



EXPEDIENTE : 169-2017-TSC-OSITRAN
 APELANTE : TRABAJOS MARITIMOS S.A.
 ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
 ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/0392-2017

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 19 de enero de 2018

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/0392-2017 (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° 002-200388, emitida por el concepto de "Recargo por arribo tardío de contenedores"; señalando lo siguiente:
 - i.- No corresponde el pago total de la Factura N° 002-200388, toda vez que según la información de la "Programación de Naves"¹ que se adjunta al reclamo, obtenida de la página web de APM, el Cut Off Dry correspondiente a la nave MN MSC BRUNELLA V. 729R, fue programado para las 15:00 horas del 24 de julio de 2017 (24 horas antes del ETB); por lo que quince (15) de sus contenedores cumplieron con ingresar antes del vencimiento del plazo establecido, según el siguiente detalle:

CONTENEDOR	CUT OFF	DÍA Y HORA DE INGRESO
CAIU2903050	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 11:18
GLDU9649223	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 12:07

¹ Ver folio 8 del expediente.



MEDU6599476	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 12:19
BMOU6155320	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 12:22
TEMU3942753	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 12:32
MEDU7452324	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 12:45
MEDU3615280	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 13:04
BMOU5878053	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 13:16
CAIU9889781	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 13:19
TCLU7861610	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 13:23
TEMU8356992	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 13:25
GESU6546061	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 13:29
CAIU9945653	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 13:34
TCLU9804754	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 13:36
MEDU7656288	24/07/2017 – 11:00	24/07/2017 – 14:05

- ii.- Reconocen que solo dos (2) contenedores ingresaron fuera del Cut Off Dry establecido, por lo que respecto de éstos si corresponde el respectivo recargo al haber ingresado fuera del plazo fijado, según el siguiente detalle:

CONTENEDOR	CUT OFF	DÍA Y HORA DE INGRESO
BMOU6912050	24/07/2017 – 11:00	25/07/2017 – 05:49
MEDU1200650	24/07/2017 – 11:00	25/07/2017 – 15:00

- iii.- De conformidad con el numeral d) del artículo 59° del Reglamento de Operaciones de APM, el plazo de libre almacenamiento para contenedores llenos con carga seca es de hasta veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave.
- iv.- Siendo ello así, en el presente caso no corresponde el cobro por "Arribo Tardío de Contenedores" respecto de quince (15) de ellos, toda vez que ingresaron al Terminal dentro del plazo de 24 horas, tal como consta del propio reporte obtenido de la página web de APM².
2. Mediante Carta N° 0988-2017-APMTC/CL, notificada a TRAMARSA el 23 de octubre de 2017, APM procedió a ampliar el plazo para emitir la respuesta al reclamo en (30) treinta días hábiles.
3. A través de la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0392-2017 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1), notificada el 08 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° 002-200388 por un importe ascendente a US\$ 1 604,80 (Mil seiscientos cuatro con 80/100 dólares de los Estados Unidos de América), correspondiente al concepto por Arribo Tardío de diecisiete (17)

² Ver folios del expediente.



contenedores: CAIU2903050, GLDU9649223, MEDU6599476, BMOU6155320, TEMU3942753, MEDU7452324, MEDU3615280, BMOU5878053, CAIU9889781, TCLU7861610, TEMU8356992, GESU6546061, CAIU9945653, TCLU9804754, MEDU7656288, BMOU6912050 y MEDU1200650.

- 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 (ETB³), 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.- Asimismo, los recargos son cobrados de forma excepcional a los usuarios del Terminal Portuario, de acuerdo con las notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos, vigente al momento de la prestación del servicio.
- iv.- En ese sentido, se encuentra facultada a cobrar los siguientes tipo de recargos: (i) Generales; (ii) por los servicios prestados a la nave; y, (iii) por los servicios prestados a la carga, encontrándose dentro de este último el recargo por arribo tardío.
- v.- De conformidad con la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos, APM tiene el derecho de realizar el recargo por concepto de arribo tardío de la carga cuando el cliente solicite ingresar su mercancía a las instalaciones del Terminal Portuario después del plazo establecido en el Cut Off Dry y se encuentra dentro del plazo máximo de espera aceptado y confirmado para cada nave.
- vi.- Ahora bien, de la factura objeto de reclamo se verificó que la nave MSC BRUNELLA tuvo como E.T.B. a las 11:00 horas del 25 de julio de 2017, por lo que el tiempo límite de ingreso de contenedores secos (Cut Off Dry) de la mencionada nave fue a las 11:00 horas del 24 de julio de 2017. Cabe precisar que esta información fue comunicada a TRAMARSA mediante correo electrónico⁴ de fecha 20 de julio de 2017, a las 10:38 horas, el cual se adjunta como medio probatorio.
- vii.- En ese sentido, no es correcto lo que señala TRAMARSA en su reclamo respecto de la hora límite del Cut Off Dry, el cual, según señala fue establecido para las 15:00 horas del 24 de julio de 2017.
- viii.- Finalmente, del "Reporte de Movimientos de Camiones"⁵ para las autorizaciones N° 293759, 293896, 293895 y 293853, obtenidos del Sistema N4 de APM se verificó que diecisiete (17) contenedores llenos ingresaron después del Cut Off Dry establecido, es decir, después de las 11:00 horas del 24 de julio de 2017. Cabe precisar que las horas de ingreso de los contenedores han sido aceptadas en el reclamo de TRAMARSA.

