



EXPEDIENTE N° : 193-2014-TSC-OSITRAN
APELANTE : TRABAJOS MARÍTIMOS S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Carta N° 1192-2014-APMTC/CL

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 25 de enero de 2017

SUMILLA: *La prestación de los servicios de transporte de uso público por parte de la Entidad Prestadora está sujeta a la normativa aplicable y al contrato de concesión; por ende, no corresponde amparar el reclamo que se sustenta en hechos que según dichas disposiciones no constituyen incumplimientos a la calidad del servicio prestado.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (en adelante, TRAMARSA o el apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/632-2014 (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.- Mediante carta remitida a APM el 26 de junio de 2014, TRAMARSA cuestionó el cobro de la factura N° 003-0037207 por un monto de US\$ 3,304.00 emitida por concepto de "Cuadrillas en espera", señalando lo siguiente:
 - i.- No resulta cierto que durante la operación de descarga de la nave Cena Faith se hubiera producido una espera de cuadrillas. Precisó que a las 12:18 horas del 3 de abril de 2014, en su calidad de agente marítimo, le informó a APM mediante correo electrónico que la referida nave llegaría al Callao el 4 de abril de 2014, iniciándose las operaciones de descarga a las 7:00 horas.
 - ii.- Posteriormente, B&M Group, en su calidad de agente general, informó a APM mediante correo electrónico enviado a las 18:14 horas del 3 de abril de 2014 que la nave iniciaría operaciones a las 9:30 horas y no a las 7:00 horas del 4 de abril de 2014 como inicialmente había sido comunicado.



- iii.- Según el estado de hechos adjuntado, las operaciones de arribo, atraque y descarga de la nave se realizaron sin interrupciones o inconvenientes, habiéndose iniciado a las 11:40 horas y culminado a las 18:10 horas del 4 de abril de 2014.
- 2.- El 17 de julio de 2014, APM notificó la Resolución N° 1 a TRAMARSA declarando infundado el reclamo presentado, de acuerdo con los siguientes argumentos:
- i.- Mediante comunicación electrónica del 3 de abril de 2014 a las 12:18 horas, TRAMARSA, en su condición de agente marítimo, solicitó a APM el atraque de la nave para el día 4 de abril de 2014 a las 7:00 horas.
- ii.- La nave Cena Faith atracó recién a las 10:18 horas del 4 de abril de 2014, iniciando operaciones el mismo día a las 11:43 horas.
- iii.- El 5 de abril de 2014, APM emitió la factura N° 003-0037207 por un importe de US\$ 3,304.00 correspondiente al recargo por "compensación de cuadrilla no utilizada" de la indicada nave.
- iv.- De acuerdo con la información brindada por TRAMARSA mediante correo electrónico del 3 de abril de 2014 a las 12:18 horas, APM programó sus recursos para brindar una oportuna atención a la nave Cena Faith, cuyo atraque debía efectuarse a las 7:00 horas.
- v.- El atraque se realizó el 4 de abril de 2014 a las 10:18 horas, es decir, 3 horas con 18 minutos después de lo planificado, tiempo en el que las 2 cuadrillas asignadas para operar la nave se encontraron disponibles pero estuvieron paralizadas por la demora en el atraque.
- vi.- En las posteriores comunicaciones electrónicas con TRAMARSA, APM le informó que la demora en el atraque de la nave configuraba una responsabilidad atribuible a la nave, por lo que se procedería a efectuar el recargo por compensación de cuadrilla.
- vii.- En la medida que existió una demora en el atraque de la nave de 3 horas con 18 minutos, se encuentra justificado el recargo de 4 horas por cuadrilla, por lo que teniendo en cuenta que fueron 2 cuadrillas las que se encontraban asignadas para el trabajo de descarga de la nave, el recargo total corresponde a 8 horas, tal como se consignó en la factura pendiente de pago.
- 3.- Con fecha 8 de agosto de 2014, TRAMARSA interpuso un recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos expuestos en el reclamo, añadiendo lo siguiente:
- i.- A efectos de que APM pretenda válidamente el pago por concepto de cuadrilla no utilizada o en espera resultaría necesario que exista una causa imputable a la línea naviera o al agente marítimo, lo que en el presente caso no ha ocurrido pues desde el arribo de la nave hasta la finalización de las operaciones de descarga no hubo inconveniente que impidiera la utilización de las cuadrillas proporcionadas, tal como lo demuestra el documento denominado "Estado de Hechos".



