



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° 70-2014-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N°3

EXPEDIENTE N° : 070-2014-TSC-OSITRAN
APELANTE : MOLINOS & CIA S.A.
EMPRESA PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente N°
APMTC/CS/037-2014

RESOLUCIÓN N° 3

Lima, 18 de agosto de 2014

SUMILLA: En los casos en que la descarga se realiza bajo la modalidad denominada "descarga directa", si la Entidad Prestadora no comunica al usuario el nivel programado para las operaciones de retiro de la carga, no resulta válido que imponga el recargo por cuadrilla no utilizada.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por MOLINOS & CIA S.A. (en adelante, MOLINOS o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida dentro del expediente N° APMTC/CS/037-2014 (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.- El 10 de enero de 2014, MOLINOS solicitó la anulación de la factura N° 003-0023179 cuyo importe asciende a US \$ 24 780.00 (veinticuatro mil setecientos ochenta y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) emitida por el concepto de compensación por cuadrilla no utilizada, argumentando lo siguiente:
 - i.- La nave M/N Sta Rossa, arribó al terminal Norte Multipropósito a fin de realizar las operaciones de descarga de su mercadería, consistente en 4 999.98 toneladas de granel sólido (fertilizantes), sin embargo, nunca tuvieron conocimiento de los servicios que demandó la recalada de la nave o aquellos que fueron solicitados durante la junta de operaciones del puerto.



- ii.- Debido a la ineficiencia en la prestación del servicio por parte de APM, existieron demoras en el paso por las balanzas para el control del peso de los camiones, pues toda unidad de transporte que tenga que entrar al terminal para cargar mercancía, debe pasar por ese control. Precisó que ello se debe a la falta de balanzas y problemas dentro del terminal, lo que se traduce en cobros innecesarios a los usuarios. En ese sentido, indicó que mientras subsistan los problemas en las balanzas de APM, seguirán habiendo problemas de disponibilidad de unidades de transporte pues, así se encuentren disponibles, estarán en cola fuera de la instalación portuaria.
 - iii.- Asimismo, señaló que la inconsistencia en el desarrollo de las operaciones se debió a que APM nunca cumplió con realizar una reunión pre operativa, no habiendo realizado comunicaciones de las operaciones en la etapa de planeamiento y ejecución, cuando estaba obligada a enviar estados de hecho por jornada de trabajo y reporte final de las operaciones. Indicó que el desarrollo de tales reuniones resulta clave para el correcto desenvolvimiento de las operaciones en el puerto; no obstante ello, APM no realizó tal reunión, ni hizo avisos oportunos de los hechos que generaron la paralización de la cuadrilla.
 - iv.- La cuadrilla no utilizada, procede en aquellos supuestos donde la Entidad Prestadora dispone de personal necesario para la prestación del servicio estándar y, sin embargo, el plan de operaciones se cancela o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes; en ese sentido, correspondía a APM demostrar que la paralización de las operaciones fue de responsabilidad de MOLINOS.
 - v.- Conforme a lo indicado en los reglamentos del concesionario. Es necesario que se comunique oportunamente al usuario cuales son las causas del cobro, pues no es posible que se les pretenda imputar el pago de una factura cuya motivación desconocen.
 - vi.- Por ello, no resulta lógico que la Entidad Prestadora pretenda emitir una facturación por el concepto de Cuadrilla no Utilizada, cuando dicho recargo surgió como consecuencia directa de la deficiencia en la prestación del servicio por parte de APM.
- 2.- Mediante resolución N° 1 del 24 de febrero de 2014, APM resolvió el reclamo presentado por MOLINOS, declarándolo fundado en parte por los siguientes argumentos:
- i.- Con fecha 7 de octubre de 2013, APM emitió la factura N° 003-0023179 por el concepto de Compensación por Cuadrilla No Utilizada de la nave M/N St Rossa de manifiesto N° 2013-1113.
 - ii.- El 10 de enero de 2014, MOLINOS presentó su reclamo formal contra el cobro de dicha factura, alegando que la falta de juntas operativas, problemas de atención al

ingreso y salida de las balanzas, así como problemas con los estibadores, generaron demoras en las operaciones de la nave que impidieron hacer uno efectivo de la cuadrilla asignada, por lo que el recargo facturado no puede ser atribuido a su representada.