³ Estimated time of berth: Tiempo estimado de atraque.

⁴ Ver folio 15 del expediente.

⁵ Ver folios 15 al 20 del expediente.



4. Con fecha 29 de noviembre de 2017, TRAMARSA interpuso recurso de apelación en virtud de los siguientes argumentos:
- i.- No se encuentra obligada a pagar la Factura N° Foo2-200388, toda vez que sus contenedores secos ingresaron al patio de APM según el Cut Off Dry establecido en la "Programación de Naves", obtenida de la página web de APM⁶.
 - ii.- Teniendo en cuenta la información publicada en la web, el Cut Off Dry fue programado a las 15:00 horas del 24 de julio de 2017. En esa línea, TRAMARSA si cumplió con ingresar sus quince (15) contenedores dentro del plazo establecido.
 - iii.- Reitera que de conformidad al numeral d) del artículo 59° del Reglamento de Operaciones de APM, el plazo libre de almacenaje para contenedores llenos con carga seca es de hasta veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave.
 - iv.- Por otro lado, APM señala equivocadamente que el Cut Off Dry a considerar debe ser aquel que fuera comunicado al usuario por correo electrónico; sin embargo, no toma en consideración que el citado correo, señala expresamente que el usuario debe revisar la información actualizada en su página web:

<https://extranet.apmterminalsCALLAO.com.pe/Contenedore/ConsultaBerthingarea=Berth>.
 - v.- En ese sentido, tomando en consideración la información proporcionada en el portal web de APM, el cual fijó como fecha del Cut Off Dry a las 15:00 horas del 24 de julio de 2017, TRAMARSA si cumplió con ingresar sus quince (15) contenedores dentro del plazo establecido, sin incurrir en el recargo de arribo tardío.
 - vi.- No obstante lo señalado, reconocen que si existieron dos (2) contenedores que ingresaron fuera del plazo del Cut Off Dry establecido, los cuales fueron: BMOU6912050 y MEDU1200650, por lo que respecto de estos contenedores si corresponde el cobro del recargo.
 - vii.- Finalmente, si se considera que el Cut Off Dry correcto ha sido el remitido por APM a través de correo electrónico, se estaría justificando una conducta y política comercial dañina y perjudicial para el comercio internacional; además, se estaría autorizando al puerto a proporcionar información falsa a los usuarios, dado que existirían dos horas distintas de Cut Off Dry.
5. 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

⁶ Ver folio 32 del expediente.

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 señaló que APM considera equivocadamente que el Cut Off Dry correcto fue el que se comunicó por correo electrónico; sin embargo, no ha tomado en cuenta que 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.- De esta manera, toda información vinculada a las operaciones portuarias debe ser transmitida a todos los usuarios de los servicios a través del correo electrónico o medio documentado. 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.- En cumplimiento del deber de información de las operaciones, el 20 de julio de 2017 a las 10:38 horas, APM envió el correo denominado "APERTURA DE STACKING // MN MSC BRUNELLA V-NX729R –FORECAST & CAL PRELIMINAR MFTO. 1914", a funcionarios de TRAMARSA, brindándose la siguiente información:
 1. ETB: 25/07/17 a las 11:00 horas
 2. Inicio de Stacking: 20/07/17 a las 23:00 horas
 3. Cut off Dry Containers: 24/07/17 a las 11:00 horas
 4. Cut off MTY & Reefer Containers: 24/07/17 a las 19:00 horas
- iv.- Es decir, los Cut Off Dry calculados inicialmente y comunicados vía correo electrónico quedaron establecidos para el ingreso de los contenedores, no estando sujetos a cambios relacionados a variaciones del ETB.
- v.- En esa línea, mediante el correo denominado "APERTURA DE STACKING // MN MSC BRUNELLA V-NX729R –FORECAST & CAL PRELIMINAR MFTO. 1914", queda acreditado que TRAMARSA tomó conocimiento efectivo sobre los aspectos relacionados a las operaciones a brindarse, a fin de que realizara el ingreso oportuno de sus contenedores para exportación de la nave BRUNELLA; por lo que cualquier ingreso posterior al Cut Off Dry indicado generaría el cobro por arribo tardío.
- vi.- Es importante señalar que en dicho correo también se señaló expresamente lo siguiente: (...) "Es importante recalcar que el Programa de Atraques que se actualiza tres veces al día y se envía diariamente contiene información referencial referida a la distribución de amarraderos del terminal la cual no correspondería ser considerada para los cálculos de contenedores del puerto." (...).
- vii.- En ese sentido, la información mediante el cual se da a conocer el Programa de Atraques publicada en la página web de APM se actualizada tres veces al día, por lo



que este es referencial y no puede ser considerada para el cálculo de los ingresos de contenedores.

viii.- Adicionalmente, TRAMARSA pretende argumentar que de la Consulta de Naves⁷, el Cut Off Dry estaba fijado para las 15:00 horas del 24 de julio de 2017, sin embargo, adjunta como medio probatorio una imagen de la consulta de naves que no puede ser adecuadamente visualizada.

ix.- Finalmente, la información referida al Cut Off enviada a TRAMARSA mediante correo electrónico corresponde a la información oficial a efecto del ingreso oportuno de sus contenedores para exportación de la nave MSC FAUSTINA.

6. 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.

7. Con fecha 16 de enero de 2018, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

8. 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° 002-200388 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

9. 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 APM⁸ (en lo sucesivo, Reglamento de

⁷ Ver folio 32 del expediente.

⁸ 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. (...)

Reclamos de APM) y en los literales a) y c), del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN⁹ (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo¹⁰, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

10. De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM¹¹, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹², 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.
11. 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 08 de noviembre de 2017.
 - ii.- El plazo máximo para que TRAMARSA interponga su recurso de apelación venció el 29 de noviembre de 2017.

⁹ **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....)".

¹⁰ **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".

¹¹ **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".

¹² **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias**

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

- iii.- TRAMARSA presentó su recurso de apelación el 29 de noviembre de 2017, dentro del plazo exigido normativamente.
12. 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 General²³.
13. 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"

14. 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

²³ 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".



obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

15. 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).
16. 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.
17. 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."

18. Al respecto, el cobro por concepto de arribo tardío de la carga se encuentra detallado en lista de "Precios por otros servicios y recargos"¹⁴. 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".

19. 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.
20. 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.
21. 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 una relación contractual.

¹⁴ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/972877962Precios-de-otros-servicios-y-Recargos-V-3-a-.pdf>



22. Siendo así, tal como ya ha sido establecido anteriormente por este Colegiado¹⁵, 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 condiciones¹⁶.
23. 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° 002-200388

24. En el presente caso, TRAMARSA señaló en su escrito de apelación que se debe dejar sin efecto la factura N° 002-200388, en el extremo referido a sus quince (15) contenedores secos N°CAIU2903050, GLDU9649223, MEDU6599476, BMOU6155320, TEMU3942753, MEDU7452324, MEDU3615280, BMOU5878053, CAIU9889781, TCLU7861610, TEMU8356992, GESU6546061, CAIU9945653, TCLU9804754 y MEDU7656288; debido a que éstos ingresaron al Terminal Portuario antes del vencimiento del plazo de Cut Off Dry establecido en la Programación de Naves de la página web de APM¹⁷, es decir, las 15:00 horas del 24 de julio de 2017.
25. Por su parte, APM señaló que cumplió con informar a TRAMARSA mediante correo electrónico, que el Cut Off Dry de la nave MN MSC BRUNELLA V-NX729R fue fijado para las 11:00 horas del 24 de julio de 2017. Preciso que el medio idóneo por el cual comunicó a TRAMARSA la información del Cut Off Dry fue dicho correo electrónico y que la información consultada en la página web era únicamente referencial.

¹⁵ "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).

¹⁶ "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).

¹⁷ Ver folio 32 del expediente.



26. 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 caso¹⁸.
27. 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.
28. 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.
29. Asimismo, el artículo 57° del Reglamento de Operaciones de APM dispone la forma en que la Entidad Prestadora brindará información a los usuarios del Terminal Portuario:

"Artículo 57.- 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]

30. 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.
31. Al respecto, cabe señalar que obra en el expediente el correo electrónico enviado por APM a TRAMARSA el 20 de julio de 2017 a las 10:38 horas¹⁹, mediante el cual informó a la apelante que

¹⁸ 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".

¹⁹ Ver folio 33 del expediente.



la fecha de Cut Off Dry fue fijada para las 11:00 horas del 24 de julio de 2017, verificándose que la Entidad Prestadora cumplió con brindar dicha información.