- ii.- Si bien TRAMARSA informó mediante correo electrónico que la descarga de la embarcación se llevaría a cabo a partir de las 7:00 horas del 4 de abril de 2014; el 3 de abril de 2014, pocas horas después de haberse enviado dicho correo electrónico, el agente general (B&M Group) le comunicó a APM que la nave arribaría a las 9:30 horas del 4 de abril de 2014.
 - iii.- Teniendo en cuenta ello, APM habría hecho caso omiso a dicha comunicación a fin de planear sus operaciones de descarga, siendo en virtud de este planeamiento equívoco que pretende cobrar el concepto de cuadrillas no utilizadas.
- 4.- El 29 de agosto 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, señalando lo siguiente:
- i.- Antes del arribo de la nave al terminal portuario, son los agentes marítimos quienes informan sobre las características de la carga a operar, información recibida por APM para programar las operaciones de descarga. En caso se requiera actualizar el Estimate Time Arrival (ETA) de la nave, corresponde a TRAMARSA enviar dicha información, pues es con el agente marítimo con quien se realizan todas las coordinaciones.
 - ii.- TRAMARSA ya había tenido coordinaciones formales con el área de tráfico de APM mediante las cuales se estableció la programación a seguir para el desarrollo de las operaciones de la nave. APM solo puede tomar en cuenta información enviada por el agente marítimo de la nave, al ser esta la entidad con quien coordina y realiza la programación de las operaciones de la nave.
 - iii.- Respecto al argumento de TRAMARSA referido a que las operaciones se llevaron a cabo sin ningún inconveniente o interrupción, cabe señalar que en el "Estado de Hechos de la nave" se puede verificar que la primera línea de atraque de la nave se realizó a las 10:18 horas, es decir, en un horario distinto al programado mediante la solicitud de atraque. En ese sentido, se encuentra acreditado que existió retraso en el arribo y atraque de la nave.
 - iv.- Como consecuencia de ello, se generó un total de 8 horas de paralización de las cuadrillas asignadas, correspondiendo que APM emita la factura por el recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.
- 5.- El 29 de enero de 2016, APM presentó un escrito de alegatos señalando que el usuario tiene la obligación de respetar las condiciones, plazos y reglas previstos en el marco normativo de APM, correspondiendo que en caso no realicen sus operaciones conforme con los lineamientos previamente establecidos por el Administrador Portuario, corresponderá que asuman la responsabilidad que resulte aplicable, en el presente caso, el pago de la compensación por cuadrillas no utilizadas.



- 6.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), la audiencia de conciliación no pudo llevarse a cabo debido a la inasistencia de ambas partes. El 26 de enero de 2016 se realizó la audiencia de vista de la causa, con la asistencia del representante de la Entidad Prestadora, quien procedió a informar oralmente, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 7.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1.
 - ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la factura N° 003-0037207, emitida por 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

- 8.- En el presente caso, TRAMARSA señaló que el servicio de descarga brindado por APM no fue adecuado debido a que se le pretendía cobrar por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada, pese a que había informado oportunamente sobre el cambio de hora de arribo de la nave al terminal portuario, ocurriendo que APM hizo caso omiso a dicha comunicación, pretendiendo ahora cobrar por tal concepto.
- 9.- En ese sentido, corresponderá analizar si el cobro de dicho recargo resulta consecuencia de un servicio que no fue prestado de manera idónea, lo que necesariamente implicará realizar un análisis de calidad respecto del servicio de descarga brindado por APM, que a su vez conducirá a analizar si la facturación y cobro derivados de dicho servicio de descarga fue correctamente realizado.
- 10.- Ahora bien, 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.

¹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobada y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2012-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.