- iii.- El proceso de descarga directa de la mercadería a granel se realiza de la bodega de la nave a los camiones enviados por el usuario. Para ello, el departamento de operaciones realiza previamente un Plan de Operaciones incluyendo personal de estiba y maquinarias, con la finalidad de que dicha descarga se realice de manera fluida y sin paralizaciones. Sin embargo, la operación de descarga directa puede verse interrumpida por circunstancias fuera del control de APM, las que pueden impedir o interrumpir la continuidad de dicho plan, como ocurre cuando no se cuenta con camiones al costado de la nave para poder realizar una descarga fluida.
- iv.- En el presente caso, APM emitió la factura N° 003-0023179 debido a que se comprobó que durante los días 17, 18 y 19 de junio de 2013, existieron paralizaciones de operaciones en las bodegas 3 y 4, debido a la falta de camiones que debió enviar la apelante para el retiro de su carga, lo que fue consignado en el Reporte de Estado de Hechos de la nave. Como consecuencia de lo anterior, el 20 de junio de 2013 el supervisor de carga general de APM remitió a la Capitanía de Puerto un protesto informativo, detallando las continuas paralizaciones en las operaciones de descarga debido a la falta de unidades de transporte para el traslado de la mercadería, indicándose que las paralizaciones ocurrieron por un espacio de 26 horas¹.
- v.- A manera de ejemplo de la falta de camiones, indicó lo siguiente:
- El camión de placa C8K757 ingresó el 19 de junio a las 16:53 horas, ocurriendo que desde esa hora no se generó el ingreso de ningún camión hasta las 17:36 horas en las que ingresó el camión de placa A9S939, generando un tiempo de espera de 42 minutos.
 - El camión de placa B9S814 ingresó el 20 de junio a las 00:05 horas, ocurriendo que desde esa hora no se generó el ingreso de ningún camión hasta las 00:35 horas en las que ingresó el camión de placa B7F807, generando un tiempo de espera de 30 minutos.
- vi.- Respecto a la no realización de las reuniones pre operativas, indicó que de conformidad con el artículo 51 de su Reglamento de Operaciones, tienen la obligación de realizar la planificación de las operaciones de las naves cuyo atraque se encuentra programado, sin embargo, si bien es cierto que APM debe realizar las

¹ El protesto informativo únicamente consignó un período de 26 horas de paralización de las operaciones debido a la falta de camiones, de las 60 horas facturadas por el recargo por cuadrilla no utilizadas.

referidas reuniones con los responsables de las naves, es responsabilidad de los clientes y/o propietarios de la carga solicitar la asistencia a dicha reunión.

- vii.- Asimismo, señaló que tanto APM como los responsables de las naves, en el presente caso, la agencia marítima Trabajos Marítimos S.A. (en adelante, TRAMARSA), tienen información permanente y constante de las operaciones y situaciones que acontecen en el puerto, siendo responsabilidad de dichas agencias informar a sus clientes de la existencia de algún acontecimiento no previsto que pueda afectarles.
- viii.- En el presente caso, la agencia marítima TRAMARSA fue quien comunicó a APM el arribo de la nave, sus características y el total de la carga a desembarcar, información transmitida a la Entidad Prestadora mediante la solicitud de atraque de la nave St Rossa de manifiesto 2013-1113. Es después de recibida dicha información, que APM asigna un muelle para el atraque de la nave de acuerdo con sus características, la cual fue oportunamente confirmada por TRAMARSA.
- ix.- Con toda esa información, el Agente Marítimo y el usuario, fueron informados del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga (7 jornadas aproximadamente). Siendo así, la reclamante contaba con la siguiente información: i) que la operación se realizaría en siete jornadas; ii) que el total de carga a granel a desembarcar era de 4 999. 99 toneladas; y, iii) que cada camión podía movilizar treinta (30) toneladas, por lo que se puede afirmar que MOLINOS tenía pleno conocimiento de que el desembarque por jornada sería de 714 toneladas equivalente a 24 camiones por jornada.
- x.- En cuanto la congestión de camiones en el ingreso por las balanzas del terminal, indicó que ello es de responsabilidad de los gobiernos regionales y locales, en la medida que APM únicamente es responsable de los eventos que sucedan dentro del terminal y no por lo que ocurra en el exterior.
- xi.- Finalmente, precisa que APM cumple con su obligación de informar a los usuarios, entre ellos a los agentes marítimos y a los clientes en general, las operaciones de las naves que acoderan en el Terminal Norte a través de su página web, mediante la opción "programa de naves", cuya programación se realiza tres veces al día de acuerdo al desarrollo de las operaciones.
- 3.- Con fecha 17 de marzo de 2014, MOLINOS presentó su recurso de apelación contra la resolución N° 1, reiterando los argumentos de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- Para imputar el cobro al usuario por el recargo facturado, es fundamental que se compruebe su responsabilidad en el entorpecimiento de la operación; en ese sentido,



