



EXPEDIENTE : 216-2018-TSC-OSITRAN

APELANTE : TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/0407-2018

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 24 de abril de 2019

SUMILLA: *Corresponde revocar la resolución de primera instancia y declarar fundado el reclamo, en la medida que la Entidad Prestadora no ha acreditado haber informado oportunamente al usuario la fecha y hora estimada de atraque de la nave, afectando el derecho del usuario de calcular el periodo de Cut Off; no correspondiendo que en tal circunstancia se le obligue al pago por arribo tardío de contenedores.*

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. (en lo sucesivo, TPP o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0407-2018 (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 28 de setiembre de 2018, TPP interpuso reclamo ante APM solicitando se deje sin efecto el cobro de la factura N° F002-323370, por un importe ascendente a US\$ 377.60 (trescientos setenta y siete con 60/100 dólares americanos), emitida por el concepto de "Recargo por Arribo Tardío" de cuatro (04) contenedores, señalando lo siguiente:
- i.- Conforme al Programa de Amarraderos de APM el *Cut Off* para los contenedores RH de la nave MSC DESIREE estaba programado para el día 07 de agosto de 2018 a las 07:00 horas y para los contenedores DRY el día 06 de agosto de 2018 a las 23:00 horas.

- ii.- TPP cumplió con dicha programación; es decir, los contenedores no ingresaron con posterioridad a la fecha y hora de *Cut Off* establecido, por lo que no le corresponde asumir el cobro objeto de reclamo.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 18 de octubre de 2018, APM emitió pronunciamiento sobre el reclamo presentado por TPP declarándolo infundado bajo los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo a lo señalado en el artículo 93° 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).
- ii.- 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.
- iii.- En ese sentido, APM 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.
- iv.- 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 Portuario después del plazo establecido en el *Cut Off* y se encuentra dentro del plazo máximo de espera aceptado y confirmado para cada nave.
- v.- De la factura objeto de reclamo se verificó que la nave MSC DESIREE vinculada con el Manifiesto N° 2018-02075 tuvo como ETB el 07 de agosto de 2018 a las 11:00 horas, por lo que el tiempo límite de ingreso de contenedores secos de la mencionada nave fue el 06 de agosto de 2018 a las 11:00 horas.
- vi.- Del reporte de Movimiento de Camiones se verifica que los contenedores CXRU1388241, TGHU9979474, TGBU5594805 y MEDU9148476 ingresaron después del *Cut off*; esto es, luego del 06 de agosto de 2018 a las 11:00 horas, por lo que se procedió a facturar el cobro por arribo tardío.

¹ ETB (*Estimated Time of Berthing*) / tiempo estimado de amarre: Es la fecha y hora estimada de amarre de la Nave.

- vii.- TPP alegó que conforme a la información contenida en el Programa Amarraderos, el *Cut Off* de la nave habría sido programado para el 06 de agosto de 2018 a las 23:00 horas; es decir, veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado para el inicio de operaciones de la nave MSC DESIREE. En ese sentido, precisó que el Programa de Amarraderos no debe ser considerado para el cálculo del *Cut Off*, debido a que dicho documento tiene la finalidad de informar sobre la asignación de amarraderos y no la programación de fecha y hora del *Cut Off*.
- viii.- Mediante el correo electrónico del 02 de agosto de 2018 remitió el documento denominado "Apertura Stacking" en el cual se detalló los plazos máximos de ingreso para contenedores de embarque de la nave MSC DESIREE y también se mencionó que el Programa de Atraques, disponible en la página web de APM, se actualiza tres (03) veces al día y contiene información referencial, por lo que no corresponde sea considerado para los cálculos de ingreso de contenedores al puerto.
- ix.- TPP debió ingresar de manera oportuna los contenedores para exportación en la nave MSC DESIREE, lo que no ha sucedido en el presente caso, por lo que corresponde el pago por "Recargo por Arribo Tardío de Contenedores" en la factura objeto de reclamo.
- 3.- Con fecha 06 de noviembre de 2018, TPP interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 expedida por APM reiterando los argumentos expuestos en su reclamo y agregando lo siguiente:
- i.- La única información sobre el Programa de Atraque de la nave MSC DESIREE fue la que el personal de APM remitió mediante los correos electrónicos de fecha 05 y 06 de agosto de 2018, a través de los cuales se precisó que el ETA² de la nave MSC DESIREE se programaría para el 07 de agosto de 2018 a las 18:00 horas y el ETB para ese mismo día a las 23:00 horas.
- ii.- APM alegó que la Apertura de Stacking de la nave MSC DESIREE fue informada a TPP mediante correo electrónico del 02 de agosto de 2018; sin embargo, el citado correo no les fue notificado y por ende TPP no tuvo acceso a dicha información. En ese sentido, al no haber contado con dicha información no le corresponde asumir el cobro por arribo tardío de contenedores.
- 4.- El 23 de noviembre 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 TPP, reiterando lo señalado en la