(...)



ii) La calidad en que se brinden dichas prestaciones de servicios.

- 11.- 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 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.
- 12.- 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 del

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, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN.

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.



OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁶, 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.

- 13.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 de APM, que contiene la decisión que declaró infundado el reclamo, fue notificada a TRAMARSA el 17 de julio de 2014.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo TRAMARSA para interponer el recurso de apelación venció el 11 de agosto de 2014.
 - iii.- TRAMARSA presentó su recurso de apelación el 8 de agosto de 2014, es decir, dentro del plazo legal.
- 14.- 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.
- 15.- 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"

- 16.- 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

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° 039 y 034-2013-CD-OSITRAN

"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".

⁷ Ley N° 27444

"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".

1.23.97, 1.23.98 y 1.23.99, las definiciones de Servicios, Servicio Estándar y Servicios Especiales, respectivamente, de la siguiente manera:

1.23.97 Servicios

Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales.

1.23.98. Servicios Especiales

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

1.23.99. Servicios Estándar

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

- 17.- 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).
- 18.- 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.
- 19.- 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 mismos términos y condiciones."

[El subrayado es nuestro]



20.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en las notas ampliatorias de 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

⁸ <http://www.opterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784.Precios-y-recargos-de-otros-servicios-08072013.pdf>



la suspensión, se aplicará el recargo cuando éste prolongue las horas de trabajo del personal asignado, de acuerdo al Plan de Operaciones.

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".

- 21.- 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.
- 22.- 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 aquellas cláusulas que fueron aceptadas al establecer la relación contractual; en el presente caso, que no se utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
- 23.- 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]

- 24.- 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]

- 25.- 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.
- 26.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que genera la Entidad Prestadora 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

- 27.- En torno a la manera cómo se deben prestar y organizar los servicios que se brindan al interior del Terminal Portuario, el numeral 8.1 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión establece:

"La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual la SOCIEDAD CONCESIONARIA recuperará su inversión en las Obras, así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario así como a prestar los servicios a los Usuarios. (...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el 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]



- 28.- 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 y resaltado agregado es nuestro]

- 29.- 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 resultado⁹.

- 30.- 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.

Sobre el cobro de la factura N° 003-0037207

- 31.- 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 vigente.
- 32.- 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.
- 33.- En el presente caso, TRAMARSA indicó que si bien inicialmente se pactó que la nave arribaría a las 7:00 horas del 4 de abril de 2014, posteriormente, el agente general comunicó el cambio de hora de arribo al puerto de la nave, por lo que no le correspondía asumir el costo generado por concepto de cuadrillas en espera.
- 34.- Al respecto, APM señaló que de acuerdo a las coordinaciones realizadas con TRAMARSA, esta le comunicó que la nave arribaría a las 7:00 horas del 4 de abril de 2014, y que el posterior retraso ocurrido en el arribo de la nave generó que el personal puesto a disposición a las 7:00 horas del 4 de abril de 2014 para realizar la respectiva descarga se mantuviera paralizado e inoperativo.
- 35.- En cuanto a la alegación de TRAMARSA referida a que el agente general comunicó el cambio de hora de arribo al puerto de la nave, APM señaló que la actualización del Estimate Time Arrival (ETA) de la nave corresponde al agente marítimo, es decir, a TRAMARSA, siendo este

⁹ 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.



el responsable de emitir dicha información, pues es con el agente marítimo con quien el operador portuario realiza todas las coordinaciones correspondientes.

