



EXPEDIENTE : 036-2018-TSC-OSITRAN
APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/0463-2017

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 27 de abril de 2018

SUMILLA: *Corresponde confirmar la resolución que declaró infundado el reclamo, en la medida que procede el cobro del recargo por arribo tardío de contenedores por parte de la Entidad Prestadora, cuando se acredita que el ingreso de los contenedores se llevó a cabo luego de vencido el Cut Off.*

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en lo sucesivo, TRAMARSA o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0463-2017 (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 20 de noviembre de 2017, TRAMARSA interpuso reclamo ante APM solicitando se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo2-208750, por un importe ascendente a US\$ 11 233,60 (once mil doscientos treinta y tres con 60/100), emitida por el concepto de "Recargo por Arribo Tardío" de 119 contenedores; precisando lo siguiente:
 - i.- No se encuentra conforme con la emisión de la factura N° Foo2-208750 toda vez que el recargo por arribo tardío se debió a causas no imputables a TRAMARSA, esto es, única y exclusivamente a las demoras en la atención y en el ingreso al Terminal Portuario a cargo de APM.



- ii.- Las demoras antes referidas fueron ocasionadas por la congestión existente en el Terminal Portuario, lo que generó un rango de fluidez ineficiente para los usuarios.
 - iii.- De acuerdo con el Reporte de Ingreso y Salida de camiones del Terminal Portuario, se observó que existieron alrededor de 47 unidades que tuvieron un tiempo de entre 35 minutos y 1 hora en ser atendidas. Asimismo, 40 unidades tuvieron un tiempo de espera mayor a una hora dentro del Terminal Portuario, por lo que sus unidades estuvieron paralizadas sin realizar el desembarque a tiempo de los contenedores.
 - iv.- Finalmente, a fin de acreditar las demoras producidas presentó los tickets de ingreso y salida de los camiones del Terminal Portuario, de los cuales se aprecia que el tiempo de espera de sus unidades fue mayor al plazo establecido por la norma.
2. Mediante Resolución N° 1 notificada el 13 de diciembre de 2017, APM emitió pronunciamiento sobre el reclamo presentado por TRAMARSA declarándolo infundado bajo los siguientes argumentos:
- i.- El 27 de agosto de 2017 emitió la factura N° Foo2-208750 por un importe ascendente a US\$ 11 233,60 (once mil doscientos treinta y tres con 60/100 dólares de los Estados Unidos de América), correspondiente al concepto de Arribo Tardío por un total de 119 contenedores.
 - 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 (ETB¹), 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 tipos 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 el numeral 2.3.2.1 de 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

¹ Estimated time of berth: Tiempo estimado de atraque.



Portuario después del plazo establecido en el Cut Off 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 MN MSC RAPALLO tuvo como E.T.B. las 11:00 horas del 23 de agosto 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 22 de agosto de 2017 y de los contenedores refrigerados (Cut Off Reefer) a las 19:00 horas del 22 de agosto de 2017. Cabe precisar que esta información fue comunicada a TRAMARSA mediante correo electrónico² de fecha 18 de agosto de 2017, a las 13:58 horas.
 - vii.- En esa línea, TRAMARSA debía cumplir con ingresar 222 contenedores antes del vencimiento del Cut Off; sin embargo, solo envió 103 dentro del plazo, mientras que 119 ingresaron de manera posterior al vencimiento del Cut Off; por lo que corresponde el cobro del recargo por Arribo Tardío respecto de esos 119 contenedores.
 - viii.- Con relación a los Reportes de Ingreso y Salida de camiones, si bien éstos mostrarían el cálculo del tiempo de atención para el ingreso de los camiones al Terminal Portuario; del Reporte de Atención de Camiones se aprecia que el promedio de atención de los contenedores fue de 27 minutos, siendo el tiempo de atención para la medición de los Niveles de Servicio y Productividad verificado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN en promedio de 30 minutos. En consecuencia, el tiempo de atención de los camiones no originó el ingreso tardío de los 119 contenedores de TRAMARSA.
 - ix.- En cuanto a las Guías de Remisión del Transportista, éstos no constituyen medios probatorios que acrediten el tiempo de atención dentro del Terminal, dado que son documentos emitidos por el transportista para sustentar el traslado de bienes desde su almacén extraportuario hasta el Terminal.
3. Con fecha 05 de enero de 2018, TRAMARSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 expedida por APM reiterando los argumentos expuestos en su reclamo y agregando lo siguiente:
- i.- Las demoras producidas en la atención de sus unidades fueron ocasionadas por la congestión existente en el Terminal Portuario.
 - ii.- El Terminal Portuario no cuenta con la capacidad logística para brindar un servicio óptimo, lo que tiene como consecuencia un rango de fluidez ineficiente para atender los camiones de los usuarios, los cuales son retenidos en la zona del antepuerto.