² ETA (*Estimated Time of Arrival*) o *Tiempo Estimados de Arribo*: Es la fecha y hora estimada de llegada de la Nave al Puerto anunciada por los Agentes Marítimos a APMTTC.

Resolución N° 1 agregando que conforme a lo establecido en el artículo 92 de su Reglamento de Operaciones³ cumplió con comunicar a los Agentes Marítimos la Apertura de Stacking de la nave MSC DESIREE, quienes en atención a lo dispuesto en el artículo 93 del Reglamento de Operaciones⁴ debieron de comunicar a los usuarios, en este caso TPP, el tiempo límite para ingresar los contenedores al terminal.

- 5.- El 10 de abril de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa, con la intervención de los representantes de APM y TPP, quedando la causa al voto.
- 6.- El 15 de abril de 2019, APM presentó un escrito con sus alegatos finales, reiterando lo señalado 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 si corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura por concepto de arribo tardío de contenedores por parte de APM.

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 TPP respecto del cobro de la factura N° Foo2-323370 por concepto de arribo tardío de contenedores, en la medida que el usuario alega que habría incurrido en este servicio brindado por APM debido a que la Entidad

³ Reglamento de Operaciones de APM versión 6

"Artículo 92.- Apertura para inicio de arrumaje (Apertura de Stacking)

APMTC informará a los Agentes Marítimos y Líneas Navieras mediante correo electrónico u otro medio disponible, la Apertura de Stacking de cada Nave. La Apertura de Stacking será determinada por APMTC en atención al volumen de la Carga (que deberá ser informada en el archivo Forecast), prioridad de atraque de las Naves, entre otros. El archivo Forecast deberá remitirse vía correo electrónico de acuerdo al Formato descrito en el Anexo VI del presente Reglamento."

⁴ Reglamento de Operaciones de APM versión 6

"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 (...)"

Prestadora no habría brindado información cierta y oportuna acerca del tiempo límite de ingreso de contenedores (*Cut Off*). Dicha situación se encuentra prevista como un supuesto de reclamo por facturación en los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM⁵ (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 OSITRAN⁶ (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo⁷, 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 APM⁸, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁹, 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.

⁵ 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. (...)”.

⁶ 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 (...)”.

⁷ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

“Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁸ 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”.

⁹ 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”.

- 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 TPP el 18 de octubre de 2018.
 - ii.- El plazo máximo para que TPP interponga el recurso de apelación venció el 12 de noviembre de 2018.
 - iii.- TPP presentó su recurso de apelación el 06 de noviembre de 2018, esto es, dentro del plazo legalmente establecido.
- 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 General¹⁰.
- 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

¹⁰ TUO de la LPAG

"Artículo 218.- Recurso de apelación

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

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios (...).

1.23.99. Servicios Estándar

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

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

"1.23.102 Tarifa

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

"8.20 SERVICIOS ESPECIALES

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

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

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

(...)

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"¹¹. 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.

La carga ser embarcada a una nave con su respectivo booking tendrán el "Cut Off" que determine APM Terminals de acuerdo al Reglamento de Operaciones de APM Terminals.

18.- En tal sentido, 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

¹¹

[http://www.apmterminalsallao.com.pe/images/reglamentos/PRECIOS%20DE%20OTROS%20SERVICIOS%20Y%20RECARGOS%20EN%20GENERAL%20V%2007.1%20\(VIGENTE%20A%20PARTIR%20DEL%2008-01-2019\).pdf](http://www.apmterminalsallao.com.pe/images/reglamentos/PRECIOS%20DE%20OTROS%20SERVICIOS%20Y%20RECARGOS%20EN%20GENERAL%20V%2007.1%20(VIGENTE%20A%20PARTIR%20DEL%2008-01-2019).pdf)

determinada mercancía que no ha sido ingresada dentro del plazo del *Cut Off* fijado por la Entidad Prestadora.

- 19.- Cabe señalar que el último párrafo del artículo 93¹² del Reglamento de Operaciones de APM, versión 6 aplicable para el presente caso, también establece la obligación del usuario de cancelar los costos que implique el que un contenedor sea ingresado fuera del plazo establecido en el *Cut Off*, resultando evidente que la aplicación de este recargo forma parte de las condiciones comerciales que la Entidad Prestadora establece dentro del marco de una relación contractual.
- 20.- Siendo así, tal como ya ha sido establecido anteriormente por este Colegiado¹³, 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 TPP, siempre que estos últimos manifiesten expresa o tácitamente su voluntad de aceptar o adherirse a dichas condiciones¹⁴.
- 21.- En tal sentido, puede afirmarse que los usuarios que contratan con APM quedan sujetos a las condiciones pactadas que puedan devenir de cualquier relación contractual que ambas asuman. Precisamente, una de esas estipulaciones prevé que en caso se requiera el ingreso de un contenedor de manera posterior al plazo del *Cut Off* establecido por la Entidad Prestadora, el usuario deberá cancelar los costos que dicha solicitud implique, en este caso el recargo por arribo tardío de la mercancía.

¹² Reglamento de Operaciones de APM versión 6

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

• La línea naviera operadora de la Nave o su Agente Marítimo deberá solicitar vía correo electrónico al área de Planeamiento de APMT, 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 APMT evaluará y determinará la procedencia de la solicitud de ingreso extemporáneo. APMT, 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 APMT.
(...)"

¹³ "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).

¹⁴ "Sobre este punto, el contrato por adhesión (que rige la relación entre la entidad prestadora y los usuarios) es un acto jurídico, por lo que según lo prescrito en el artículo 140 del CC, la voluntad manifestada por las partes se constituye en su principal requisito de validez y que, conforme con lo normado en el artículo 141 del CC, puede ser **expresa**, si se realiza de manera oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico o análogo; o, **tácita**, cuando se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, no pudiendo determinarse su existencia cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario". (Considerando 22 de la Resolución N° 004 emitida en el Expediente N° 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN – acumulados).

Respecto del derecho de los usuarios del Terminal Portuario a acceder a información vinculada con la prestación de los servicios portuarios

- 22.- El término "usuario" es definido por la cláusula 1.23.113 del Contrato de Concesión como la persona natural o jurídica que recibe los servicios brindados por la Entidad Prestadora. Por su parte, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN define al Usuario como la persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura en calidad de usuario intermedio o usuario final.¹⁵
- 23.- Dicho ello, si bien APM está facultado para obtener beneficios económicos ¹⁶ de la concesión a través de la prestación de los servicios portuarios¹⁷, también debe cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión y el marco normativo vigente, entre ellas, con sus obligaciones relacionadas con el respeto a los derechos de los usuarios. Un derecho que ostentan los usuarios y que APM debe respetar en todo momento es el derecho a acceder a información sobre la forma en que los servicios serán brindados.
- 24.- En ese sentido, la cláusula 8.6 del Contrato de Concesión señala que APM es responsable frente a los usuarios de brindar información suficiente sobre los términos y condiciones en los que los servicios serán brindados:

8.6. La SOCIEDAD CONCESIONARIA es responsable de brindar a los Usuarios:

¹⁵ El Reglamento define al usuario intermedio y final de la siguiente manera:

1.- Usuario intermedio: Prestador de servicios de transporte o vinculados a dicha actividad y en general, cualquier empresa que utiliza la infraestructura para brindar servicios a terceros. Son ejemplos de usuarios intermedios, entre otros, los siguientes:

- las líneas aéreas;
- los agentes marítimos,
- los transportistas de carga o pasajeros, por ferrocarril o carretera o utilizando puertos.