- 36.- De la revisión del expediente se aprecia que obra la impresión de un correo electrónico enviado por TRAMARSA a APM el 3 de abril de 2014, a las 12:18 horas³⁰. En dicha comunicación TRAMARSA le comunicó a APM que las operaciones en la nave Cena Faith iban a iniciar a las 7:00 horas del 4 de abril de 2014.
- 37.- Asimismo, se aprecia que obra la impresión de otra comunicación electrónica de fecha 3 de abril de 2014, 18:14 horas, enviada por B&M Group a APM, la cual se indica que la nave Cena Faith arribaría al puerto del Callao a las 9:30 horas del 4 de abril de 2014. Como se ha indicado antes, es en mérito a esta última comunicación electrónica que TRAMARSA alega que APM no podría exigir el pago por el concepto de cuadrillas en espera. Cabe precisar que en el reclamo TRAMARSA indicó que B&M Group era agente general.
- 38.- Al respecto, cabe señalar el artículo 55 del Reglamento de Operaciones de APM establece expresamente que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o cualquier otro medio documentado en aspectos relacionados con 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.
- 39.- Por otro lado, el artículo 87 del Reglamento de Operaciones de APM establece que en la prestación del servicio de descarga, APM tendrá personal a la orden, lo que incluye la disponibilidad de la cuadrilla, conforme a lo acordado con la agencia marítima, quien actúa en representación de la nave, o con el consignatario. Asimismo, establece que cuando la cuadrilla no sea utilizada por causas no imputables al terminal portuario, la nave o el consignatario, de ser el caso, deberá cumplir con el pago correspondiente según el tarifario de APM:

**"SUB CAPITULO VIII
EMBARQUE Y DESCARGA
Artículo 84°.- Descarga
(...)**

Artículo 87°.- APM TERMINALS tendrá personal a la orden, de acuerdo al tiempo de inicio de operaciones acordado con la Agencia Marítima en representación de la nave; o el Consignatario, el cual comprende la disponibilidad de la cuadrilla. Cuando la cuadrilla no sea utilizada por causas no imputables al Terminal Portuario, la nave o el consignatario de ser el caso, deberá cumplir con el pago correspondiente según el Tarifario de APM TERMINALS".

[El subrayado es nuestro]

³⁰ Ver fojas 11 del expediente.



42. Teniendo en cuenta el Reglamento de Operaciones de APM, la entidad prestadora debe coordinar con el agente marítimo lo referente al uso de cuadrillas para las labores de descarga de la nave.
43. En el presente caso, la coordinación sobre el servicio de descarga de la nave fue realizada con TRAMARSA en su condición de agente marítimo. Dicha coordinación se realizó mediante la comunicación electrónica del 3 de abril de 2014, a las 12:18 horas, en la cual TRAMARSA comunicó a APM que las labores de descarga se iniciarían a las 7:00 horas del 4 de abril de 2014.
44. En ese sentido, si bien se encuentra acreditado que B&M Group le envió a APM un correo electrónico modificando la hora de arribo de la nave, el hecho es que de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de Operaciones de APM, quien estaba en la facultad de realizar la referida modificación era únicamente TRAMARSA, en su condición de agente marítimo. En atención a ello, B&M Group no tenía la facultad para modificar aquello que había sido coordinado previamente entre TRAMARSA y APM, pues asumir lo contrario implicaría desconocer lo dispuesto expresamente por el artículo 87 del Reglamento de Operaciones de APM.
45. Cabe señalar que se ha verificado que APM cumplió con informar a TRAMARSA de la necesidad de que el agente marítimo o el consignatario de la nave coordinen con la entidad prestadora sobre la fecha de arribo y descarga de la nave a través del referido Reglamento de Operaciones. Ciertamente, TRAMARSA no podría alegar desconocimiento de ello, puesto que, tal y como ya se ha establecido en casos anteriores¹¹, 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.
46. Asimismo, de la información contenida en el expediente se verifica que no existe evidencia de que B&M Group se haya constituido como representante de TRAMARSA para realizar coordinaciones con APM respecto al arribo y descarga de la nave.
47. En consecuencia, al haber estado informado TRAMARSA sobre las condiciones comerciales de APM y encontrándose este último facultado para realizar el cobro por el concepto de compensación de cuadrilla no utilizada, corresponde desestimar el recurso de apelación presentado por el apelante.
48. Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde que APM realice el cobro de la factura N° 003-0037207, emitida por concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

¹¹ 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, 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).



En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 6o del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. en el expediente N° APMTC/CL/632-2014 que declaró infundado el reclamo formulado por TRABAJOS MARÍTIMOS S.A., referido a la factura N° 003-0037207 emitida por recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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**