sucesivo, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES:**

1. Con fecha 24 de mayo de 2017, TRAMARSA, interpuso reclamo ante APM solicitando se deje sin efecto el cobro de la factura N° 002-179167, emitida por el concepto de "Recargo por arribo tardío de contenedores"; señalando lo siguiente:
 - i.- No corresponde el pago del total de la factura antes señalada, toda vez que según información de la Programación de Naves, el Cut Off Dry correspondiente a la nave MSC FAUSTINA fue programada para el 25 de abril de 2017 a las 11:00 (24 horas antes del ETB), y para el caso de los contenedores refrigerados y vacíos se amplió 08 horas adicionales, es decir, hasta el 25 de abril de 2017 a las 19:00 horas.
 - ii.- Con relación a los contenedores refrigerados y vacíos, solo el contenedor HLXU80766370 ingresó a las 19:55 horas del 25 de abril de 2017, es decir, después del plazo establecido.



- iii.- En lo que respecta a los contenedores llenos con carga seca, solo el contenedor FCIU8390672 ingresó a las 17:34 horas del 25 de abril de 2017, esto es, fuera del plazo establecido.
- iv.- De acuerdo con los artículos 1.23.54, 1.23.72, 1.23.97, 1.23.99, 1.23.100, 2.6 y 2.7 de la sección II y los artículos 8.1 y 8.2 de la sección VIII del Contrato de Concesión, APM tiene la responsabilidad exclusiva de todos los servicios brindados en el Terminal Portuario, como es el caso de la programación de atraque de naves, así como la planificación y ejecución de las operaciones portuarias.
- v.- APM es el único responsable respecto de todas las operaciones que se desarrollan en el Terminal Portuario, según el planeamiento y la información que envía a sus usuarios.
2. A través de la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/225-2017 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1), notificada el 14 de junio de 2017, APM declaró infundado el reclamo presentado por TRAMARSA, bajo los siguientes argumentos:
- i.- El 5 de mayo de 2017, APM emitió la factura N° 002-179167, por un importe ascendente a US\$ 1 321,60 (mil treientos veintiuno con 60/100 dólares de los Estados Unidos de América), correspondiente al concepto de Arribo Tardío de los contenedores FCIU8093859, FSCU8430579, FSCU9282460, HLXU6396190, HLXU8076370, IRNU5520478, LNXU9659637, TCLU8066050, TEMU5182177, TRLU6641879, TRLU6641879, TRLU6641879, TRLU7032706, XINU1281644, SUDU6073092 y FCIU8390672.
- ii.- De acuerdo a lo señalado en el artículo 59° del Reglamento de Operaciones de APM, el tiempo límite de ingreso al área de almacenamiento (*cut off*) para contenedores con carga seca es de veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave (ETB), mientras que para carga refrigerada y contenedores vacíos el plazo máximo de ingreso al área de almacenamiento es de dieciséis (16) horas antes del inicio de operaciones de la nave (ETB).
- iii.- Con relación a la información brindada por APM a los usuarios respecto del plazo libre para ingreso de contenedores, es relevante tomar en cuenta anteriores pronunciamientos del Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, en los cuales se indica que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o cualquier otro medio documentado. En ese sentido, toda información vinculada a las operaciones portuarias debe ser transmitida a los usuarios de los servicios a través de correo electrónico o cualquier otro medio documentado.
- iv.- En cumplimiento del deber de información de las operaciones, el 18 de abril de 2017 a las 12:52 horas, APM envió el correo denominado "APERTURA DE STACKING MS MSC FAUSTINA V. FA716R MFTO. 1004 CAL PRELIMINAR", a funcionarios de TRAMARSA, brindándose la siguiente información:




1. ETB: 26/04/17 a las 07:00 horas
2. Inicio de Stacking: 23/04/17 a las 15:00 horas
3. Cut off Dry Containers: 25/04/17 a las 07:00 horas
4. Cut off MTY & Reefer Containers: 25/04/17 a las 15:00 horas