Este tipo de usuarios pueden ser operadores secundarios.

2.- Usuario final: Aquel que utiliza de manera final los servicios prestados por una entidad prestadora o por los usuarios intermedios.

Se considera usuario final, entre otros, a:

- Los pasajeros de los distintos servicios de transporte que utilicen la infraestructura en los términos definidos en el Reglamento General del OSITRAN; y,
- Los dueños de la carga

¹⁶ **Contrato de Concesión**

"2.7.- Sin perjuicio de las declaraciones contenidas en la Cláusula 3.2, el CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que: (...) (iii) la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se pueden brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión".

¹⁷ **Contrato de Concesión**

"1.23.87.- Precio

Se refiere a las contraprestaciones que la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobra por la prestación de Servicios Especiales, incluyendo los impuestos que resulten aplicables, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 8.20. El Precio no estará sujeto a regulación.

(...)

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".

(ii) La información suficiente sobre las Tarifas, Precios, así como los términos y condiciones aplicables a los Servicios que presta, conforme a este Contrato de Concesión y a las Normas Regulatorias".

[El subrayado y resaltado es agregado]

- 25.- Asimismo, el derecho de los usuarios de acceder a la información a que se refiere el Contrato de Concesión, se encuentra desarrollado en disposiciones emitidas por el Regulador, concretamente, para el ámbito portuario, en la Resolución de Consejo Directivo N° 074-2011-CD-OSITRAN, Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, cuyos artículos 5, 7 y 12 establecen lo siguiente:

"Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de la servicios aeroportuarios y portuarios.

(...) la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

a) **Transparencia.-** El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios (...)".

"Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) A la información:

El Usuario debe recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente... Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios".

"Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

e) Proveer a los usuarios de información sobre sus derechos y obligaciones, así como de los servicios disponibles, a fin que puedan ser usados integralmente".

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

- 26.- En tal sentido, todo usuario del Terminal Portuario tiene el derecho a que APM le otorgue información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre las condiciones en las que los servicios serán brindados. Dicha información debe ser brindada por la Entidad Prestadora, toda vez que ostenta el control de los servicios que se prestan al interior del puerto, encontrándose, por tanto, en mejor posición para suministrarla.

- 27.- El acceso a la información de los usuarios también se encuentra regulado en disposiciones del Reglamento de Operaciones de APM, aplicable al presente caso, señalándose en su artículo 7 lo siguiente:

"Artículo 7.- Es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".

- 28.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM a fin de que éstos puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.
- 29.- Ahora bien, la forma en que la Entidad Prestadora brindará información a los usuarios del terminal portuario sobre los servicios que presta, también se encuentra regulada en el citado Reglamento de Operaciones, tal como se aprecia en los siguientes dispositivos:

Artículo 61.- 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.*

Artículo 62.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones de cargo de APMTC:

a.- **Planear y coordinar con los Usuarios las disposiciones para el desarrollo de las operaciones por Nave.**

(...)

Artículo 70.- APM TERMINALS es responsable de:

(...)

70.4.- Informar a los usuarios que correspondan, vía correo electrónico o vía website <http://www.apmterminalscaillao.com.pe> la asignación de amarraderos (BERTHING) junto con la lista de arribos de naves, así como cualquier variación que afecte la planificación establecida (...)"

