| | | |
|---|---|---|
| **EXPEDIENTE** | : | 9-2019-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/0585-2018 |

**RESOLUCIÓN Nº 1**

Lima, 9 de septiembre 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 al usuario la fecha y hora estimada del Cut Off de contenedores secos, debiéndose dejar sin efecto el cobro del recargo por arribo tardío de contenedores al usuario.***

**VISTO:**

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 Nº APMTC/CL/0585-2018, por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en lo sucesivo, APM o la Entidad Prestadora); y,

**CONSIDERANDO:**

## I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 4 de diciembre de 2018, TPP interpuso reclamo ante APM solicitando se anule la factura Nº F002-345444, por el importe ascendente a US$ 94,40 (noventa y cuatro con 40/100 dólares americanos), emitida por el concepto de recargo por Arribo Tardío de contenedores, precisando lo siguiente:

   i. El tiempo estimado de inicio de operaciones (ETB[1]) de la nave MSC AMBITION en la cual se transportaría su contenedor N° HLBU1737893, fue fijado para el 3 de octubre de 2018 a las 19:00 horas, por lo que el *Cut Off* para contenedores *Dry* (secos) de la nave estaba fijado a su vez para el 2 de octubre de 2018 a las 19:00 horas.

[1] ***Estimated Time of Berthing*/tiempo estimado de amarre:** Es la fecha y hora estimada de amarre de la Nave. El ETB es de carácter referencial y es programado por APM.



OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
**www.ositran.gob.pe**

ii. El mencionado contenedor arribó a las instalaciones de APM a las 13:53 horas del 2 de octubre de 2018, es decir, antes del vencimiento del *Cut Off* de contenedores secos, por lo que no corresponde el cobro materia de reclamo, debiendo efectuarse la devolución del monto cancelado por dicho concepto.

2. Mediante Resolución N° 1 contenida en la Carta N° 1378-2018-APMTC/CL, notificada el 27 de diciembre 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, corresponde que el tiempo límite de ingreso al área de almacenamiento (*Cut Off*) para contenedores con carga seca sea veinticuatro (24) horas antes del tiempo estimado de inicio de operaciones de la nave (ETB); mientras que para carga refrigerada y contenedores vacíos corresponde que el plazo máximo de ingreso al área de almacenamiento sea dieciséis (16) horas antes del inicio de operaciones de la nave (ETB).

ii. Asimismo, el referido artículo precisa que en el supuesto de retraso de la nave, el *Cut Off* no será modificado, salvo que se coordine dicha modificación con el Agente Marítimo.

iii. 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 Portuario después del plazo establecido en el *Cut Off* y se encuentre dentro del plazo máximo de espera aceptado y confirmado para cada nave.

vi. De la factura objeto de reclamo se verificó que la nave MSC AMBITION vinculada con el Manifiesto Nº 2018-2398, tuvo como ETB el 3 de octubre de 2018 a las 11:00 horas, por lo que el tiempo límite de ingreso de contenedores secos de la mencionada nave fue el 2 de octubre de 2018 a las 11:00 horas.

vii. Del reporte de Movimiento de Camiones se verifica que el contenedor HBLU1737893 ingresó después del *Cut off*; esto es, a las 13:25 horas del 2 de octubre de 2018, motivo por el cual se procedió a facturar el cobro por arribo tardío.

viii. TPP no aportó medio probatorio alguno que acredite que el *Cut Off* de contenedores secos de la nave MSC AMBITION fue establecido para el día 2 de octubre de 2018 a las 19:00 horas.

ix. En el *draft* (borrador) de la factura Nº F002-345444 ofrecida por el usuario como medio probatorio, se evidencia que el *Cut Off* para contenedores secos de la referida nave fue fijado para el día 2 de octubre de 2018 a las 11:00 horas.

x. Mediante correo electrónico del 28 de septiembre de 2018, el área de planeamiento informó la "Apertura de *Stacking*" comunicando que el *Cut Off* para contenedores secos fue fijado para la referida fecha, esto es, el 2 de octubre de 2018 a las 11:00 horas.

3. Con fecha 7 de enero de 2019, TPP interpuso recurso de apelación contra la Resolución Nº 1 expedida por APM reiterando los argumentos expuestos en su reclamo y agregando lo siguiente:

i. De acuerdo a la verificación realizada en la página web de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, la fecha de arribo de la nave MSC AMBITION fue el 3 de octubre de 2018 a las 16:42 horas; en ese sentido, la afirmación de APM referida a que el ETB de la referida nave fue fijado para el 3 de octubre de 2018 a las 11:00 horas resulta incorrecta, pues ello no pudo ocurrir con anterioridad a la llegada de la nave.

ii. Conforme a la información contenida en el Programa Amarraderos de los días 1, 2 y 3 de octubre de 2018; el *Cut Off* de la nave habría sido programado para el 3 de octubre de 2018 a las 19:00 horas, por lo que el contenedor ingresó al puerto antes del *Cut Off*.

iii. APM alegó que la Apertura de *Stacking* de la nave MSC AMBITION informada mediante correo electrónico del 28 de septiembre de 2018, no les fue notificada y por ende, TPP no tuvo acceso a dicha información.

iv. La información remitida a través de dicho correo no fue la correcta, debido a que de acuerdo a la información verificada en la página web de la SUNAT, la nave arribó el 3 de octubre de 2018 a las 16:42 horas, por lo que no corresponde que se realice el cobro materia de reclamo.