APM debía demostrar la responsabilidad de su representada respecto de las demoras en la descarga de la mercadería.

- ii.- En el supuesto de que las operaciones de descarga se vieran interrumpidas, APM, en su calidad de agente de estiba, debió comunicar oportunamente las circunstancias que acontecían durante las operaciones de descarga, es decir, la falta de camiones.
- iii.- Si bien APM coordinó con los agentes marítimos la descarga de la mercadería, éstos no son los llamados a avisar al consignatario de la carga acerca de la desestiba de la misma. En ese sentido, APM no estaría cumpliendo con un correcto planeamiento de las operaciones con los actores necesarios, por lo que no se puede imputar responsabilidad a MOLINOS, cuando es la Entidad Prestadora la que está en la obligación de realizar todas las diligencias necesarias a fin de que las operaciones se lleven a cabo en las mejores condiciones.
- iv.- En la resolución materia de impugnación APM estimó que MOLINOS debió de enviar los camiones necesarios para realizar el retiro de la mercadería, sin embargo, es evidente que al no hacerse el Plan de Operaciones, no se pudo planear de manera eficiente la descarga.
- v.- No es cierto que la Agencia Marítima se encuentre obligada a realizar la comunicación de las operaciones a los usuarios, pues la naturaleza de sus obligaciones se limita a las actividades relacionadas con la nave. Por tanto, es incorrecto señalar que por la presencia del Agente Marítimo de la nave en la reunión informativa organizada por el concesionario, automáticamente MOLINOS esté enterado de las indicaciones del administrador portuario.
- vi.- En cuanto a la emisión de la factura, resulta necesario que tenga un respaldo de hechos, es decir, que pueda haber constancia de la demora por responsabilidad del destinatario de la factura y pueda constar que hubo diligencia del concesionario.
- vii.- Con relación al Protesto Informativo, que APM consideró acredita la supuesta demora en el envío de camiones, indicó que dicho documento únicamente sirve para comunicar un acontecimiento, más no genera una constatación o investigación por parte de la Capitanía de Puerto que pueda demostrar fehacientemente la afirmación realizada por la Entidad Prestadora.
- viii.- Finalmente, con relación a los problemas en la balanza, señala que estas se encuentran en el interior del terminal norte multipropósito, por lo que su manejo y administración son de responsabilidad del concesionario, resultando inválido evadir la competencia en este aspecto, pues la demora en el despacho de la mercadería ocurre en el interior del puerto.



- 4.- El 7 de abril de 2014, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación reiterando los argumentos esgrimidos en la resolución N° 1 que declaró fundado en parte el reclamo de MOLINOS, y agregando lo siguiente:
- i.- Conforme se consignó en la resolución materia de impugnación, ha quedado demostrado que APM se encuentra facultada y tiene el derecho de realizar el cobro por el Recargo por Cuadrilla No Utilizada, al haber demostrado que existió un total de 60 horas de paralización de las operaciones como consecuencia de la falta de unidades de transporte que debió enviar la apelante para recoger su mercadería.
 - ii.- Los recargos tienen una naturaleza similar a la de una penalidad, puesto que son cobrados bajo determinados supuestos, los cuales han sido taxativamente considerados-en la fecha de ocurridos los hechos – en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM.
 - iii.- Conforme a lo antes expuesto, el cobro de los recargos no responde a la prestación de un servicio, sino que son cobrados como parte del derecho con el que cuenta el administrador portuario para organizar sus operaciones de manera eficiente al interior del Terminal, en ese sentido, el cálculo del monto a cobrar por recargo es similar al pago de una compensación, puesto que responde a los daños y perjuicios ocasionados por los usuarios durante el desarrollo de las operaciones a cargo de APM. Lo señalado ha sido reconocido por la Gerencia de Regulación mediante oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN del 24 de mayo de 2013.
 - iv.- En consecuencia, APM tiene el derecho a: i) exigir el pago del resarcimiento correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados durante el desarrollo de las operaciones dentro del Terminal Portuario; y, ii) dicho derecho puede ser ejercido directamente entre las partes. Precisamente, con la finalidad de simplificar lo expuesto, a la fecha de ocurrencia de los hechos objeto del reclamo, los supuestos frente a los cuales se cobrarían los recargos se encontraban definidos en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas, versión 2.0.
 - v.- Por otro lado, los usuarios cuentan con toda la información necesaria y suficiente para realizar la planificación de sus operaciones al interior del terminal, puesto que aquella es de carácter público, debiendo tenerse en cuenta que los usuarios son quienes manejan la información conveniente y necesaria para el desarrollo de sus operaciones, dependiendo del tipo de carga y de las particularidades de la misma.
 - vi.- Agrega que el enviar información más detallada y formal, respecto de la cantidad de camiones que cada usuario debe de enviar al terminal para que la descarga de una nave se realice de manera fluida resulta ineficiente, pues esta tarea corresponde sea realizada por cada uno de los usuarios. En ese sentido, no resulta razonable que se

exija al administrador portuario, que haciendo uso de la información con la que ya cuenta el usuario, realice un planeamiento detallado de las operaciones para cada caso concreto.

- vii.- Asimismo, recalcó que el número de camiones a enviar siempre se encontrará en relación directa con la capacidad de carga de los mismos, el cual solo puede ser definido por el consignatario o responsable de retirar la carga del Terminal Portuario.
- 5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 7 de julio de 2014, no pudiendo arribarse a un acuerdo debido a la inasistencia de las partes. El 8 de julio de 2014, se realizó la audiencia de vista con la asistencia del representante de MOLINOS, quien realizó el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.
- 6.- Con fecha 13 de julio de 2015, APM presentó escrito de alegatos reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores y añadiendo lo siguiente:
- i.- La falta de camiones, los cuales deben ser contratados y proporcionados directamente por el usuario, generó paralizaciones innecesarias en las operaciones portuarias, lo cual afectó el procedimiento de descarga de las diferentes bodegas de las naves que arribaron al Terminal Portuario y cuyas operaciones son objeto de revisión. De esta manera, debido a la naturaleza de la carga, y considerando que ésta no podía ser depositada en el área operativa del puerto, se prolongaron las horas de trabajo del personal de APM y se tuvieron muchos tiempos muertos, durante la operación de descarga, hecho que generó la aplicación del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada a MOLINOS.
 - ii.- En atención a lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento de Operaciones de APM, con relación a las naves que transportan carga a granel sólido, los agentes marítimos tienen la obligación de comunicar al Administrador Portuario con un mínimo de 72 horas de anticipación, los datos correspondientes a la nave, hora y fecha de arribo, el calado, el tipo operación, así como la información preliminar correspondiente a la operación de carga y descarga, según corresponda, ello con el fin de que APM pueda distribuir los recursos que se encuentran a cargo en el interior del Terminal Portuario a efectos de atender los requerimientos de una nave en particular.
 - iii.- Lo indicado en el párrafo anterior, ha sido respaldado en la Resolución Final emitida en el expediente N° 115-2013-TSC-OSITRAN, la cual señaló que a partir de la información remitida por el agente marítimo, APM asigna los amarraderos y muelles, determina la prioridad de atención, así como las horas de ingreso, permanencia y salida de las naves en el puerto.

- iv.- APM ha cumplido con la obligación de informar a los usuarios, entre ellos a los agentes marítimos y clientes en general, las características de la operación mediante la publicación de la Programación de Amarraderos, vía website, lo cual se realiza tres veces al día de acuerdo con el desarrollo de las operaciones.
- v.- En base a la información que le comunican los agentes marítimos, así como la información publicada vía website por el Administrador Portuario, los usuarios se encuentran en la capacidad de calcular el período en el que se realizarán las operaciones de una nave, así como de determinar el número de camiones que requieren para recoger su carga, con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales.
- 7.- A través del Oficio N° 394-15-STSC-OSITRAN (en adelante, el Oficio del TSC), de fecha 20 de julio de 2015, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a APM precise si había cumplido con informar a la apelante, el nivel de descarga que resultaría necesario realizar por operación, para efectuar el desembarque de la carga de granel de MOLINOS que arribó en la nave St. Rossa.
- 8.- Con fecha 31 de julio de 2015, MOLINOS presentó un escrito de alegatos, reiterando los argumentos señalados en sus escritos anteriores y añadiendo que en las facturas emitidas por APM constan 2 supuestos, el sub total y el IGV, cuya suma equivale al monto final por el servicio facturado, de modo que mientras para el usuario el impuesto facturado implica un costo adicional, para APM involucra una ganancia extraordinaria no declarada ni pagada como tal pues en su cuenta corriente figura como IGV, lo que implica que la Entidad Prestadora estaría obteniendo indebidamente una ganancia mayor a la utilidad razonable.
- 9.- A través de la Carta N° 978-2015-APMTC/CL, de fecha 11 de agosto de 2015, APM remitió, entre otros documentos, el "*Stowage Plan*" (Plan de estiba o desembarque) correspondiente a la nave St. Rossa, señalando lo siguiente:
- i.- En relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega, señaló que son los usuarios quienes poseen dicha información, al ser quienes solicitan (a través de su Agente Marítimo) los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque o descarga, lo que se puede acreditar en el referido "*Stowage Plan*". Agregó que, en el referido documento se puede verificar información referente a la cantidad de mercadería que contiene cada bodega y a qué consignatario pertenece.
- ii.- La información relacionada con el número de jornadas que necesitará cada nave para culminar las operaciones, se puede encontrar en su página web www.apmterminalscallao.com a través de la opción "programa de naves", la cual es actualizada tres veces al día, precisando que el área de tráfico es la encargada de enviar directamente a los usuarios tal información.

- iii.- Con relación a la información referida a la cantidad de cuadrillas que APM dispone para cada operación, ésta es transmitida a los agentes marítimos o consignatarios que participan en las reuniones pre-operativas que se realizan diariamente a las 10:00 horas, dentro del Terminal Portuario, y que son realizadas para que los involucrados en la operación tengan conocimiento sobre los aspectos relevantes de dichas operaciones, como es el caso de la cantidad de cuadrillas.
- iv.- Sin embargo, en el caso de las coordinaciones para las operaciones de St Rossa, ni el agente marítimo ni los consignatarios de la mercancía solicitaron asistir a la junta de puertos a pesar de la importancia de la información que se brinda en la misma.
- v.- En consecuencia, no es posible sostener que APM no informa de las características de cada operación.

II.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 10.- Del análisis del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento por parte de MOLINOS por el cobro por concepto de "recargo por cuadrilla no utilizada"; situación que se encuentra prevista como supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.1 del Reglamento de Reclamos de APM² y en el literal a) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN³ (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

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

"1.5.3 Materia de Reclamos

(...)

1.5.3.1 *La facturación y el cobro de los servicios que ofrece APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA, En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a APM TERMINALS CALLAO S.A.*

1.5.3.3 *Daños o pérdidas en perjuicio de los USUARIOS, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de APM TERMINALS CALLAO S.A., vinculados con los servicios proporcionados por la entidad, y que derivan de la explotación de la INFRAESTRUCTURA".*

³ 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:

g) *Las que tengan relación con defectos en la información proporcionada a los usuarios, respecto de las tarifas o condiciones del servicio; o información defectuosa".*

⁴ 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".



- 11.- 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 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.
- 12.- Por su parte, el artículo 28 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN dispone que los plazos se computan conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), el cual dispone que el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto.
- 13.- En la misma línea, el numeral 1 del artículo 134 de la LPAG dispone que cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio y los feriados no laborables de orden nacional o regional⁷. En virtud a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.
- 14.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 1 de APM materia de impugnación fue notificada a MOLINOS el 24 de febrero de 2014.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que MOLINOS interponga su recurso de apelación fue el 17 de marzo de 2014.

⁵ 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.

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

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 LPAG

"Artículo 134.- Transcurso del Plazo

134.1 Cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional.

(...)"

- iii.- MOLINOS presentó su recurso administrativo el 17 de marzo de 2014, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.
- 15.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁸, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por un servicio prestado por 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.

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

⁸ 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".

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 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 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.

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 solicite 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.

⁹ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reqlamentos/1057478784Precios-y-recargos-deotrosservicioso8072013.pdf>

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”.

- 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”.

- 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” no es sino 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 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.

- 28.- En el presente caso, MOLINOS alega que debe anularse el cobro por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada durante las operaciones de descarga directa de carga a granel, aduciendo que APM no brindó un servicio idóneo, al no remitir la información necesaria, relacionada a las características de la operación de descarga, que le permitiese organizarse a fin de enviar los camiones suficientes para el retiro de su carga. Asimismo, agregó que llegaron a enviarse camiones para realizar la descarga de la mercadería, no obstante lo cual, los problemas en la balanza de APM, les impidieron tener los camiones dentro del terminal para realizar el recojo de la mercadería.
- 29.- Por otro lado, APM afirma que los usuarios cuentan con la información necesaria y suficiente para realizar la planificación de sus operaciones al interior del terminal. En el presente caso, a pesar de que MOLINOS contaba con información suficiente para programar el retiro de su mercancía, no envió las unidades de transporte necesarias para atender la descarga de su mercadería, correspondiendo el cobro por la compensación de cuadrilla no utilizada. En cuanto a los problemas en las balanzas para el ingreso y salida de las unidades alegadas por el usuario, refirió que ello constituye un problema de los gobiernos regionales y locales, ocurriendo que en su calidad de administradora del terminal portuario, responde únicamente por aquello que ocurra dentro de sus instalaciones.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 30.- 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]

- 31.- 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]

- 32.- 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 cuenta. 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 resultado.¹⁰
- 33.- 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.
- 34.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹¹, con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar la información, establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

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

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

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

¹⁰ 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.

¹¹ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

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

a) A la información

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

35.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹², señala en su artículo 7 que "es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".

36.- En los artículos 54 y 56 del mencionado Reglamento de Operaciones se establece:

"Artículo 54.- APM TERMINALS coordinará con los usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise las labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones"

Artículo 56.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones:

a.- Planear e impartir las disposiciones para el desarrollo de las operaciones.

b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.

c.- Planear la asignación de amarraderos.

d.- Programar al recepción y el despacho de la carga a través del sistema de citas".

37.- 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, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora. 

¹² Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 486-2011-APN/GG y sus modificatorias.



- 38.- Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora.
- 39.- El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.
- 40.- En este orden de ideas, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.

Sobre el cobro de la factura N° 003-0023179

- 41.- 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 probar que los servicios se brindaron de conformidad con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.
- 42.- 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.
- 43.- En el caso bajo análisis, conforme se desprende de su escrito de absolución del Recurso de Apelación, APM realizó directamente la descarga de carga sólida a granel desde la nave Global Standard hacia los vehículos de transporte terrestre que MOLINOS dispuso para el retiro de dicha carga del Terminal Portuario. 
- 44.- Con relación al nivel de Servicio y productividad para la carga sólida a granel, en el Anexo 3 del Contrato de Concesión se exige que APM realice en promedio trimestral la descarga de 400 toneladas/hora¹³, no habiéndose fijado un nivel de servicio por operación, como si sucede en otros servicios¹⁴.

¹³ Este nivel se incrementará en función a la Ejecución de la Etapa correspondiente, conforme al siguiente detalle establecido en el Numeral II del mencionado Anexo 3:

- 45.- APM sostiene que durante la operación de descarga materia de análisis hubo un retraso de 60 horas debido a la falta de vehículos de transporte que debió enviar el usuario para el retiro de su carga, por lo que el cobro del recargo por cuadrilla no utilizada estuvo justificado.
- 46.- Al respecto, como se indicó anteriormente, para la desestiba de carga sólida a granel en el Contrato de Concesión, el nivel de productividad y servicio exigido no se mide por operación, sino por promedio trimestral, el cual no debe ser menor a 400 toneladas por hora.
- 47.- Por lo tanto, el Contrato de Concesión permite a APM organizar y determinar de manera libre su capacidad de descarga en cada operación individual, y cumplir con sus obligaciones, siempre que dicha descarga no sea menor al referido promedio trimestral. Esto significa que en cada operación individual, el usuario deberá respetar el nivel de descarga decidido por APM.
- 48.- Dicho de otro modo, el establecimiento del nivel de descarga en cada operación individual es parte de la facultad de APM para organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente, según considere pertinente, de acuerdo con los recursos (operativos, humanos, financieros) con los que cuente, respetando los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico.
- 49.- Al respecto, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través de la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN indicó que para el supuesto de descarga, una vez determinada la planificación, APM debe comunicar al usuario las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), lo que le permitirá a este último, especialmente en el caso de descarga directa, calcular cuántos vehículos está obligado a enviar y con qué frecuencia con la finalidad de retirar la carga del puerto.
- 50.- En consecuencia, si bien APM tiene la facultad de determinar cuál será el nivel de descarga de mercadería a granel en cada operación individual, esta prerrogativa exige

"I. Niveles de Servicio y Productividad de la Infraestructura Portuaria existente a partir de la fecha de Toma de Posesión.

(...)

g) Niveles de Servicio y Productividad para carga sólida a granel

- *400 toneladas/hora promedio trimestral para granel en general".*

¹⁴ Como ejemplo de lo dicho, en el mencionado Anexo 3 del Contrato de Concesión se establece que el tiempo de inicio de descarga y de zarpe de la nave por operación individual no podrá ser mayor a treinta minutos.

como contrapartida que informe las características de dicha operación al usuario para que este pueda organizarse y enviar los vehículos suficientes.

- 51.- Ello es concordante con lo establecido en el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁵, según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 52.- En el caso de que APM no determine un nivel de descarga general y fijo para todas las operaciones, sino que más bien depende de los recursos con los que cuenta y de la organización para cada operación; entonces, de acuerdo con el Reglamento de Operaciones, la oportunidad para informar a los usuarios cuál será el volumen de descarga individual será al momento de establecer y comunicar el respectivo Plan de Operaciones.
- 53.- Lo indicado es coherente con el establecimiento del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, puesto que para su aplicación se requiere que se haya incumplido con el Plan de Operaciones por causas imputables al usuario.
- 54.- Siendo esto así, se hace necesario acreditar que el usuario conocía cuál iba a ser el nivel de descarga, a efectos de que programara qué cantidad de camiones debía llevar como mínimo para que la atención se realizara sin contratiempos. En tal sentido, en el presente caso, en aplicación del artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, correspondía a la Entidad Prestadora probar que informó del nivel de descarga al usuario al momento de determinar y comunicar o el Plan de Operaciones o en alguna de las reuniones pre-operativas que la Entidad Prestadora tuvo con el usuario.
- 55.- Como se ha mencionado anteriormente, a través del Oficio N° 394-15-STSC-OSITRAN se solicitó a APM remitan los documentos que acrediten que había cumplido con informar a la apelante, el nivel de descarga que se realizaría por operación, para la atención de la carga a granel de MOLINOS referida a la nave St. Rossa. En virtud a ello, la Entidad Prestadora presentó la Carta N° 978-2015-APMTC/CL, a través de la cual reiteró que con relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega los usuarios cuentan con tal información pues a través de sus agentes marítimos solicitan los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque y descarga, agregando que la información sobre el número de jornadas que necesita cada nave para culminar sus operaciones fue informada a través de su página web.
- 56.- Asimismo, APM señaló que al agente marítimo contaba con información sobre las operaciones portuarias de embarque, tales como cantidad de toneladas, jornadas que necesitará para que cada nave pueda culminar sus operaciones y cantidad de cuadrillas a utilizar.

Al respecto cabe señalar lo siguiente:

¹⁵ Aprobado por la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

- Si bien es posible que el "Stowage Plan" (Plan de estiba o desembarque) sea presentado por el Agente Marítimo, en dicho documento solo se indica qué cantidad de carga se encuentra en cada bodega de la nave, sin establecer el nivel de descarga a efectuar por parte de la Entidad Prestadora para el desembarque de dicha mercancía, pues ello es de entera discreción de APM.
 - La información a la que hace alusión APM no acredita que haya informado al usuario (MOLINOS) las condiciones en las cuales dicha Entidad Prestadora efectuará las operaciones de desembarque a efectos de que la apelante pueda saber a ciencia cierta cuál será el nivel de descarga que por operación deberá realizar, ello con el fin de que MOLINOS pueda asignar de manera eficiente la cantidad de vehículos a enviar para su retiro.
 - APM no ha adjuntado algún documento que acredite que MOLINOS estuvo presente en las reuniones pre operativa y fue informado de la forma en la cual se realizarían las operaciones de descarga de su mercadería.
 - Finalmente, respecto de la programación de atraques que se encuentran en la página web de APM, cabe acotar que en dicha programación no se verifica que se consigne información referida a la cantidad de cuadrillas a utilizar, no habiéndose establecido tampoco el nivel de descarga conforme al cual se efectuará el desembarque de una determinada mercancía.
- 57.- Siendo así, de los medios probatorios presentes no se observa documento alguno que acredite que APM comunicó a MOLINOS cuál sería el respectivo nivel de descarga, a fin de poder exigirle al usuario un número determinado de camiones, máxime si fue la propia Entidad Prestadora quien manifestó que por lo menos se debió disponer de 24 camiones a fin de realizar una descarga de 714 toneladas por jornada. En tal sentido, correspondía a APM informar el referido nivel de descarga, puesto que se encuentra en mejor condición de establecer las condiciones y la forma en que realizará el desembarque de una determinada mercancía por operación.
- 58.- Ahora bien, APM ha señalado que el agente marítimo es el encargado de brindar las características de la mercancía a descargar, toneladas a trabajar e información referencial de la nave, hecho que supondría que todos los usuarios e intervinientes en esta operación de descarga ya deberían de haber contado con la información suficiente que les permitiera establecer como sería el nivel de descarga y por ende, disponer de los vehículos necesarios para su atención.
- 59.- Al respecto, cabe señalar que si bien los usuarios tienen pleno conocimiento de la cantidad de mercancía a descargar, ello no implica que conozcan cómo ejecutará tal operación APM, dado que aquella es la única entidad en condiciones de establecer las



características de la descarga de mercancía. En efecto, APM al detentar el control y manejo de la actividad, puede establecer cuántas toneladas podrá atender por camión y los recursos que requiere para una determinada operación.

- 60.- En ese sentido, la Entidad Prestadora debió brindar la información adecuada y detallada respecto de las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), a efectos de permitirle al usuario, en este caso MOLINOS, calcular el número de unidades vehiculares a enviar, así como la frecuencia en que debía enviarlos en un determinado lapso de tiempo.
- 61.- Cabe resaltar que si bien MOLINOS es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones, también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM, empresa que finalmente conoce de antemano la prioridad, velocidad, día y hora en la que puede ser realizada la descarga.
- 62.- En otro sentido, se debe precisar que MOLINOS afirma que existió demora en el ingreso y salidas de las unidades de transporte del terminal portuario. A fin de demostrar lo alegado, adjuntó al expediente imágenes GPS de movimiento de los camiones que habría enviado su representada para recoger su mercadería. Sin embargo, cabe notar que dichas fotografías no permiten corroborar que los camiones que en ella aparecen, sean los relacionados con la mercadería de la nave St Rossa, o que la demora en el ingreso de las unidades de transporte se deba a problemas en la balanza de APM.
- 63.- En cuanto a los tickets de ingreso de los camiones adjuntados por APM a fin de acreditar la falta de envío de los camiones por parte del usuario, se debe indicar que dichos medios probatorios carecen de relevancia, en la medida que ha quedado acreditado que la Entidad Prestadora no cumplió con informar el Plan de Operaciones al apelante. Por ello, mal hace APM al pretender exigir la obligación del usuario de enviar medios de transporte para el retiro de su carga, cuando éste nunca tuvo conocimiento de las condiciones ni el momento en que debía enviar los referidos camiones.
- 64.- En consecuencia, no resulta razonable que APM realice un cobro por concepto de cuadrilla no utilizada al no haber informado debidamente al usuario, las obligaciones que MOLINOS debía de cumplir a efectos de que las operaciones de descarga no se vieran interrumpidas, omisión de información que finalmente provocó que la paralización de dichas operaciones sea atribuible a la Entidad Prestadora.
- 65.- Finalmente, teniendo en cuenta que no procede el cobro de la factura impugnada, carece de sentido que el TSC se pronuncie respecto del argumento de MOLINOS referido a la ganancia extraordinaria que estaría recibiendo APM al gravar con IGV el recargo 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° 70-2014-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N°3

del reclamo, en la medida que dicho argumento está dirigido a cuestionar la validez de la factura.

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.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/037-2014 y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por MOLINOS Y CIA S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° 003-0023179, por concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada dejando sin efecto su cobro; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa MOLINOS Y CIA S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución, así como el Informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ.

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