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

- 30.- De la lectura de estos artículos se advierte, que la información sobre la prestación de los servicios portuarios requiere acciones constantes de coordinación y comunicación entre la Entidad Prestadora y los usuarios del terminal portuario. Ello se debe a que las operaciones portuarias contienen un alto grado de complejidad, por lo que se hace necesario que el usuario tenga contacto constante con la Entidad Prestadora de manera tal que le informe sobre cualquier aspecto que pueda tener relación con el servicio a ser prestado o sobre cualquier evento o circunstancia que pueda alterar su prestación.
- 31.- Considerando lo expuesto 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, puesto que con estos medios se puede acreditar de manera fehaciente e indubitable que el usuario tomó conocimiento efectivo, de parte de la Entidad Prestadora, de las particularidades del servicio portuario brindado.

Sobre el cobro de la factura N° Foo2-323370

- 32.- En el presente caso, TPP cuestiona la factura N° Foo2-323370 por concepto de recargo por arribo tardío de contenedores, debido a que APM no cumplió con brindarle información cierta y oportuna acerca del tiempo límite de ingreso de contenedores (*Cut Off*), toda vez que el correo electrónico del 02 de agosto de 2018 que APM adjuntó a la Resolución N° 1, no le fue notificado y en consecuencia no tuvo acceso a dicha información por lo que no le correspondería asumir el cobro del servicio materia del presente reclamo.
- 33.- De conformidad con el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, en los reclamos relacionados con el derecho a información, 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, corresponde que APM pruebe que cumplió con comunicar adecuada y oportunamente a TPP el ETB programado para la nave y sus respectivos cambios, a fin de que el usuario pueda ingresar sus contenedores de exportación dentro de la fecha y hora del *Cut Off* programado. Es importante agregar que de acuerdo con el análisis efectuado anteriormente, corresponde que dicha información sea transmitida por correo electrónico u otro medio documentado.
- 34.- Al respecto, APM ha señalado en su absolución al recurso de apelación que el correo electrónico del 02 de agosto de 2018, que comunicaba los plazos máximos de ingreso de contenedores, fue notificado al Agente Marítimo, quien debió comunicar a su vez a los usuarios dicha información a efectos de que éstos no incurrieran en arribo tardío de contenedores.
- 35.- Sobre este punto, cabe manifestar que tal como se ha señalado a lo largo de la presente resolución, el Reglamento de Operaciones establece el deber de la Entidad Prestadora de comunicar a los usuarios respecto de los detalles de las operaciones en las naves, no

existiendo ningún dispositivo legal que traslade tal responsabilidad a los Agentes Marítimos.

- 36.- En ese sentido, si bien los Agentes Marítimos y/o demás usuarios pueden tener conocimiento de la Programación de Atraque de las naves, ello no implica que conozcan los ETB de cada una de ellas, dado que APM es la única entidad que detenta la información completa sobre la secuencia de las operaciones que involucran el embarque y/o descarga de una nave, por lo que toda información vinculada a las operaciones portuarias debe de ser transmitida de manera directa a todos los usuarios de los servicios a través del correo electrónico o medio documentado, pues se considera que a través de este medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que APM efectivamente cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a los intereses de éstos.
- 37.- En virtud de todo lo expuesto, sobre la base de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM; no se ha acreditado que APM haya cumplido con informar debidamente a TPP la fecha y hora del *Cut Off*, a efectos de que esta última tome conocimiento oportuno de ello y tome las previsiones para no incurrir en la prestación del servicio de arribo tardío de contenedores en caso se exceda el periodo de veinticuatro (24) horas antes del ETB programado¹⁸.
- 38.- En consecuencia, no corresponde que TPP asuma el "Recargo por Arribo Tardío de Contenedores" detallado en la factura N° Foo2-323370, debido a que APM incumplió con su deber de información.

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 OSITRAN¹⁹;

¹⁸ Plazo aplicable para contenedores llenos secos, como ocurre en el presente caso.

¹⁹ 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

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 216-2018-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0407-2018; y en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. respecto de la factura N° Foo2-323370 emitida por el "Recargo por Arribo Tardío de Contenedores" debiéndose dejar sin efecto su cobro.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. 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, 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