32. No obstante, TRAMARSA señaló que del "Programa de Naves Anunciadas" del portal web de APM²⁰, verificó que en relación a la nave MN MSC BRUNELLA V-NX729R, se indicó que la fecha de Cut Off Dry habría sido fijada para las 15:00 horas del 24 de julio de 2017.
33. Sobre el particular, cabe recordar que el Tribunal ya se ha pronunciado en Resoluciones previas²¹ indicando que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 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.
34. Si bien TRAMARSA adjuntó a su recurso de apelación la impresión de pantalla del "Programa de Naves Anunciadas"²² extraído del sistema de APM, es importante precisar que a través del correo del 20 de julio a las 10:38 horas, APM señaló expresamente que la información mediante la cual se da a conocer el Programa de Naves publicada en la página web de APM actualizada tres veces al día era referencial y no podrá ser considerada para el cálculo de los ingresos de contenedores, tal como se puede visualizar a continuación:

Subject: APERTURA DE STACKING // MN MSC BRUNELLA V-NX729R - FORECAST & CAL PRELIMINAR MFTO 1914

Estimado Carlos,
Buenos días, mediante el presente se informa el inicio de Stacking de la MN MSC BRUNELLA V NX729R como sigue:

ETB:	25/07/2017	11:00 hrs.
1 Inicio de Stacking:	20/07/2017	23:00 hrs.
3 Cut off Dry Containers:	24/07/2017	11:00 hrs.
4 Cut off MTY & Reefer Containers:	24/07/2017	19:00 hrs.

La información de las plazas máximas de ingreso de los contenedores de embarque (Cut Off) los podrá encontrar a través de la opción "Programa de Naves de Contenedores", la misma que se encuentra actualizada en nuestra página web a través de la siguiente opción
<https://extranet.spmterminalscallao.com.pe/Contenedor/ConsultaBerthing?areas=Berth>
Es importante recalcar que el Programa de Atraques, que se actualiza tres veces al día y se envía diariamente, contiene información referencial referida a la distribución de amarraderos del terminal la cual no correspondería ser considerada para los cálculos de ingreso de contenedores al puerto.
Sírvasse comunicar a los almacenes involucrados el envío solamente de la carga consignada en el CAL.
Nota: Para una mejor atención a sus consultas sobre registro y/o status de su contenedor puede realizarlo en la siguiente dirección: ositranspmterminalscallao.com.pe, en caso no cuente con clave y/o usuario favor comunicarse con APMATCustomerService@spmterminals.com

Saludos cordiales,
Hugo Bustamante Valdivia
Planner - Operations
APM Terminals Callao
Av. Contraalmirante Raygada N° 111
Callao - Perú
Oficina: +511 200-8841

35. En esa línea, la apelante debió de considerar como fecha de Cut Off Dry, aquella que expresamente le fue transmitida por APM mediante correo electrónico el 20 de julio de 2017 a las 10:38 horas, al ser la vía idónea de comunicación y reglamentaria de conformidad al artículo 57° del Reglamento de Operaciones de APM. En ese sentido, la apelante debió de considerar el Cut Off Dry fijado para las 11:00 horas del 24 de julio de 2017.

²⁰ Ver folio 32 del expediente.

²¹ 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.

²² Ver foja 10 del expediente.



36. Ahora bien, corresponde verificar si la mercadería de TRAMARSA fue ingresada al Terminal Portuario antes de la fecha de Cut Off Dry señalada.
37. De los medios probatorios que obran en el expediente, denominados "Movimiento de Camiones"²³ y "Detalle de Factura Almacenamiento (Storage)"²⁴, para las autorizaciones N° 293759, 293896, 293895 y 293853, se evidencia que los diecisiete (17) contenedores secos de TRAMARSA de N° CAIU2903050, GLDU9649223, MEDU6599476, BMOU6155320, TEMU3942753, MEDU3615280, BMOU5878053, CAIU9889781, TCLU7861610, GESU6546061, CAIU9945653, TCLU9804754, MEDU7656288, BMOU6912050, MEDU1200650, MEDU7452324 y TEMU8356992; ingresaron al Terminal Portuario entre las 11:05 y las 05:20 horas del 24 y 25 de julio de 2017, esto es, fuera del plazo de Cut Off Dry comunicado mediante correo electrónico (11:00 horas del 24 de julio de 2017).
38. En virtud de lo expuesto, corresponde confirmar la resolución recurrida que declaró infundado el reclamo interpuesto por TRAMARSA respecto del cobro establecido en la factura N° 002-200388, en la medida que ha quedado acreditado que sus diecisiete (17) contenedores ingresaron de forma posterior a las fechas de Cut Off Dry previstas.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN²⁵;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0392-2017, que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por TRABAJOS MARITIMOS S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto del cobro de la factura N° Foo2-200388, emitida por concepto de recargo de arribo tardío de la carga.

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

²³ Ver foja 42 al 46 del expediente.

²⁴ Ver folio 47 al 48 del expediente.

²⁵ **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° 169-2017-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

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**