4. El 23 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 TPP, reiterando lo señalado en la Resolución Nº 1 y agregando lo siguiente:

   i. En su apelación, TPP manifestó que de acuerdo con el Programa de Amarraderos, el ETB de la nave MSC AMBITION fue preparado para el 3 de octubre de 2018 a las 19:00 horas, por lo que el *Cut Off* para contenedores secos estaba programado a su vez para el 2 de octubre de 2018 a las 19:00 horas; motivo por el cual alegó que su contenedor ingresó con anterioridad al vencimiento del referido plazo.

   ii. No obstante, el Programa de Amarraderos o Atraques no debe ser considerado para el *Cut Off* de la nave, debido a que dicho documento tiene la finalidad de informar sobre la asignación de amarraderos, no consignando la fecha y hora del *Cut Off*. Asimismo, el correo electrónico que remite el Programa de Atraques señala que dicha información no debe ser considerada para los cálculos de ingreso de contenedores al puerto.

   iii. Agregó que cumplió con comunicar a los Agentes Marítimos la Apertura de *Stacking* de la nave MSC AMBITION, quienes en atención a lo dispuesto en el artículo 93 del Reglamento de Operaciones[2] debieron de comunicar a los usuarios, en este caso TPP, el tiempo límite para el ingreso de los contenedores al terminal.

5. El 22 de julio de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa, quedando la causa al voto.

6. El 25 de julio de 2019, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado 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 TPP pague a APM la factura Nº F002-345444 emitida por el concepto de "Recargo por arribo tardío de Contenedores"

---

[2] ***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 (...)"

## 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 una factura emitida por concepto de "Recargo por arribo tardío de Contenedores". Dicha situación se encuentra prevista como supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.1 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM[3] (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM) y en el literal a) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN[4] (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo[5], 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 APM[6], concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN[7], el plazo que tiene el usuario

---

[3] ***Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM***

*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. (...)".*

[4] ***Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias***

*"Artículo 33.-*
*(...) Los reclamos que versen sobre:*
*c) 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. (...)".*

[5] ***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".*

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 Nº 1 de APM materia de impugnación fue notificada a TPP el 27 de diciembre de 2018.

    ii. El plazo máximo para que TPP interponga el recurso de apelación venció el 18 de enero de 2019.

    iii. TPP presentó su recurso de apelación el 7 de enero de 2019, 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 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General[8].

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*

[8] ***TUO de la LPAG***

*"Artículo 220.- 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. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.*

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

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.*

*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."*

[9] *http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/PRECIOS%20DE%20OTROS%20SERVICIOS%20Y%20RECARGOS%20EN%20GENERAL%20V%207.1%20(VIGENTE%20A%20PARTIR%20DEL%2008-01-2019).pdf*

18. De manera concordante, el artículo 93 del Reglamento de Operaciones de APM – versión 6[10], vigente al momento de ocurridos los hechos, 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.*
> *(...)*
> ▪ *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****.*
> *(...)*
> • *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. (...)* ***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.]

19. 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.

20. Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera, a modo de compensación, por el incumplimiento de aquellas cláusulas que fueron aceptadas al establecer la relación contractual y que implicaron cambios en lo previamente planificado dentro del marco de las operaciones portuarias y/o la utilización de recursos previstos para la atención del servicio cuya prestación ha sido modificada por el usuario, en este caso, el ingreso de una determinada mercancía que no ha sido ingresada dentro del plazo del *Cut Off* fijado por la Entidad Prestadora.

[10] Aprobado por Resolución de Gerencia General Nº 060-2018-APN-GG del 6 de febrero de 2018.

21. Cabe señalar que el último párrafo del artículo 93 del Reglamento de Operaciones de APM precitado, 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.

22. Siendo así, tal como ya ha sido establecido anteriormente por este Colegiado[11], 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 condiciones[12].

23. En tal sentido, puede afirmarse que los usuarios que contratan con APM quedan sujetos a las condiciones pactadas que puedan devenir de cualquier relación contractual que ambas asuman. Precisamente, una de esas estipulaciones prevé que en caso se requiera el ingreso de un contenedor de manera posterior al plazo del *Cut Off* establecido por la Entidad Prestadora, el usuario deberá cancelar los costos que dicha solicitud implique, en este caso el recargo por arribo tardío de la mercancía.

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

24. 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.[13]

---

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

[12] *"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).*

[13] *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,*

25. Dicho ello, si bien APM está facultada para obtener beneficios económicos [14] de la concesión a través de la prestación de los servicios portuarios[15], 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.

26. 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:*
>
> *(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]

27. 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° 035-2017-CD-OSITRAN, Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público (en adelante, RUITUP), cuyos artículos 5 y 7 establecen lo siguiente:

---

*- 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*

[14] ***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".*

[15] ***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".*

> *"**Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con los Usuarios de las ITUP***
> *(...) la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios que se brindan como consecuencia de la explotación de las ITUP está regida por los siguientes principioos:*
>
> ***a) Transparencia.-** Los usuarios deben 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 portuarios, aeroportuarios, viales, ferroviarios y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao (...)".*
>
> *"**Artículo 7.- De los Derechos de los Usuarios.-***
> *Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen los siguientes derechos:*
> *a) A la información:*
> *El Usuario debe recibir información **adecuada, veraz, oportuna y detallada** sobre los servicios que las Entidades Prestadoras brindan, a fin de poder utilizarlos integralmente (...). El derecho a la información a que se refiere el presente inciso podrá ser ejercido por los Usuarios ante las Entidades Prestadoras y frente al OSITRAN, si la primera no cumpliera adecuadamente con su deber de informar."*

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

28. 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.

29. 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".*

30. 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.

31. 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.- <u>Las comunicaciones entre los usuarios y APM TERMINALS se realizan vía correo electrónico o cualquier otro medio documentado</u>**. 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 70.- APM TERMINALS es responsable de:***
> *(...)*
> *70.4<u>.- Informar a los usuarios que correspondan, vía correo electrónico o vía website http://www.apmterminalscallao.com.pe la asignación de amarraderos (BERTHING) junto con la lista de arribos de naves, así como cualquier variación que afecte la planificación establecida</u> (...)"*
>
> [El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

32. 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.

33. 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 Nº F002-345444***

34. En el presente caso, TPP cuestionó el cobro de la factura N° F002-345444 por concepto de recargo por arribo tardío de contenedores, alegando que su contenedor N° HLBU1737893 arribó al Terminal Portuario de APM antes del vencimiento del *Cut Off* de contenedores secos establecido para la nave MSC AMBITION, por lo que el cobro materia de reclamo no se encontraba justificado.

35. Ahora bien, mediante Resolución N° 1, la Entidad Prestadora manifestó que del Reporte de Movimiento de Camiones se verificó que el referido contenedor ingresó a las 13:25 horas del 2 de octubre de 2018, esto es, después del *Cut off*; motivo por el cual se procedió a facturar el cobro por arribo tardío. Asimismo, precisó que mediante correo electrónico del 28 de septiembre de 2018, el área de planeamiento informó la Apertura de *Stacking*

comunicando que el *Cut Off* para contenedores secos fue fijado para el 2 de octubre de 2018 a las 11:00 horas.

36. Sin embargo, a través del recurso de apelación, TPP señaló que APM no cumplió con brindarle información cierta acerca del *Cut Off* para contenedores secos, toda vez que el correo electrónico denominado "Apertura de *Stacking* de la nave MSC AMBITION" del 28 de septiembre de 2018, por el cual la Entidad Prestadora informó sobre la fecha y hora del referido *Cut Off* (2 de octubre de 2018 a las 11:00 horas), no le fue remitido, no teniendo acceso a dicha información.

37. TPP agregó que por tal motivo se apoyó en la información brindada en el Programa de Amarraderos, emitido por APM, en el cual se precisó que el ETB de la mencionada nave se había programado para el 3 de octubre de 2018 a las 19:00 horas, desprendiéndose de dicha información que el *Cut Off* de contenedores secos sería el 2 de octubre a las 19:00 horas. En consecuencia, manifestó que no le correspondería asumir el cobro del servicio materia del presente reclamo.

38. Sobre el particular, 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 de conformidad con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.

39. En ese sentido, correspondía que APM acreditara 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 pudiera ingresar sus contenedores de exportación dentro de la fecha y hora del *Cut Off* programado.

40. Es importante agregar que de acuerdo con los artículos 61 y 70 del Reglamento de Operaciones de APM antes señalados, correspondía que dicha información fuera transmitida por correo electrónico u otro medio documentado que permita acreditar fecha y hora de recepción de la misma.

41. Al respecto, APM señaló en su absolución al recurso de apelación que el correo electrónico del 28 de septiembre 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 el precedentemente arribo tardío de contenedores.

42. Sobre este punto, cabe manifestar que tal como se ha señalado, 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.

43. En ese sentido, APM es la única entidad que cuenta con 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 éste medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que la Entidad Prestadora efectivamente cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a los intereses de éstos.

44. En virtud de todo lo expuesto, sobre la base de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el RUITUP, 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 tomara conocimiento oportuno de ello y adoptara las previsiones pertinentes a fin de no incurrir en el recargo por arribo tardío de contenedores en caso se excediera el periodo de veinticuatro (24) horas antes del ETB programado[16].

45. En consecuencia, no corresponde que TPP asuma el "Recargo por Arribo Tardío de Contenedores" detallado en la factura Nº F002-345444, 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 OSITRAN[17];

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.- REVOCAR** la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0585-2018; y en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por TERMINALES PORTUARIOS PERUANOS S.A.C. respecto de la factura N° F002-345444 emitida por el "Recargo por Arribo Tardío de Contenedores" debiéndose dejar sin efecto su cobro.

---

[16] Plazo aplicable para contenedores llenos secos, como ocurre en el presente caso.

[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".*

**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**