² Ver folio 197 del expediente.



- iii.- No es cierto que la atención promedio de los contenedores sea de 27 minutos como señala APM, toda vez que de una muestra de 4 contenedores y de los tickets de balanza, presentados como medio probatorio, se verifica que el tiempo real de atención es de 44 minutos. Asimismo, se puede evidenciar también que 40 unidades tuvieron un tiempo de espera incluso mayor a 1 hora.
4. El 26 de enero de 2018, 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 presentado por TRAMARSA, reiterando lo señalado en la Resolución N° 1 y agregando lo siguiente:
- i.- Si bien TRAMARSA ha señalado que la razón de no haber ingresado sus contenedores antes del vencimiento del Cut Off ha sido exclusivamente por supuestas demoras y congestión del Terminal Portuario; del Movimiento de Camiones se verificó que su primera unidad vehicular fue enviada el 21 de agosto de 2017 a las 05:12 horas, es decir, un día antes del vencimiento del Cut Off.
- ii.- En relación a la planificación de la logística de los usuarios y a la programación del envío de vehículos para el retiro de su carga, OSITRAN ha emitido pronunciamientos en expedientes anteriores, señalando que la empresa cuyo giro de negocio consiste en brindar servicios logísticos relacionados con operaciones marítimas y portuarias es quien se encuentra en mejor posición para programar el envío de sus contenedores de manera anticipada; en consecuencia, es responsabilidad de la reclamante proporcionar los vehículos necesarios para llevar a cabo toda la operación dentro de los plazos establecidos.
- iii.- TRAMARSA no actuó de manera diligente al no haber realizado las coordinaciones correspondientes para ingresar todos sus contenedores antes del vencimiento del Cut Off; por ende, le corresponde asumir la responsabilidad por el arribo tardío de los mismos.
- iv.- Las Guías de Remisión del Transportista no acreditan el tiempo de atención dentro del Terminal Portuario, pues dichos documentos únicamente registran los datos de la balanza en el almacén extraportuario.
- v.- La medición de los Niveles de Servicio y Productividad recogida en el Anexo 3 del Contrato de Concesión es en promedio de 30 minutos, la cual es verificada en base al promedio trimestral o por operación de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN; en consecuencia, no corresponde aplicar dicho promedio a la presente operación, dado que los 30 minutos deben ser calculados respecto de todas las operaciones realizadas por APM durante tres (3) meses.



vi.- En relación a los 4 contenedores citados por TRAMARSA, verificaron que éstos realizaron una "doble transacción" en el terminal portuario, es decir, ingresaron para dejar un contenedor (expo) y recogieron un segundo contenedor al retirarse (impo); en consecuencia el sistema asignó a cada operación la mitad del tiempo total de estadía del camión en el Terminal Portuario.

5. El 05 de abril de 2018, se realizó la audiencia de vista de la causa, con la intervención de los representantes de APM y TRAMARSA, quedando la causa al voto.
6. El 11 de abril de 2018, APM presentó su escrito de alegatos finales, en el cual reiteró los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.

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° F002-208750 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. 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 por arribo tardío de Contenedores". 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 APM³ (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 OSITRAN⁴ (en adelante, el Reglamento de

³ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

1.5.3 *Matena 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. (...)*

⁴ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN



Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo⁵, 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 APM⁶, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁷, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
10. Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
 - i.- La Resolución N° 1 de APM materia de impugnación fue notificada a TRAMARSA el 13 de diciembre de 2017.
 - ii.- El plazo máximo para que TRAMARSA interponga el recurso de apelación venció el 08 de enero de 2018.
 - iii.- TRAMARSA presentó su recurso de apelación el 05 de enero de 2018, esto es, dentro del plazo legalmente establecido.

"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 (...)"*

6 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".

6 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".

7 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".



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 General⁸.
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. 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

⁸ 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."

14. Asimismo, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se brindan a la nave (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).
15. De la lectura de las cláusulas citadas se puede advertir que el Contrato de Concesión prevé que los servicios que se brindan en el Terminal Portuario son, en principio, servicios portuarios, respecto de los cuales la Entidad Prestadora se encuentra legitimada a cobrar una tarifa o un precio.
16. Asimismo, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5, y (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23:

"1.23.102 Tarifa

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

*"8.20 **SERVICIOS ESPECIALES***

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

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

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



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

(...)

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

[El subrayado es nuestro.]

17. Al respecto, el cobro por concepto de "Recargo por arribo tardío de la Carga" se encuentra detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁹. 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.

18. En tal sentido, el "Recargo por arribo tardío de la Carga", 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 ésta es aceptada por el operador portuario.
19. Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera, a modo de compensación, por el incumplimiento de aquellas cláusulas que fueron aceptadas al establecer la relación contractual y que implicaron cambios en lo previamente planificado

⁹ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/972877962Precios-de-otros-servicios-y-Recargos-V-3-0-.pdf>



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 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.
21. Siendo así, tal como ya ha sido establecido anteriormente por este Colegiado¹⁰, el tarifario, así como los Reglamentos Internos que describen las condiciones comerciales de los servicios que 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 condiciones¹¹.
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.
23. En este punto, corresponde analizar si la demora en el ingreso de los contenedores 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.

¹⁰ "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).

¹¹ "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).



Sobre el cobro de la factura N° Foo2-208750

24. En el presente caso, APM emitió la factura N° Foo2-208750 por concepto de recargo por arribo tardío de contenedores destinados a ser embarcados en la nave MSC RAPALLO. Al respecto, indicó que considerando que el Cut Off estuvo fijado para las 11:00 horas del día 22 de agosto de 2017, se verificó que 119 contenedores habían ingresado fuera de dicho plazo, por lo que correspondía la aplicación del recargo sobre dichos contenedores.
25. Ante ello, TRAMARSA presentó un reclamo cuestionando el cobro del recargo por parte de APM, indicando que sus contenedores habían ingresado luego de vencido el plazo del Cut Off debido a la congestión y demora en la atención en el ingreso al Terminal Portuario.
26. Del análisis de los medios probatorios presentados por la apelante, se verifica que el Reporte de Registro de Ingreso y Salida de camiones¹² y la copia de los tickets de balanza¹³ no acreditan que la congestión alegada hubiera impedido el ingreso oportuno de los contenedores de TRAMARSA al Terminal Portuario, ni que la referida congestión hubiera sido generada por hechos atribuibles a APM.
27. Asimismo, cabe indicar que si bien TRAMARSA ha alegado que habría existido demora por parte de APM en la atención para el ingreso de sus camiones, presentando como medio probatorio los tickets de balanza, cabe señalar que los mismos tienen como finalidad controlar el peso de los camiones que ingresan al Terminal Portuario; sin embargo, no acreditan la permanencia que tuvieron éstos en dichas instalaciones. En ese sentido, la apelante no ha presentado medios probatorios que acrediten lo alegado.
28. Al respecto, cabe señalar que el numeral 171.2 del artículo 171 del TUO de la LPAG¹⁴ establece que corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones.
29. En ese sentido, correspondía al usuario, en este caso TRAMARSA, acreditar cuales fueron aquellas situaciones que ocurrieron y presuntamente fueron provocadas por APM, que habrían generado la demora en el ingreso de sus contenedores; no obstante, como se verifica del expediente administrativo, no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que la demora se produjo por la congestión vehicular en el ingreso al terminal y que dicha congestión

¹² Ver folio 08 y 09 del expediente.

¹³ Ver folio 10 al 190 del expediente.

¹⁴ TUO de la LPAG

"Artículo 171.- Carga de la prueba
(...)

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones".



se haya debido a hechos atribuibles a APM; ni que sus contenedores hubieran ingresado luego de vencido el plazo por algún hecho atribuible a la Entidad Prestadora.

30. En atención a lo expuesto, este Tribunal considera que era TRAMARSA, empresa cuyo giro de negocio consiste en brindar servicios logísticos relacionados con operaciones marítimas y portuarias, quien se encontraba en mejor posición para programar el envío de sus contenedores de manera anticipada al vencimiento del Cut Off, pues está en su esfera de control enviarlos con anterioridad a la fecha límite para el ingreso de los contenedores.
31. Consecuentemente, en la medida que TRAMARSA no ha acreditado con medios probatorios idóneos que el ingreso de sus contenedores luego de vencido el Cut Off, se haya debido a hechos atribuibles a APM, la Entidad Prestadora se encontraba facultada a realizar el cobro por concepto de recargo por arribo tardío contenido en la factura N° Foo2-208750.

Cuestiones Finales

32. En cuanto a los alegados bajos niveles de servicio y productividad en la prestación del servicio por parte de TRAMARSA, cabe indicar que de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN¹⁵, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización es la encargada de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes como la atención de camiones).
33. En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, respecto de los niveles de servicio y productividad a los que está obligada APM contractualmente, se advierte algún incumplimiento por parte de ésta última, corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente¹⁶.

¹⁵ Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones

(...)

g) Órgano Supervisor: Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras".

"Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

(...)

e) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidos contractualmente para la infraestructura de transporte."

¹⁶ Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN

"Artículo 7º Órganos competentes

El órgano competente para la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores es la Gerencia de Supervisión.

El órgano resolutorio, en primera instancia es la Gerencia General de OSITRAN.



En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹⁷;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0463-2017, que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° Foo2-208750, emitida por el concepto de recargo por arribo tardío de contenedores.

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.

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

El órgano resolutorio, en segunda instancia es el Consejo Directivo de OSITRAN".

17 Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- a. Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;*
- b. Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;*
- c. Integrar la resolución apelada;*
- d. 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".