- v.- Mediante el referido correo queda acreditado que TRAMARSA tomó conocimiento efectivo sobre los aspectos relacionados a las operaciones a brindarse a fin de realizar el ingreso oportuno de los contenedores para exportación en la nave Faustina; por lo que cualquier ingreso posterior al Cut Off indicado generaría el cobro por arribo tardío.
3. Con fecha 5 de julio de 2017, TRAMARSA interpuso recurso de apelación en virtud de los siguientes argumentos:
- i.- No cuestiona que APM hubiese cumplido con comunicarle el programa de atraque mediante correo electrónico; sin embargo, la misma comunicación también indica que la información de los plazos máximos de ingreso de contenedores de embarque (cut off) los podría encontrar a través de la opción "Programa de Naves de Contenedores", la misma que se encontraría actualizada en la página web de APM a través del siguiente enlace: <https://extranet.apmterminalscallao.com.pe/Contenedore/ConsultaBerthingarea=Berth>".
- ii.- En efecto, APM señaló que el "Programa de Atraques" enviado por correo electrónico contiene solo información referencial y, que en su página web se podría verificar la información del Cut Off actualizada, esto es, del Programa de Nave vigente, a fin de conocer los plazos máximos de ingreso. Es así que en la página web de APM se indicaba que el ETB de la nave FAUSTINA sería el 26 de abril de 2017 a las 11:00 horas.
- iii.- Teniendo en cuenta dicha información, la fecha de Cut Off programada para carga seca fue a las 11:00 horas del 25 de abril de 2017; y para carga refrigerada, a las 19:00 horas del 25 de abril de 2017.
- iv.- Así, TRAMARSA cumplió con ingresar sus contenedores con carga seca a las 07:00 horas del 25 de abril de 2017, esto es, 4 horas antes del Cut Off; mientras que para carga refrigerada, los contenedores ingresaron a las 15:00 horas del mismo día.
4. El 25 de julio de 2017, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC) el expediente administrativo y su correspondiente absolución al recurso de apelación, en los cuales reiteró los argumentos expuestos en la Resolución N° 1 que declaró infundado el reclamo de TRAMARSA; agregando lo siguiente:
- i.- Conforme lo ha señalado el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN en las Resoluciones emitidas en los expedientes N° 92, 116, 129, 142, 143-2016-TSC-

OSITRAN, las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o medio documentado.

- ii.- Por lo tanto, APM se encuentra en la obligación de comunicar la información de las operaciones portuarias mediante un medio documentado, siendo este el que prevalece ante cualquier controversia.
- iii.- La información publicada y actualizada tres veces al día en su página web, mediante el cual se da a conocer el Programa de Atraques, es referencial y no puede ser considerada para el cálculo de los ingresos de contenedores.
- iv.- Es decir, los Cut Off calculados inicialmente y comunicados vía correo electrónico quedan establecidos para el ingreso de los contenedores, no estando sujetos a cambios relacionados a variaciones del ETB.
- v.- El medio probatorio presentado por TRAMARSA correspondiente a la impresión de pantalla de la página web de APM, en la cual se observa una consulta de naves, no contiene información alguna respecto del Cut Off Dry y Cut Off Reefer.
- vi.- En este sentido, la información referida al Cut Off enviada a TRAMARSA fue la información oficial a efecto de que realice el ingreso oportuno de sus contenedores para exportación de la nave MSC FAUSTINA.

- 
- 5. El 12 de diciembre de 2017 se realizó la audiencia de vista de la causa con la presencia de TRAMARSA, quedando la causa al voto.
 - 6. El 15 de diciembre de 2017, APM presentó sus alegatos finales reiterando los argumentos señalados en sus escritos previos.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 7. Las cuestiones en discusión son las siguientes:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de APM.
 - ii.- Determinar, de ser el caso, si corresponde que TRAMARSA pague a APM la factura N° 002-179167 emitida por el concepto de "recargo por arribo tardío de contenedores".

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 una factura emitida por concepto de recargo de arribo tardío. Dicha situación se encuentra prevista como supuesto de reclamo en los numerales 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 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

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. (...)

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".

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

10. Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 de APM materia de impugnación fue notificada a TRAMARSA el 14 de junio de 2017.
 - ii.- El plazo máximo para que TRAMARSA interponga su recurso de apelación venció el 7 de julio de 2017.
 - iii.- TRAMARSA presentó su recurso de apelación el 7 de julio de 2017, dentro del plazo exigido normativamente.
11. Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas y cuestiones de puro derecho, con lo que se cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁶.
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

⁶ TUO de la LPAG

"Artículo 218.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.

1.23.99. Servicios Estándar

Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

14. Asimismo, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se brindan a la nave (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, 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."

17. Al respecto, 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 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.

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".

18. En tal sentido, el "recargo por arribo tardío de contenedores", 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.

⁷ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/972877961Precios-de-otros-servicios-y-Recargos-V-3-0-.pdf>



19. Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera a modo de compensación, por el incumplimiento de aquellas cláusulas que fueron aceptadas al establecer la relación contractual y que implicaron cambios en lo previamente planificado dentro del marco de las operaciones portuarias y/o la utilización de recursos previstos para la atención del servicio cuya prestación ha sido modificada por el usuario, en este caso, el ingreso de una determinada mercancía que no ha sido ingresada dentro del plazo del Cut Off fijado por la Entidad Prestadora.
20. Cabe señalar que el artículo 57 del Reglamento de Operaciones de APM, también establece la obligación del usuario de cancelar los costos que implique el que un contenedor sea ingresado fuera del plazo establecido en el Cut Off, resultando evidente que la aplicación de este recargo forma parte de las condiciones comerciales que la Entidad Prestadora establece dentro del marco una relación contractual.
21. Siendo así, tal como ya ha sido establecido anteriormente por este 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.

Respecto del cobro de la Factura N° 002-179167

23. En el presente caso, TRAMARSA señaló en su escrito de apelación que la factura N° 002-179167 fue mal emitida, toda vez que sus contenedores N° FCIU8093859, FSCU8430579, FSCU9282460, HLXU6396190, HLXU8076370, IRNU5520478, LNXU9659637, TCLU8066050, TEMU5182177, TRLU6641879, TRLU6641879, TRLU6641879, TRLU7032706, XINU1281644,

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 indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, no pudiendo determinarse su existencia cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario". (Considerando 22 de la Resolución N° 004 emitida en el Expediente N° 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN - acumulados).

SUDU6073092 y FCIU8390672; ingresaron al Terminal Portuario antes del plazo de Cut Off establecido en la Programación de Naves de la página web de APM, en la cual figuraba como fecha de Cut Off Dry el 25 de abril de 2017 a las 11:00, y para el caso de los contenedores refrigerados y vacíos, el Cut Off fue fijado para el 25 de abril de 2017 a las 19:00 horas.

24. Por su parte, APM señaló que cumplió con informar a TRAMARSA mediante correo electrónico, que el Cut Off Dry de la nave MSC FAUSTINA fue fijado para el 25 de abril de 2017 a las 07:00 horas y el Cut Off Reefer para el 25 de abril de 2017 a las 15:00 horas. Preciso que el medio idóneo para obtener información del Dry Cut Off y Reefer Cut Off era el correo electrónico enviado por APM a TRAMARSA y que la información consultada en la página web era únicamente referencial.
25. Sobre el particular, 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 caso¹⁰.
26. En presente caso, APM no sólo es acreedora de la obligación denominada "servicio estándar", la cual incluye recibir la carga y ponerla a disposición para su respectivo embarque conforme a lo solicitado por el usuario, sino también brindar toda la información relevante referida a las condiciones para el correcto proceso de recepción de la carga para su posterior embarque, siendo una de estas condiciones el informar la fecha del Cut Off previsto en su Reglamento de Operaciones. Por su parte, la obligación del usuario, además de pagar por el referido servicio, es la de cumplir con todas las disposiciones establecidas por el operador portuario conducentes a la culminación satisfactoria del referido procedimiento de embarque.
27. La Entidad Prestadora tiene la obligación de remitir a los usuarios información relevante respecto de los servicios a brindarse, lo que incluye la programación de las operaciones, así como cualquier aspecto que pueda alterar la programación efectuada.
28. Asimismo, el artículo 55° del reglamento de Operaciones de APM dispone la forma en que la Entidad Prestadora brindará información a los usuarios del Terminal Portuario:

"Artículo 55.- Las comunicaciones entre los usuarios y APM TERMINALS se realizan vía correo electrónico o cualquier otro medio documentado. Las comunicaciones comprenderán aspectos relacionados a las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios."

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

¹⁰ Código Civil.

"Artículo 1148.- El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso".



29. Ahora bien, de conformidad con el artículo 34° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, 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, correspondía que APM probara que cumplió con comunicar adecuada y oportunamente a TRAMARSA la modificación de cualquier aspecto relevante relacionado con la organización del embarque previamente acordado con este último, en este caso, el plazo del *cut off* informado. De acuerdo con el análisis efectuado, correspondía que dicha información sea transmitida por correo electrónico u otro medio documentado.
30. Al respecto, cabe señalar que obra en el expediente el correo electrónico enviado por APM a TRAMARSA el 18 de abril de 2017 a las 12:52 horas¹¹, mediante el cual informó a la apelante que la fecha de Cut Off Dry fue fijada para el 25 de abril de 2017 a las 07:00 horas y la del Cut Off Reefer para el 25 de abril de 2017 a las 15:00 horas, verificándose que APM cumplió con brindar dicha información.
31. No obstante, TRAMARSA señaló que el 22 de abril de 2017, a las 16:08 horas, ingresó a la página web de APM en el cual había verificado que respecto de la nave MSC FAUSTINA, se indicaba como fecha de ETB el 26 de abril de 2017, a las 11:00 horas; por lo que al realizar el cálculo de horas, el Cut Off Dry habría quedado establecido para el 25 de abril de 2017 a las 11:00 horas y el Cut Off Reefer para el 25 de abril de 2017 a las 19:00 horas.
32. Sobre el particular, cabe recordar que el Tribunal ya se ha pronunciado en Resoluciones previas¹² indicando que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento de Operaciones de APM, toda información vinculada a las operaciones portuarias debe de transmitirse a los usuarios a través del correo electrónico o medio documentado.
33. Sin perjuicio de lo señalado, de la revisión de la impresión de pantalla¹³ del sistema de APM presentada por la apelante, si bien se observa la información relacionada al ETB de la nave; no se evidencia que se haya registrado información alguna en las columnas de "Cut Off Dry" y "Cut Off Reefer". Asimismo, no obra en el expediente medio probatorio alguno que logre acreditar que se estableció una fecha de Cut Off Dry y Cut Off Reefer distinta a la información brindada por APM a TRAMARSA mediante correo electrónica de fecha 18 de abril de 2017.
34. En atención a lo expuesto, TRAMARSA debió de considerar como fecha de Cut Off Dry y Cut Off Reefer, aquellas que expresamente le fueron transmitidas por APM mediante el correo electrónico del 18 de abril de 2017 a las 12:52 horas, esto es, 25 de abril de 2017 a las 07:00 horas y 15:00 horas respectivamente.

¹¹ Ver foja 12 del expediente.

¹² Ver Resolución N° 2 de expedientes acumulados expedientes N° 92-2016-TSC-OSITRAN, 116-2016-TSC-OSITRAN, 129-2016-TSC-OSITRAN, 142-2016-TSC-OSITRAN y 143-2016-TSC-OSITRAN.

¹³ Ver foja 10 del expediente

35. En ese sentido, en la medida de que finalmente, el ETB de la nave fue fijado para el 26 de abril de 2017 a las 07:00 horas, conforme a lo señalado por APM; corresponde verificar si la mercadería de TRAMARSA fue ingresada al Terminal Portuario antes de las fechas de Cut Off establecidas.
36. De los medios probatorios que obran en el expediente, denominados "Reporte de Ingreso de Contenedores"¹⁴, se evidencia que los contenedores vacíos N° FCIU8093859, FSCU8430579, FSCU9282460, HLXU6396190, HLXU8076370, IRNU5520478, LNXU9659637, TCLU8066050, TEMU5182177, TRLU6641879, TRLU6641879, TRLU6641879, TRLU7032706 y XINU1281644; ingresaron al Terminal Portuario entre las 15:18 y las 19:55 horas del 25 de abril de 2017, esto es, fuera del plazo de Cut Off Dry (25 de abril de 2017 a las 07:00 horas) Asimismo, los contenedores con carga seca N° SUDU6073092 y FCIU8390672 ingresaron entre las 17:34 horas y las 18:53 horas del 25 de abril de 2017, esto es, fuera del plazo de Cut Off Reefer (25 de abril de 2017 a las 15:00 horas).
37. En virtud de lo expuesto, corresponde declarar infundado el reclamo interpuesto por TRAMARSA contra el concepto de cobro establecido en la factura N° 002-179167, en la medida que ha quedado acreditado que sus contenedores ingresaron de forma posterior a las fechas de Cut Off establecidas.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁵;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/225-2017, que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por TRABAJOS MARITIMOS S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto del cobro de la factura N° Foo2-179167, emitida por concepto de recargo de arribo tardío de la carga.

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

¹⁴ Ver foja 37 del expediente.

¹⁵ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN. Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN.

Artículo 60 - Procedimientos y plazos aplicables
(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- 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".



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**