



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N.º 229-2018-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N.º 1

EXPEDIENTE : 229-2018-TSC-OSITRAN
APELANTE : UNIMAR S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N.º 1 del expediente N.º APMTC/CL/0440-2018.

RESOLUCIÓN N.º 1

Lima, 10 de junio de 2019

SUMILLA: *Corresponde confirmar la Resolución de primera instancia, en la medida que el usuario no ha acreditado que el cobro del recargo por arribo tardío de contenedores haya sido consecuencia de deficiencias en el servicio brindado por la Entidad Prestadora.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por UNIMAR S.A. (en adelante, UNIMAR o la apelante) contra la Resolución N.º 1 emitida en el expediente N.º APMTC/CL/0440-2018 (en lo sucesivo, la Resolución N.º 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora) y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 16 de octubre de 2018, UNIMAR interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N.º 002-321336 emitida por concepto de "Recargo por arribo tardío" de tres (3) contenedores vacíos; señalando lo siguiente:
 - i. No les corresponde cancelar la referida factura toda vez que desde inicios de año arribaron al puerto del Callao una gran cantidad de contenedores, lo que generó que en el antepuerto y fuera de APM se produjera una inmensa cola de camiones y congestión vehicular.
 - ii. A efectos de acreditar lo alegado, presentó correos electrónicos remitidos por UNIMAR a APM informándole de la congestión existente para ingresar al Terminal Portuario, la cual originó que tres (03) de sus contenedores ingresen de manera posterior a la fecha y hora del *cut off* comunicado.
- 2.- A través de la Resolución N.º 1 notificada a UNIMAR el 7 de noviembre de 2018, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado; en base a los siguientes argumentos:

- i.- UNIMAR ha señalado que los tres (03) contenedores habrían ingresado de manera posterior a la fecha y hora del *cut off* debido a la alegada congestión vehicular durante el desarrollo de las operaciones, para lo cual adjuntó como medios probatorios correos electrónicos mediante los cuales habría comunicado dicha congestión; no obstante, no se aprecia la fecha y hora de las fotografías que contiene cada correo electrónico, ni el tiempo de permanencia de las unidades fuera del terminal. Asimismo, no se evidencia que dichas demoras se hubieran iniciado dentro del Terminal Portuario y que fueran consecuencia de hechos atribuibles a APM.
 - ii.- El Tribunal de OSITRAN, en la Resolución Final emitida en el expediente acumulado N° 082, 083, 084, 085, 086-2016, numerales 43 y 48, consideró que era TRAMARSA quien se encontraba en mejor posición para programar el envío de sus contenedores de manera anticipada, al brindar servicios logísticos relacionados con operaciones marítimas y portuarias.
 - iii.- UNIMAR no ha demostrado que la congestión alegada resulte atribuible a APM, por lo que procede el cobro por arribo tardío realizado.
- 3.- Con fecha 27 de noviembre de 2018, UNIMAR interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 reiterando los argumentos contenidos en su reclamo y señalando además, lo siguiente:
- i.- Los correos electrónicos presentados acreditan que el retraso en el retiro de contenedores vacíos fue ocasionado por la congestión vehicular existente tanto fuera del Terminal Portuario como en el antepuerto de APM.
 - ii.- Ninguno de los correos electrónicos presentados como medios probatorios fue analizado por APM, limitándose a señalar que no se habría acreditado que la demora en el ingreso de los contenedores vacíos se hubiera debido a la congestión vehicular existente a las afueras de sus instalaciones.
 - iii.- Otros consignatarios también habrían pugnado por entrar y recoger contenedores, ocurriendo que la congestión vehicular existente no es un hecho que pueda imputárseles.
 - iv.- Aun cuando hubo camiones que lograron ingresar a su antepuerto, ello no fue tomado en cuenta debido a que APM considera ingresados los camiones recién después de cruzar el *gate* del terminal.
- 4.- El 17 de diciembre de 2018, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento.
- 5.- El 22 de mayo de 2019, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de ambas partes, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

6.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N.º 1 de APM.
- ii.- Determinar si corresponde el cobro realizado a UNIMAR de la factura materia de reclamo emitida por APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 7.- De la revisión del expediente administrativo, se verifica que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de UNIMAR en relación al cobro de la factura 002-321336 emitida por arribo tardío por parte de APM. Al respecto, el artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), establece que el procedimiento de solución de reclamos de usuarios ante las entidades prestadoras, comprende, entre otros, los reclamos sobre la facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura¹. Dicho supuesto también se encuentra recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM² (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM); por lo que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 8.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁵, el plazo que tiene el usuario para la

¹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N.º 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".

² Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N.º 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.

³ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁴ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM.

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁵ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

interposición del recurso de apelación es de quince (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.º 1 fue notificada a UNIMAR el 07 de noviembre de 2018.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo UNIMAR para interponer el recurso de apelación venció el 28 de noviembre de 2018.
 - iii.- UNIMAR apeló con fecha 27 de noviembre de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
- 10.- 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 cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁶.
- 11.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

a) 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

⁶ TUO de la LPAG

"Artículo 218.- Recurso de apelación

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

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 es nuestro]

- 16.- 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"⁷. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

" Recargo por arribo tardío de la Carga

El recargo aplica cuando el cliente solicita ingresar su carga y/o documentos 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 ETB 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."

- 17.- De manera concordante, el artículo 93 del Reglamento de Operaciones de APM – versión 5, vigente al momento de ocurridos los hechos⁸, señala lo siguiente:

"Artículo 93.- Determinación del Cut off, ingreso tardío y transbordo

a) Contenedores

- Los Agentes Marítimos deberán informar a los embarcadores y demás Usuarios, según corresponda, el tiempo límite para ingresar contenedores al Terminal Portuario, para su posterior embarque.
- APMTTC determinará el ETB en función al ETA informado por el Agente Marítimo, al tiempo de operación de maniobra, a la disponibilidad de amarradero y/o ventana de atraque, entre otros.

⁷[https://www.apmterminals.callao.com.pe/images/reglamentos/precios%20de%20otros%20servicios%20y%20recargos%20en%20general%20v.%206.1%20\(vigente%20a%20partir%20del%2002-05-2018\).pdf](https://www.apmterminals.callao.com.pe/images/reglamentos/precios%20de%20otros%20servicios%20y%20recargos%20en%20general%20v.%206.1%20(vigente%20a%20partir%20del%2002-05-2018).pdf)

⁸ Aprobado por Resolución de Gerencia General N° 060-2018-APN-GG del 6 de febrero de 2018.

▪ El ETB será utilizado para determinar el Cut Off por parte de APMTC conforme a lo indicado en el presente artículo.

(...)

▪ El tiempo máximo de ingreso de contenedores será el Cut Off que se determinará de acuerdo con las siguientes disposiciones:

• Contenedores llenos con carga seca, tendrán un plazo de ingreso al área de almacenamiento de hasta veinticuatro (24) horas antes del ETB de la Nave.

• Contenedores con carga refrigerada y vacíos, tendrá un plazo de ingreso al área de almacenamiento, de hasta dieciséis (16) horas antes del ETB de la Nave.

(...)

• La línea naviera operadora de la Nave o su Agente Marítimo deberá solicitar vía correo electrónico al área de Planeamiento de APMTC, la autorización para ingresar contenedores de manera posterior y fuera de los plazos estipulados en los literales precedentes. Esta solicitud debe ser enviada en un listado único consolidado y no podrá ser recibido en un plazo menor a veinticuatro (24) horas del ETB. El área de Planeamiento de APMTC evaluará y determinará la procedencia de la solicitud de ingreso extemporáneo. APMTC, en caso determine la procedencia de la solicitud, comunicará a la línea naviera el plazo máximo de ingreso tardío. En estos casos, los contenedores deberán encontrarse en el CLL de embarque enviado por la línea naviera. El ingreso de esta carga no garantiza su embarque. De autorizarse su ingreso, el representante de la carga deberá cancelar los costos por arribo tardío de contenedores (LAR), de acuerdo con el Tarifario vigente de APMTC.

(...).”

[El subrayado es nuestro]

- 18.- En tal sentido, el “recargo por arribo tardío de contenedores”, cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, se genera debido a que el usuario, en el marco de la prestación de un servicio de embarque de mercancías solicita ingresar su carga una vez vencido el plazo establecido como *cut off* para la misma y lo que es aceptado 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 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 último párrafo del artículo 93 del Reglamento de Operaciones de APMTC, 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 Colegiado⁹, 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 UNIMAR, siempre que estos últimos manifiesten expresa o tácitamente su voluntad de aceptar o adherirse a dichas condiciones¹⁰.
- 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 el presente caso, corresponde analizar si la demora en el ingreso de los contenedores vacíos de UNIMAR después de la fecha y hora establecidas para el *cut off* se debieron a causas atribuibles a APM y, en consecuencia, verificar si la factura materia de reclamo fue correctamente emitida.
- b) Respecto del cobro de la factura emitida por arribo tardío de la carga**
- 24.- UNIMAR alega que no correspondía realizarse el cobro del recargo por arribo tardío en la medida que los contenedores ingresaron fuera del plazo del *cut off* debido a la congestión vehicular existente en el ingreso de contenedores al Terminal Portuario. Asimismo, señala que APM no estaría considerando que sus camiones ya habían ingresado al Terminal Portuario al encontrarse en el antepuerto, sino recién al cruzar el *gate*.
- 25.- Por su parte, APM ha señalado que de los correos electrónicos presentados como medios probatorios por UNIMAR, no se apreciaría la fecha y hora de las fotografías que contiene cada correo electrónico, ni el tiempo de permanencia fuera del terminal; de igual manera, no se evidenciaría que dichas demoras se hubieran iniciado dentro del Terminal Portuario y que fueran consecuencia de hechos atribuibles a APM, por lo que procede el cobro por arribo tardío realizado.
- 26.- Sobre el particular, cabe señalar que el recargo por el arribo tardío de la carga se encuentra detallado en la lista de "Precios por otros servicios y recargos", el cual dispone que el referido recargo se genera cuando en el marco de la prestación de un servicio de embarque de mercancías, el usuario solicita ingresar al Terminal Portuario su carga una vez vencido el plazo establecido como *cut off*, razón por la cual y conforme a lo manifestado por UNIMAR, corresponde analizar si el área del antepuerto resulta parte del Terminal Portuario.

⁹ "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.º 3 emitida en el Expediente N.º 012-2009-TSC-OSITRÁN).

¹⁰ "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.º 004 emitida en el Expediente N.º 047 y 048-2009-TSC-OSITRÁN – acumulados).

- 27.- En primer lugar, cabe señalar que el numeral 22 de la Vigésimo Sexta disposición transitoria y final de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, dispone lo siguiente:

"Vigésimo sexta. - Glosario de Términos

22. TERMINAL PORTUARIO: Unidades operativas de un puerto, habilitadas para proporcionar intercambio modal y servicios portuarios; incluye la infraestructura, las áreas de depósito transitorio y las vías internas de transporte."

- 28.- Conforme al reseñado artículo, el Terminal Portuario está conformado por la infraestructura, las áreas de depósito transitorio y las vías internas de transporte.
- 29.- Ahora bien, en lo que refiere al antepuerto, esta es un área a la cual los usuarios ingresan las unidades vehiculares que transportan sus mercancías antes de atravesar las balanzas del Terminal Portuario.
- 30.- Cabe señalar que el antepuerto es un área cerrada a la cual se accede desde la Avenida Néstor Gambetta a través de unas puertas custodiadas por personal de APM, esto es, no es parte del espacio público ni está abierta al público.
- 31.- En ese sentido, el antepuerto es un área de espera de los camiones de los usuarios previo a su paso por las balanzas de APM, y dado que es obligado acceso hacia las instalaciones del Terminal Portuario, se constituye como una vía interna de transporte del terminal.
- 32.- En atención a lo señalado, el antepuerto forma parte del Terminal Portuario de APM, por lo que a efecto de verificar si un usuario incurre en costos por concepto de recargo por arribo tardío de la carga, deberá de considerarse el momento en el cual la mercadería ingresó al antepuerto y no luego de cruzar el *gate* del Terminal Portuario.
- 33.- En el caso que nos ocupa, el 16 de enero de 2018 a las 19:03 horas, UNIMAR envió un correo electrónico a APM señalando que la congestión que se venía presentando desde el día 14 de enero de 2018 perjudicaba el avance e ingreso de sus contenedores, motivo por el cual, del lote de 100x40HC solo había podido ingresar el contenedor N° 80X40HC y nueve (9) de sus contenedores se encontraban en el antepuerto avanzando hacia los *gates* para su ingreso.
- 34.- Como se puede apreciar, dicho correo fue enviado luego de transcurrida la fecha y hora de *cut off* de la nave, la cual estaba fijada para el 16 de enero de 2018 a las 19:00 horas; por lo tanto, dicho medio probatorio no acredita fehacientemente que las unidades de transporte del usuario se hubieran encontrado dentro del antepuerto antes de las 19:00 horas.
- 35.- En lo que respecta a la congestión alegada en el ingreso al Terminal Portuario, UNIMAR presentó correos electrónicos de los cuales se evidencia lo siguiente:

- Correo del 16 de enero de 2018 a las 19:03 horas: UNIMAR envió un correo electrónico a APM informándole que sus unidades de transporte se encontraban paralizadas debido a la congestión vehicular que se venía presentando desde el día 14 de enero de 2018, manifestándole que no se harían responsables por los contenedores que ingresaron fuera de plazo¹¹.
 - Correo del 17 de enero de 2018 a las 00:00 horas: UNIMAR envió un nuevo correo electrónico a APM informándole que debido a la congestión existente, tres (3) de sus contenedores habían ingresado fuera de los plazos del *cut off*, por lo que no asumirían ningún cobro indebido por el ingreso tardío de los mismos¹².
- 36.- De los medios probatorios que obran en el expediente, se verifica que la nave CSCL WINTER de Mfto.2018-00054 tuvo como ETB el 17 de enero de 2018 a las 11:00 horas; por lo que los contenedores vacíos tuvieron como tiempo límite de ingreso (*cut off*) hasta el 16 de enero de 2018 a las 19:00 horas (no horas después).
- 37.- Ahora bien, de la revisión del "Reporte de Movimiento de camiones", se verifica que los contenedores ECMU4694993, CMAU8075309 y APZU4648460 atravesaron el área de balanzas el 16 de enero de 2018 a las 20:29 horas, 20:40 horas y a las 23:15 horas respectivamente; sin que se hubiere acreditado que ingresaron al antepuerto antes de la fecha y hora del *cut off* de la nave, esto es, del 16 de enero de 2018 a las 19:00 horas.
- 38.- Cabe resaltar que los correos electrónicos enviados por UNIMAR a APM el 16 de enero de 2018 a las 19:03 horas y el 17 de enero de 2018 a las 00:00 horas, fueron remitidos después de la fecha y hora de *cut off*, es decir, después del 16 de enero de 2018 a las 19:00 horas y una vez vencido el plazo para ingresar la mercadería al terminal sin incurrir en el cobro por arribo tardío.
- 39.- Adicionalmente, corresponde señalar que la sola comunicación de hechos como los indicados, esto es la alegada congestión, no acreditan que UNIMAR haya ingresado tardíamente sus contenedores al Terminal Portuario como consecuencia de la señalada congestión vehicular ni que este sea atribuible a APM.
- 40.- Cabe señalar que el artículo 171 del TUO de la LPAG dispone que corresponde a los administrados la aportación de pruebas al procedimiento; por lo que, en el presente caso, la carga de probar la existencia de presuntos inconvenientes en el ingreso de sus contenedores al Terminal Portuario antes de vencida la fecha establecida como *cut off* recaía en UNIMAR.

¹¹ Folio 08.

¹² Folio 06.

- 41.- En el presente caso, UNIMAR no ha acreditado que la congestión alegada le hubiese impedido ingresar sus contenedores antes del *cut off* de la nave y que dicha congestión fuera imputable a APM.
- 42.- En ese sentido, era responsabilidad del usuario realizar sus programaciones adecuadamente a efectos de enviar los contenedores al Terminal Portuario antes del *cut off* de la nave, por lo que UNIMAR debió realizar las gestiones necesarias y programar con la debida diligencia el envío de los mismos.
- 43.- En efecto, UNIMAR se encontraba en mejor posición para programar el envío de sus contenedores de manera anticipada al vencimiento del *cut off*, pues estaba en su poder de decisión enviarlos con anterioridad a la fecha límite para el ingreso de los contenedores o enviarlo el mismo día de su vencimiento.
- 44.- En tal sentido, en la medida que UNIMAR no ha acreditado que el ingreso de sus contenedores luego de vencido el *cut off* haya sido consecuencia de deficiencias en el servicio brindado por APM, la Entidad Prestadora se encontraba facultada a realizar el cobro por concepto de recargo por arribo tardío de la carga respecto de la factura N° 002-321336.
- 45.- En consecuencia, verificándose que UNIMAR no ha logrado acreditar lo alegado a lo largo del procedimiento administrativo, corresponde confirmar la Resolución N° 1 emitida por APM.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹³;

SE RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0440-2018, por APM TERMINALS CALLAO S.A., que declaró infundado el reclamo presentado por UNIMAR S.A. respecto del cobro de la factura N° 002-321336 emitida por concepto de recargo por arribo tardío de la carga.

SEGUNDO. - DECLARAR que con la presente resolución queda agotada la vía administrativa.

TERCERO. - NOTIFICAR a UNIMAR S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

¹³ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N.º 229-2018-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N.º 1

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, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Francisco Javier Coronado Saleh.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN