



EXPEDIENTE : 356-2014-TSC-OSITRAN
APELANTE : INKAFERT S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/1136-2014

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 31 de enero de 2017

SUMILLA: *Si las paralizaciones en la descarga ocurren por causas imputables al usuario, procederá el cobro por el recargo de cuadrilla no utilizada.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por INKAFERT S.A.C. (en adelante, INKAFERT o el apelante) contra la resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/1136-2014 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 10 de noviembre de 2014, INKAFERT cuestionó el cobro de la factura N° 003-0053045 por un monto de US\$ 1, 239.00 emitida por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada por tres (3) horas de paralización en las labores de descarga de la nave Canvasback señalando lo siguiente:
 - i.- La nave Canvasback arribó al puerto del Callao a las 10:00 horas del 10 de octubre de 2014 y si bien durante las tareas de descarga de la nave se presentaron paralizaciones, estas fueron atribuibles a APM.
 - ii.- En efecto, en el reporte de la empresa supervisora, documento que adjuntó a su escrito de reclamo, se consignó que hubieron paralizaciones en la descarga de la nave debido a problemas de funcionamiento, cambio de sus equipos, entre otros, los que resultan atribuibles a APM, por lo que corresponde que la factura sea anulada.



- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada a INKAFERT el 27 de noviembre de 2014, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo fundado en parte por los siguientes argumentos:
- i.- El atraque de la nave se realizó a las 22:50 horas del 10 de octubre de 2014 y el desatraque a las 23:20 horas del 12 de octubre de 2014.
 - ii.- El 31 de octubre de 2014, APM emitió la factura N° 003-0053045 por compensación de cuadrilla no utilizada, cuyo monto corresponde al recargo de 3 horas de paralización.
 - iii.- En el presente caso correspondía realizar una operación de descarga directa consistente en descargar la mercancía y trasladarla a los camiones enviados por el usuario. Para ello, el Departamento de Operaciones de APM elaboró previamente un Plan de Operaciones, incluyendo personal de estiba y maquinarias con la finalidad de realizar una descarga fluida y continua. Sin embargo, durante las operaciones de descarga de la nave Canvasback el ingreso de camiones a la zona respectiva no fue fluido, lo que impidió continuar con el Plan de Operaciones que APM había dispuesto.
 - iv.- En efecto, luego de las evaluaciones correspondientes, APM comprobó que INKAFERT no envió unidades de transporte de manera constante (el ingreso de camiones no fue fluido), lo que generó que no pudiera retirar su carga de manera regular.
 - v.- Sobre el tiempo de paralización por falta de camiones, el área de operaciones de APM comprobó que fue de 1 hora y 29 minutos, correspondiendo cobrar por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada un lapso de tiempo de dos (2) horas y no de tres (3) horas, como inicialmente se había determinado.
- 3.- Con fecha 5 de diciembre de 2014, INKAFERT interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 señalando lo siguiente:
- i.- En la resolución impugnada no se había tomado en cuenta las paralizaciones atribuibles a APM por ingreso y salida de cuadrillas.
 - ii.- Los documentos presentados por APM para acreditar las paralizaciones por falta de camiones fueron elaborados por el personal de la propia entidad prestadora, es decir, se trata de información consignada de manera unilateral.
- 4.- El 26 de diciembre de 2014, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, manifestando lo siguiente:
- i.- El área de operaciones de APM realiza su análisis en función de la información registrada en los Controles de Tarja, en los cuales se registra tanto las paralizaciones



- por falta de camiones como las paralizaciones ocurridas por responsabilidad de APM, descontándose en las facturas las paralizaciones que le son atribuibles en su condición de entidad prestadora.
- ii.- En cuanto a que APM elabora de manera unilateral los documentos con los cuales acredita las paralizaciones atribuibles a los usuarios, cabe señalar que de acuerdo al artículo 9 del Reglamento de Operaciones de APM, la Gerencia del Área de Operaciones es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones que se desarrollan en el terminal portuario.
 - iii.- Resulta evidente entonces que de acuerdo a la normativa vigente y al contrato de concesión, APM es quien debe elaborar dichos documentos, lo cuales tienen pleno valor probatorio. En ese contexto, INKAFERT no puede desconocer la veracidad de lo consignado en las notas de tarja como en los otros documentos que APM utiliza para realizar el análisis de las paralizaciones.
 - iv.- APM ha realizado el análisis de las paralizaciones teniendo en cuenta todos los elementos y documentos referidos a las paralizaciones, lo que demuestra de forma fehaciente que las horas cobradas corresponden únicamente a las paralizaciones por falta de camiones que debió enviar INKAFERT cuando APM se encontraba listo para operar.
- 5.- Como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), en la audiencia de conciliación programada para el 29 de octubre de 2015, no se pudo llegar a un acuerdo debido a la inasistencia de la entidad prestadora. Asimismo, el 30 de octubre de 2015 se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de INKAFERT y APM, quedando la causa al voto.
- 6.- El 4 de noviembre de 2015, APM presentó un escrito con sus alegatos finales, en el cual reiteró los argumentos expuestos en la Resolución N° 1 precisando lo siguiente:
- i.- En el presente caso la falta de camiones generó paralizaciones innecesarias en las operaciones portuarias. Esto afectó el procedimiento de descarga de las diferentes bodegas de las naves que arribaron al terminal. Asimismo, debido a la naturaleza de la carga (nitrato de amonio y urea granular), y considerando que esta no podía ser depositada en el área operativa del terminal, se prolongaron innecesariamente las horas de trabajo del personal de APM y se tuvieron tiempos muertos durante la operación de descarga, lo que generó la aplicación válida del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
 - ii.- La reclamante manejaba toda la información necesaria para programar una descarga fluida y/o sin complicaciones; sin embargo, se produjeron paralizaciones innecesarias, así como la extensión de las jornadas en las operaciones de otras naves.



- iii.- En su condición de administrador portuario, no se encuentra dentro del ámbito de competencia de APM planificar el número de camiones que necesitaba enviar el usuario, correspondiendo ello al agente marítimo, al ser el encargado de comunicar al usuario cuándo y bajo qué parámetros se podrá retirar la carga. En efecto, al estar consignada dentro de una nave, la mercancía se encuentra a cargo del agente marítimo, al ser el representante de la nave, debiendo responder ante los usuarios por la entrega de su mercancía, cumpliendo con las condiciones de transporte y entrega acordadas.
- 7.- El 10 de noviembre de 2015 INKAFERT presentó un escrito con sus alegatos finales, señalando lo siguiente
- i.- La factura cuestionada ha sido mal emitida debido a que al haberse girado por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada y no por la venta de un bien o la prestación de un servicio, tiene la naturaleza de una indemnización, por lo que no se encuentra afecta al pago del Impuesto General a las Ventas (IGV), pese a lo cual se ha incluido en el monto facturado dicho impuesto.
- ii.- En caso la factura se encontrase bien emitida, no corresponde pagarla debido a que el flujo de camiones durante la descarga de la nave fue afectado por la congestión formada durante el ingreso y salida del terminal.
- iii.- En efecto, el flujo de camiones fue afectado por hechos imputables a APM, los cuales rompen con toda la logística establecida para la descarga de las naves. En ese sentido, el tiempo de carga de los camiones resulta muy breve; no obstante lo cual, el tiempo total de operación resulta extenso pues entre el ingreso al puerto y la salida de los camiones se excede el tiempo permitido y establecido en el contrato de concesión para las operaciones de retiro de la mercancía.
- iv.- Para resolver los reclamos sobre facturas giradas por APM por pretendidas compensaciones de cuadrillas no utilizadas, OSITRAN debe solicitar a la concesionaria los tickets de ingreso y salida de los camiones del puerto y así poder determinar que las paralizaciones en las labores de descarga de la nave se producen por la demora en el flujo de los camiones, lo que resulta un problema atribuible a APM.
- v.- Las liquidaciones de tiempos que ha realizado APM para facturar la compensación por la supuesta falta de camiones o cuadrilla no utilizada resulta sesgada debido a que no reflejan lo que ocurrió en el presente caso.
- vi.- Se debe tener en cuenta que desde que ingresan al terminal hasta que cargan y salen del puerto, muchas unidades demoran hasta cinco (5) horas, por lo que esta demora no puede ser atribuida a los usuarios.



II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 8.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución N° 1 de APM.
 - ii.- Determinar si corresponde que INKAFERT pague la factura N° 003-0053045 por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 9.- En el presente caso INKAFERT cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que la demora en las labores de descarga de la nave se debió a problemas de funcionamiento y de equipos de parte de APM.
- 10.- Por su parte APM señaló que comprobó que INKAFERT no envió unidades de transporte de manera constante (el ingreso de camiones no fue fluido), lo que generó que no pudiera retirar su carga de manera regular, precisando que correspondía cobrar por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada un lapso de tiempo de dos (2) horas.
- 11.- Como se puede apreciar del artículo 33¹ del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:
- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura, siempre que estos deriven de la prestación efectiva de servicios brindados por las Entidades Prestadoras.
 - ii) La calidad en que se brinden dichas prestaciones de servicios.
- 12.- En ese sentido, dado que en el presente caso el reclamo del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada requerirá analizar si el servicio fue prestado de manera idónea y, consecuentemente, si el cobro derivado de dicho servicio fue correctamente realizado, se evidencia que dichos extremos involucran los supuestos de reclamo previstos en los

¹ 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.

(...)



literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM², así como el literal b) del artículo 2³ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

- 13.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁶, el plazo que tiene el

² Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

³ 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.

⁴ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:

- Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;
- Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN
- Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;
- El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.

Asimismo regula el procedimiento de arbitraje, en los casos que corresponda.

⁵ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"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 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".

⁶ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación



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.

- 14.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 1 materia de impugnación fue notificada a INKAFERT el 27 de noviembre de 2014.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que INKAFERT interponga el recurso de apelación venció el 18 de diciembre de 2014.
 - iii.- INKAFERT presentó el recurso de apelación el 5 de diciembre de 2014, es decir, dentro del plazo legal.
- 15.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209° de la LPAG⁷, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.
- 16.- 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 LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la naturaleza del cobro por concepto de "recargo por cuadrilla no utilizada"

- 17.- 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.

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".

⁷ Ley N° 37444

"Artículo 209.- 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".

**1.23.98. Servicios Especiales**

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.

1.23.99. Servicios Estándar

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

- 18.- 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).
- 19.- 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.
- 20.- 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]

21.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁸. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

El recargo aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del Servicio Estándar, de acuerdo al Plan de Operaciones, éste se cancela o se suspende por decisión o responsabilidad de la línea naviera o el consignatario dependiendo del contrato de fletamento. En el caso de la suspensión, se aplicará el recargo cuando éste prolongue las horas de trabajo del personal asignado, de acuerdo al Plan de Operaciones.

⁸ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/195747874Precios-y-recargos-deotrosservicioso8072013.pdf>



Asimismo, se aplicará el recargo cuando la operación es concluida antes del horario programado en el Plan de Operaciones, como consecuencia del recorte del volumen de la carga embarcada/descargada o en el caso que la línea naviera o consignatario solicite ser atendido al arribo de la nave al terminal, y esto ocurra después de la hora de inicio de cada jornada de trabajo.

Este cargo se aplica también en el caso que la nave o el consignatario soliciten el término de operaciones antes del término de la jornada.

De la misma forma, este recargo será aplicado en caso la línea naviera requiera ser atendida fuera del horario programado por el Terminal, o cuando se dispongan las cuadrillas para la atención a la nave y ésta por razones no imputables al terminal, demore su atraque e inicio de operaciones.

El importe del recargo será asumido por la línea naviera o el consignatario de ser el caso, siendo el importe de US\$ 350 (Trescientos Cincuenta con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cuadrilla/hora o fracción de hora".

[El subrayado es nuestro]

- 22.- En tal sentido, el "recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM para la prestación del servicio estándar, cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
- 23.- 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 por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
- 24.- Con relación al recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada, conviene tener presente que mediante informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas de OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica) opinaron lo siguiente:

"(...) este cobro no se realiza como contraprestación económica por algún servicio brindado por el Concesionario. Por el contrario, se trata de un mecanismo resarcitorio cuya función es que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora y que hayan sido previa y debidamente difundidas por este último".

[El subrayado es nuestro]

- 25.- Asimismo, respecto a la facultad de APM para requerir el referido cobro señaló lo siguiente:



"(...) el Concesionario se encuentra facultado a realizar un cobro por concepto de recargo por "Compensación de cuadrilla no utilizada" en tanto se verifique que el despacho de la carga ha sido interrumpido por decisión o responsabilidad del usuario y no por causas imputables al Concesionario."

[El subrayado es nuestro]

- 26.- Como se verifica en el mencionado informe, las áreas técnicas de OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
- 27.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación referida remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que la Entidad Prestadora deja de percibir por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 28.- En virtud del Contrato de Concesión⁹ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹⁰. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

8.1.- *La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho (...) así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal*

⁹ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao entre APM y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.

¹⁰ Contrato de Concesión

" DEFINICIONES

1.23. En este Contrato de Concesión, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

1.23.26. Concesión

Es la relación jurídica de derecho público que se establece entre el CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA a partir de la Fecha de Suscripción de los Contratos, mediante la cual el CONCEDENTE otorga a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el derecho a explotar y la obligación de diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito, durante el plazo de vigencia del Contrato de Concesión. (...)"

SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

4.1. La Concesión del Terminal Norte Multipropósito, se otorga por un plazo de treinta (30) años, contado desde la Fecha de Suscripción de los Contratos".



Portuario así como a prestar los Servicios a los Usuarios. Para el cumplimiento de tal obligación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá observar, como mínimo, los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos.

(...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito y a tomar las decisiones que considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, respetando los términos y condiciones del presente Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables."

[El subrayado es nuestro]

29.- Vinculado con lo anterior, el numeral 8.2 de la cláusula 8 del referido Contrato señala:

"Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Terminal Norte Multipropósito de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico".

[El subrayado es nuestro]

30.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado¹¹.

31.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el Contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

¹¹ Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", Law & Society Review, Volume 37, Issue 4, pp. 691-730.



Sobre paralización de las operaciones de descarga por falta de camiones y el cobro de la factura N° 003-0053045

- 32.- El artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN prescribe que en los reclamos relacionados con facturación, información e idoneidad del servicio corresponde a la Entidad Prestadora acreditar que los servicios se brindaron de conformidad con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente¹².
- 33.- De acuerdo con lo expuesto anteriormente, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se alteren por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 34.- En el presente caso, INKAFERT indicó que durante la descarga de la nave no se presentaron paralizaciones que le fueran atribuibles, sosteniendo que la demora se debió a los problemas de ingreso y salida de los camiones para la descarga, situación que le era atribuible a APM.
- 35.- Por su parte APM señaló que luego de las evaluaciones correspondientes, comprobó que INKAFERT no envió unidades de transporte de manera constante (el ingreso de camiones no fue fluido), lo que generó que no pudiera retirar su carga de manera regular. Precisó que el tiempo de paralización por falta de camiones fue de 1 hora y 29 minutos, por lo que corresponde cobrar por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada un lapso de tiempo de dos (2) horas y no tres (3) horas, como inicialmente se había determinado.
- 36.- Adicionalmente, APM indicó que realizó el análisis sobre las paralizaciones en función de la información registrada en los Controles de Tarja en los cuales se registran tanto las paralizaciones por falta de camiones como las paralizaciones que fueron responsabilidad de APM, descontando en la factura las paralizaciones que le son atribuibles. Asimismo, señaló que de acuerdo a la normativa vigente y al contrato de concesión, APM es quien debe elaborar los documentos que contienen la información registrada en los Controles de Tarja, entre otros documentos, los cuales tienen pleno valor probatorio, por lo que INKAFERT no puede desconocer la veracidad de dicha información.
- 37.- Al respecto, el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹³ señala que en los reclamos relacionados con facturación, información e idoneidad del servicio corresponde a

¹² REGLAMENTO DE ATENCIÓN DE RECLAMOS DE OSITRAN

Artículo 34.- Procedimiento ante la Entidad Prestadora

"(...)

En los reclamos relacionados con la facturación, información, calidad e idoneidad del servicio corresponde a la Entidad Prestadora probar que estos se brindaron conforme las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente".

¹³ Reglamento de Atención de Reclamos de OSITRAN

Artículo 34.- Procedimiento ante la Entidad Prestadora

"(...)



la Entidad Prestadora acreditar que los servicios se brindaron de conformidad con las exigencias del Contrato de Concesión y el ordenamiento legal vigente.

- 38.- Ahora bien, de la revisión del expediente se aprecia que obra el documento denominado "Resumen/Control de Tarja/Granel" presentado por APM, emitido los días 10, 11 y 12 de octubre de 2014¹⁴ durante las operaciones de descarga de las Bodegas N° 1, 2, 3 y 5 de la nave Canvasback, bodegas en las cuales se transportaba la mercadería de INKAFERT. En dicho documento, elaborado *in situ* y en el instante en que los tarjadores realizan las labores de descarga, se registró que existieron paralizaciones durante la descarga debido a la falta de camiones. En efecto, como ocurrencias del procedimiento de descarga, en dichos documentos se consignó reiteradas veces anotaciones referidas a "en espera de camión" y "falta camión", detallándose los tiempos de dichas paralizaciones en el apartado correspondiente¹⁵.
- 39.- Como se observa, en el "Resumen/Control de Tarja/Granel" el personal de APM dejó constancia de las paralizaciones en las tareas de descarga ocurridas debido a la falta de camiones.
- 40.- Por otro lado, se aprecia que con la finalidad de acreditar que las paralizaciones en la descarga de la nave eran atribuibles a APM, INKAFERT presentó la impresión de correos electrónicos conteniendo un informe que según afirmó, había sido elaborado por una empresa supervisora, es decir, por una empresa distinta a la entidad prestadora.
- 41.- En dicho informe, enviado por correo electrónico por el señor Javier Medina desde una cuenta de correo de la empresa "A & G Ajustadores y Peritos S.A.C.", si bien se consignó que habían existido paralizaciones que resultarían atribuibles a APM, en tanto se consignó como motivos: "ingreso y salida del buldozer para abastecer combustible", "cadena del schute malogrado", "limpieza del muelle", "cambio de clampshell"; se evidencia que también se consignaron diversas paralizaciones ocurridas por la falta de camiones, las que suman un total de 164 minutos, esto es, dos (2) horas y cuarenta y cuatro (44) minutos¹⁶.
- 42.- Conforme a lo expuesto, se aprecia que tanto en el documento de "Resumen/Control de Tarja/Granel" elaborado por APM como en el informe presentado por INKAFERT se consignó la existencia de paralizaciones debido a la falta de camiones.
- 43.- En ese sentido, se verifica que si bien INKAFERT manifestó en el reclamo y en el recurso de apelación que las paralizaciones que generaron el cobro del recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas se debieron a situaciones atribuibles a APM y no a INKAFERT; se ha

En los reclamos relacionados con la facturación, información, calidad e idoneidad del servicio corresponde a la Entidad Prestadora probar que estos se brindaron conforme las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente".

¹⁴ Ver foja 68 del expediente.

¹⁵ Ver fojas 54, 55, 62, 64, 65, 66, 67 y 68 del expediente.

¹⁶ Ver foja 5 del expediente.



podido constatar mediante el documento de "Resumen/Control de Tarja/Granel", así como por el informe presentado por el propio apelante, que durante la descarga de la nave sí existieron paralizaciones debido a la falta de camiones, situación que resulta atribuible a INKAFERT en su condición de usuario.

- 44.- En efecto, en el documento de "Resumen/Control de Tarja/Granel" se registraron aproximadamente trescientos (300) minutos de paralización por falta de camiones, esto es, tres (3) horas y veinte (20) minutos; mientras que en el informe presentado por INKAFERT se registró un total de 164 minutos, esto es, dos (2) horas y cuarenta y cuatro (44) minutos.
- 45.- Por dicha razón se puede afirmar que habiéndose constatado que la paralización por falta de camiones registrada en el informe presentado por INKAFERT es de casi tres (3) horas, siendo, por otro lado, de más de tres (3) horas en el documento de "Resumen/Control de Tarja/Granel", y que mediante la factura 003-0053045 APM finalmente cobró un monto equivalente a dos (2) horas; no se evidenciaría que APM haya incluido en dicho cálculo las demoras que le resultarían atribuibles, pues de ser así la factura contendría un monto dinerario equivalente a una mayor cantidad de horas de paralización.
- 46.- Adicionalmente, cabe señalar que conforme lo ha establecido la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, uno de los principios que sustenta el procedimiento administrativo es el de Presunción de Veracidad¹⁷, conforme al cual se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados responden a la verdad de los hechos que afirman, mientras no se acredite ni demuestre lo contrario.
- 47.- Teniendo en cuenta ello, los documentos antes señalados, incluido el aportado por INKAFERT, acreditan que durante las labores de descarga de la nave Canvasback existieron paralizaciones y que estas se debieron a la falta de camiones que debía proporcionar INKAFERT en su condición de usuario del servicio de descarga de mercancías. Asimismo, se verifica que dicha coincidencia no ha sido desvirtuada por INKAFERT durante el procedimiento.
- 48.- Finalmente, cabe señalar que se ha verificado que APM cumplió con informar a INKAFERT sobre el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada", detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos". Ciertamente, INKAFERT no podría alegar desconocimiento de ello, puesto que, tal y como ya se ha establecido en casos anteriores¹⁸,

¹⁷ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

"Art. IV Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios generales del Derecho Administrativo:
(...)

1.7 Principio de presunción de veracidad.-

En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario."

¹⁸ En ese sentido, en la Resolución N° 3 emitida en el Expediente N° 012-2009-TSC-OSITRAN se señaló lo siguiente: "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,



las condiciones comerciales de las Entidades Prestadoras son cláusulas generales de contratación que van regir la relación contractual entre el prestador del servicio y el usuario, las que conjuntamente son aceptadas por las partes.

- 49.- En consecuencia, al haber estado informado INKAFERT sobre las condiciones comerciales de APM y encontrándose este último facultado para realizar el cobro por el concepto de compensación de cuadrilla no utilizada debido a la paralización por falta de camiones, corresponde desestimar el recurso de apelación presentado por el usuario.
- 50.- Atendiendo a lo expuesto, en el presente caso el cobro de la factura N° 003-0053045 por concepto de cuadrilla no utilizada por paralización debido a la falta de camiones se encuentra justificado.

Sobre la incorrecta emisión de la factura cuestionada

- 51.- INKAFERT también cuestionó que la factura N° 003-0053045, habiéndose girado por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada y no por la venta de un bien o la prestación de un servicio, tendría la naturaleza de una indemnización, lo que no se encontraría afecto al pago del Impuesto General a las Ventas (IGV); no obstante lo cual se ha incluido dicho impuesto en el monto facturado.
- 52.- Al respecto, cabe señalar que de acuerdo a la Ley N° 29816, Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración Tributaria –SUNAT, corresponde a esta Entidad, entre otras funciones, la administración, aplicación, fiscalización y recaudación de los tributos internos del Gobierno Nacional, con excepción de los municipales³⁹.
- 53.- Asimismo, el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Resolución de Superintendencia N° 122-2014/SUNAT y sus modificatorias, establece en el numeral (v) del artículo 4° como función de la Entidad:

"Artículo 4°.- Funciones y Atribuciones de la SUNAT

Son funciones y atribuciones de la SUNAT:

(...)

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).

³⁹ LEY N° 29816, LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA –SUNAT

"Artículo 5.- Funciones de la SUNAT

La SUNAT tiene por función administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales, así como proponer y participar en la reglamentación de las normas tributarias y aduaneras. Asimismo, puede dictar normas en materia tributaria, aduanera y de organización interna en el ámbito de su competencia.

(...)"



v) Determinar la correcta aplicación y recaudación de los tributos que administra y de otros cuya recaudación se le encargue, así como de los derechos que cobren por los servicios que prestan, de acuerdo a Ley."

[El subrayado es nuestro]

- 54.- Por consiguiente, siendo función de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, determinar la correcta aplicación de los tributos, corresponde a esta entidad pronunciarse sobre la aplicación del I.G.V. en la facturación sobre el recargo por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada.
- 55.- En tal sentido, no es atribución de este Tribunal pronunciarse sobre la aplicación de los tributos, ni establecer si procede gravar el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada a fin de establecer si la factura impugnada se encuentra correctamente emitida. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la correcta o incorrecta emisión de la factura no invalida el cobro del mencionado recargo, conforme se ha podido determinar previamente.

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 OSITRAN²⁰;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 01 emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. en el expediente N° APMTC/CL/1136-2014, que declaró infundado el reclamo presentado por INKAFERT S.A.C. contra la Entidad Prestadora respecto del cobro de la Factura N° 003-0053045, emitida por el concepto de recargo por Compensación de cuadrilla no utilizada, quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa INKAFERT S.A.C. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

²⁰ 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° 356-2014-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 3

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional:
www.ositran.gob.pe.

*Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Rodolfo Castellanos Salazar
y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.*

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN**