



EXPEDIENTE : 168-2017-TSC-OSITRAN  
APELANTE : TRABAJOS MARITIMOS S.A.  
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.  
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/0393-2017

### RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 23 de marzo de 2018

**SUMILLA:** *Corresponde revocar la resolución recurrida en la medida que no se acredita que el ingreso de los contenedores luego de vencido el Cut Off ocurrió por causas imputables al usuario.*

#### 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/0393-2017 (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 02 de octubre de 2017, TRAMARSA, interpuso reclamo ante APM solicitando se deje sin efecto el cobro de la Factura N° 002-200381, emitida por el concepto de "Recargo por arribo tardío de contenedores"; señalando lo siguiente:
  - i.- El "Recargo por arribo tardío de contenedores" no ha sido generado por causas imputables a TRAMARSA, sino única y exclusivamente por causas imputables a APM; tal como se evidencia de los medios probatorios presentados ("Programa de Naves Anunciadas" al 21 de agosto de 2017 y el "Sustento de restricción y levante de ingreso al terminal").
  - ii.- Según las Notas Ampliatorias de Recargos, el Cut Off ocurre cuando la carga ingresa dentro de las veinticuatro (24) horas anteriores al atraque de la nave, por lo que el usuario debe ingresar su carga a APM como máximo veinticuatro (24) horas antes del atraque de la nave con la finalidad de no incurrir en el cobro del recargo por arribo tardío de contenedores.



- iii.- En el presente caso, la nave MN MSC FAUSTINA que transportaba la mercadería de TRAMARSA tenía como E.T.B.<sup>1</sup> programado el 19 de julio de 2017 a las 11:00 horas, por lo que el Cut Off debió estar programado para las 11:00 horas del 18 de julio de 2017; sin embargo, debido a la restricción de ingreso existente en el TNM no pudieron ingresar sus contenedores dentro del plazo establecido.
- iv.- Si bien ante la restricción existente APM decidió ampliar la hora del Cut Off hasta las 03:00 horas del 19 de julio de 2017, dicha ampliación no resultó equivalente al plazo de tiempo perdido por la restricción, el cual fue de aproximadamente treinta y dos (32) horas, pues el plazo adicional otorgado fue únicamente de 16 horas, es decir, la mitad del tiempo perdido.
- v.- Si bien TRAMARSA reconoce que los contenedores recogidos en la Factura N° Foo2-200381 ingresaron luego del Cut Off establecido, ello se debió a causas imputables a APM, como fue la restricción en el ingreso; consecuencia de lo cual, los contenedores ingresaron de acuerdo al siguiente detalle:

| CONTENEDOR  | CUT OFF            | DÍA Y HORA DE INGRESO |
|-------------|--------------------|-----------------------|
| CAJU8123050 | 19/07/2017 – 03:00 | 19/07/2017 – 03:14    |
| FSCU6541383 | 19/07/2017 – 03:00 | 19/07/2017 – 04:20    |
| TCNU9809959 | 19/07/2017 – 03:00 | 19/07/2017 – 03:16    |
| TGHU6211369 | 19/07/2017 – 03:00 | 19/07/2017 – 05:22    |

- 2.- A través de la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0393-2017 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1), notificada el 14 de noviembre de 2017, APM declaró infundado el reclamo presentado por TRAMARSA, bajo los siguientes argumentos:
- i.- El 07 de agosto de 2017, APM emitió la factura N° 002-200381, por un importe ascendente a US\$ 377.60 (Trescientos setenta y siete con 60/100 dólares de los Estados Unidos de América), correspondiente al concepto de Arribo Tardío de los contenedores CAIU8123050, FSCU6541383, TCNU9809959 y TGHU6211369.
- 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); en ese sentido, TRAMARSA ha considerado los plazos de manera correcta.
- iii.- 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-

<sup>1</sup> Estimated time of berth: Tiempo estimado de atraque.



- OSITRAN, las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o medio documentado.
- iv.- En cumplimiento del deber de información de las operaciones, el 15 de julio de 2017, a las 15:53 horas, APM envió el correo denominado "APERTURA DE STACKING MS MSC FAUSTINA V. FA727", a funcionarios de TRAMARSA, brindándose la siguiente información:
1. *ETB: 19/07/17 a las 11:00 horas*
  2. *Inicio de Stacking: 15/07/17 a las 07:00 horas*
  3. *Cut off Dry Containers: 18/07/17 a las 03:00 horas*
  4. *Cut off Reefer Containers: 18/07/17 a las 19:00 horas*
- v.- Asimismo, a través de una nota se indicó expresamente lo siguiente: "Favor considerar que los contenedores vacíos no serán considerados en esta operación."
- vi.- Adicionalmente, en el referido correo se precisó que el Programa de Atraques es actualizado tres veces al día, por lo que contiene información referencial sobre la distribución de amarraderos del terminal; en ese sentido, no corresponde ser considerada para los cálculos de ingreso de contenedores.
- vii.- Por otro lado, mediante correo electrónico de fecha 17 de julio de 2017 a las 19:41 horas, APM informó a TRAMARSA sobre la apertura del stacking de contenedores vacíos de la nave MSC FAUSTINA V. 727R, los mismos que podían hacer su ingreso a partir del 17 de julio de 2017 a las 20:00 horas, estableciéndose el Cut Off para las 03:00 horas del 19 de julio de 2017; por lo que TRAMARSA tuvo treinta y dos (32) horas para el ingreso de sus contenedores vacíos.
- viii.- Es así que del Reporte de contenedores obtenido del Sistema N4 de APM, que se adjunta como anexo se verifica que los contenedores vacíos CAJU8123050, FSCU6541383, TCNU9809959 y TGHU6211369 ingresaron posteriormente al EMPTY Y REEFER CUT OFF, es decir después del 19 de julio de 2017 a las 03:00 horas, por lo que si corresponde el cobro de Arribo Tardío.
- ix.- Finalmente, la información referida al Cut Off enviada a TRAMARSA mediante correo electrónico corresponde a la información oficial a efecto de que realizará el ingreso oportuno de sus contenedores para exportación de la nave MSC FAUSTINA.
- 3.- Con fecha 5 de diciembre de 2017, TRAMARSA interpuso recurso de apelación en virtud de los siguientes argumentos:
- i.- En el presente caso, la nave MN MSC FAUSTINA que transportaba la mercadería de TRAMARSA tenía como E.T.B. las 11:00 horas del día 19 de julio de 2017, por lo que el Cut Off debió estar fijado para las 11:00 horas del 18 de julio de 2017 para la carga seca, mientras que para los contenedores refrigerados o vacíos debió fijarse para las



- 19 horas del mismo día; sin embargo, debido a la restricción de ingreso existente en el TNM no pudieron ingresar sus contenedores dentro del plazo establecido.
- ii.- Si bien ante la restricción existente APM decidió ampliar la hora del Cut Off hasta las 03:00 horas del 19 de julio, dicha ampliación no resultó ser equivalente al plazo de tiempo perdido por la restricción, el cual fue de aproximadamente treinta y dos (32) horas, mientras que el plazo adicional otorgado fue de ocho (8) horas, es decir, la cuarta parte del tiempo que se perdió.
  - iii.- En ese sentido, la generación del recargo pretendido no se debe a causas imputables a TRAMARSA, sino única y exclusivamente a causas imputables a APM, tal como se evidencia de los medios probatorios presentados ("Programa de Naves Anunciadas" al 21 de agosto de 2017 y el "Sustento de restricción y levante de ingreso a terminal").
- 4.- El 21 de diciembre 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.- TRAMARSA ha señalado en su escrito de apelación que APM solo amplió el cut off por ocho (8) horas, es decir, desde las 19:00 horas del día 18 de julio de 2017 hasta las 03:00 horas del día 19 de julio de 2017, sin contar con tiempo suficiente para ingresar sus contenedores; sin embargo, la apelante realiza un cálculo erróneo, toda vez que desde el día 15 de julio de 2017 a las 15:53 horas tomó conocimiento de la operación de embarque y de la restricción de ingreso para los contenedores vacíos.
  - ii.- Ahora bien, mediante correo de fecha 17 de julio de 2017 a las 19:41 horas, se informó acerca de la apertura del stacking y el levante de la restricción estableciéndose el Cut Off para contenedores vacíos para el día 19 de julio de 2017 a las 03:00 horas. En ese sentido, desde el envío de dicho correo hasta el Cut Off, TRAMARSA tuvo en total treinta y dos (32) horas para ingresar sus contenedores.
  - iii.- Finalmente, en tanto que TRAMARSA es una empresa dedicada al rubro logístico portuario, se encuentra en mejor posición de poder destinar sus unidades para las operaciones de embarque de contenedores de exportación.
- 5.- El 11 de enero de 2018 se realizó la audiencia de vista de la causa, con la intervención del representante de TRAMARSA, quedando la causa al voto.

## II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:



6.- 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° 002-200381 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

- 7.- 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 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 APM<sup>2</sup> (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 OSITRAN<sup>3</sup> (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo<sup>4</sup>, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

<sup>2</sup> 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. (...)"

<sup>3</sup> 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...)"

<sup>4</sup> 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".



- 8.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM<sup>5</sup>, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN<sup>6</sup>, 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 de APM materia de impugnación fue notificada a TRAMARSA el 14 de noviembre de 2017.
  - ii.- El plazo máximo para que TRAMARSA interponga su recurso de apelación venció el 05 de diciembre de 2017.
  - iii.- TRAMARSA presentó su recurso de apelación el 05 de diciembre de 2017, dentro del plazo exigido normativamente.
- 10.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas así como cuestiones de puro de derecho, pues debe determinarse si APM realizó una facturación correcta del recargo por el arribo tardío de contenedores a TRAMARSA, con lo que se cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG)<sup>7</sup>.
- 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.

<sup>5</sup> 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".*

<sup>6</sup> 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".*

<sup>7</sup> 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".*

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

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

- 12.- Es menester recalcar, previamente, que el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) establece en sus cláusulas 1.23.97, 1.23.98 y 1.23.99, las definiciones de Servicios, Servicio Estándar y Servicios Especiales, respectivamente, de la siguiente manera:

1.23.97. Servicios

*Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales.*

1.23.98. Servicios Especiales

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

1.23.99. Servicios Estándar

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

- 13.- 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).
- 14.- 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.
- 15.- 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 y resaltado es nuestro]





- 16.- Al respecto, el cobro por concepto de arribo tardío de la carga se encuentra detallado en la lista de "Precios por otros servicios y recargos"<sup>8</sup>. 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". **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.*

[El subrayado y resaltado es nuestro]

- 17.- 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 éste es aceptada por el operador portuario.
- 18.- 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.
- 19.- Cabe señalar que el artículo 59 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 de una relación contractual.
- 20.- Siendo así, tal como ya ha sido establecido anteriormente por este Colegiado<sup>9</sup>, el tarifario, así como los Reglamentos Internos que describen las condiciones comerciales de los servicios que

<sup>8</sup> <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/972877962Precios-de-otros-servicios-y-Recargos-V.3.0-.pdf>

<sup>9</sup> "Dentro de este contexto, las reglas del tarifario de ENAPU, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1392 del Código Civil, constituyen cláusulas generales de contratación, que de ser aceptadas por el usuario, serán las condiciones contractuales que regirán su relación con la entidad prestadora respecto de los servicios que se brinden. Estas condiciones serán aquéllas que estuvieron vigentes al momento de perfeccionarse el



brindan las 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 condiciones<sup>10</sup>.

- 21.- 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.
- 22.- En el presente caso, corresponde analizar si la demora en el ingreso de los contenedores vacíos de TRAMARSA después de la fecha y hora establecidas para el Cut Off fueron por causas atribuibles a APM y, en consecuencia, verificar si la factura materia de reclamo fue correctamente emitida.

#### **Sobre el cobro de la factura N° 002-200381**

- 23.- De acuerdo con lo expuesto por las partes, el ETB para la nave Faustina fue programado para el 19 de julio 2017 a las 11:00 horas; por lo que en atención a ello, el Cut Off para el ingreso de contenedores vacíos al Terminal Portuario correspondía fuera programado para el 18 de julio de 2017 a las 16:00 horas.
- 24.- Posteriormente, APM remitió a TRAMARSA la factura N° 002-200381 por concepto de recargo por arribo tardío de cuatro (4) contenedores vacíos destinados a ser embarcados en la nave Faustina; alegando que si bien inicialmente restringió el ingreso de dichos contenedores al Terminal Portuario, luego procedió a programar un nuevo Cut Off para las 03:00 horas del día 19 de julio de 2017; pese a lo cual, se verificó que los cuatro (4) contenedores materia del recargo ingresaron fuera de dicho plazo, por lo que el referido recargo al usuario estuvo correctamente aplicado.
- 25.- Sobre el particular, TRAMARSA ha señalado que si bien sus contenedores ingresaron luego de transcurrida la hora del Cut Off programada; ello se debió a la restricción de ingreso al Terminal Portuario atribuible a APM, añadiendo que aun cuando APM amplió la hora del Cut Off hasta las 03:00 horas del 19 de julio de 2017, dicho tiempo de ampliación fue insuficiente.

*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).*

<sup>10</sup> "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).



Cabe precisar que APM amplió el plazo de ingreso al Terminal Portuario en 11 horas adicionales para los contenedores vacíos.

- 26.- Con el objeto de acreditar que no pudo ingresar sus contenedores al terminal portuario antes del vencimiento del Cut Off debido a que no habría contado con las horas necesarias para poder organizarse a causa de la restricción ocurrida, TRAMARSA presentó el correo electrónico en el cual APM le informó sobre la referida restricción<sup>21</sup>, así como los correos en los cuales la Entidad Prestadora programó las fechas para el stacking, Cut Off y atraque (E.T.B.) de los contenedores secos y vacíos de la nave Faustina.
- 27.- De la revisión del expediente se verifica que, el 15 de julio de 2017 a las 1:06 horas, APM envió a TRAMARSA el correo electrónico denominado "APERTURA DE STACKING MS MSC FAUSTINA V. FA727"<sup>22</sup>, en el cual se detalla lo siguiente:
- a) E.T.B.: 19/07/17 a las 11:00 horas
  - b) Inicio de Stacking: 15/07/17 a las 07:00 horas
  - c) Cut off Dry Containers: 18/07/17 a las 03:00 horas
  - d) Cut off Reefer Containers: 18/07/17 a las 19:00 horas
- Los contenedores vacíos no estaban siendo considerados en la operación.*
- 28.- Cabe agregar que del expediente se verifica también que a las 15:23 horas de ese mismo día, APM informó a TRAMARSA mediante correo electrónico<sup>23</sup> la existencia de una restricción de ingreso al Terminal Portuario para los contenedores vacíos.
- 29.- Ahora bien, una vez enviado el primer correo electrónico y de no haber ocurrido la restricción de ingreso al Terminal Portuario para el caso de los contenedores vacíos, el Cut Off hubiese sido programado para el 18 de julio de 2017 a las 19:00 horas, de acuerdo con el ETB programado para la nave Faustina (19/07/17 a las 11:00 horas), por lo que el usuario habría contado con 90 horas para planificar el ingreso de sus contenedores al Terminal Portuario sin incurrir en el recargo por ingreso tardío.
- 30.- Sin embargo, el 17 de julio de 2017 a las 19:41 horas, APM remitió un segundo correo electrónico<sup>24</sup> a TRAMARSA, indicando que los contenedores vacíos podían ingresar al Terminal Portuario a partir de las 20:00 horas de ese mismo día; no obstante lo cual, ambas partes han coincidido en el hecho de que APM amplió la hora del Cut Off hasta las 03:00 horas del 19 de julio de 2017.
- 31.- En ese sentido, con la ampliación en la horas del Cut Off brindada por APM, la apelante podía ingresar sus contenedores entre las 20:00 horas del 17 de julio de 2017 y las 03:00 horas del 19 de julio de 2017; de lo que se evidencia que 19 minutos después de haber recibido el correo de

<sup>21</sup> Ver folio 31 del expediente.

<sup>22</sup> Ver folio 10 del expediente.

<sup>23</sup> Ver folio 31 del expediente.

<sup>24</sup> Ver folio 30 del expediente.



APM, TRAMARSA podía ingresar sus camiones con la carga al Terminal Portuario con 31 horas para planificar el ingreso sus contenedores sin incurrir en el recargo por arribo tardío.

- 32.- Como se advierte, debido a la restricción ocurrida y al plazo de ampliación comunicado por APM en su segundo correo electrónico, el periodo de tiempo con el que contó TRAMARSA para planificar el ingreso de sus contenedores vacíos al Terminal Portuario sin incurrir en el recargo por arribo tardío no fue de 90 horas sino de 31 horas.
- 33.- En este punto, cabe recordar que el artículo 2.10. del Contrato de Concesión ha dispuesto que los servicios portuarios prestados por APM en su calidad de Concesionaria se rigen por los principios de continuidad y regularidad<sup>15</sup>.
- 34.- Al respecto, Jorge Danós ha señalado, sobre los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos lo siguiente:

**"B. El principio de continuidad**

*Implica la obligación de proporcionar el servicio sin interrupciones en atención al carácter esencial de las prestaciones involucradas que tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades colectivas primordiales y la generación de las condiciones materiales mínimas que hacen posible el desarrollo de cada persona individualmente considerada, lo que determina que el servicio deba prestarse en forma perenne.*

(...)

**C. El principio de regularidad**

*Este principio significa que los operadores deben realizar las prestaciones a su cargo con sujeción a los modelos o estándares de calidad del servicio que hayan sido establecidos para su funcionamiento, ya sea en los respectivos marcos regulatorios o en los contratos de concesión, con la finalidad de garantizar la calidad de las prestaciones.*

(...)<sup>16</sup>

- 35.- En ese sentido, la continuidad debe ser analizada teniendo en consideración la necesidad pública y prestación del servicio público, de modo que se satisfagan oportunamente las necesidades del usuario del servicio. En cuanto a la regularidad, cabe indicar que el servicio brindado deberá de ceñirse a las condiciones establecidas para su funcionamiento, las cuales se establecen en el contrato de Concesión.
- 36.- En el presente caso, APM no prestó sus servicios de manera continua y regular debido a la restricción en el acceso al Terminal Portuario ocurrida, pues pese a que se otorgó a

<sup>15</sup> Contrato de Concesión

2.10. Considerando la naturaleza pública de la titularidad, los Servicios que son materia del Contrato de Concesión se rigen por los principios de continuidad, regularidad y de no discriminación, de conformidad con lo dispuesto en la LSPN.

<sup>16</sup> Danós Ordoñez, José. "El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana". Revista de Derecha: Themis N° 55. 2008. p. 263 y 264.



TRAMARSA una ampliación de plazo en la hora de Cut Off programada a fin de que pudiese planificar el ingreso de sus contenedores vacíos sin incurrir en el recargo por arribo tardío (las 31 horas señaladas), se ha verificado que dicha ampliación no fue equivalente a las horas que habría contado para dicha planificación de no haber ocurrido la restricción de acceso (las 90 horas señaladas); de lo que se evidencia una reducción significativa en el periodo de tiempo con el cual contaba el usuario para planificar el ingreso de sus contenedores.

- 37.- Por lo tanto, habiéndose reducido claramente el plazo con el cual contaba TRAMARSA para planificar el ingreso de sus contenedores sin incurrir en el recargo por arribo tardío debido a la restricción en el acceso al Terminal Portuario, no correspondería que APM aplicase el referido recargo.
- 38.- En consecuencia, con lo expuesto precedentemente, corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura N° 002-200381.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN<sup>17</sup>;

#### SE RESUELVE:

**PRIMERO.- REVOCAR** la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0393-2017; y en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A.; respecto del cobro de la factura N° 002-200381 emitida por concepto de arribo tardío de la Carga, dejando sin efecto su cobro.

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

**TERCERO.- NOTIFICAR** a TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

<sup>17</sup> Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN. Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN.

Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Integrar la resolución apelada;
- Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda".

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS  
EXPEDIENTE N° 168-2017-TSC-OSITRAN  
RESOLUCIÓN N° 1

**CUARTO.- DISPONER** la difusión de la presente resolución en el portal institucional ([www.ositran.gob.pe](http://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**