



EXPEDIENTE N° : 090-2015-TSC-OSITRAN
APELANTE : GYOREN DEL PERÚ S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente
N°APMTC/CL/0234-2015

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 15 de febrero de 2017

SUMILLA: Si la demora en el inicio de operaciones ocurre por causas imputables al usuario, procederá el cobro por el recargo por cuadrilla no utilizada.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por GYOREN DEL PERÚ S.A.C. (en adelante, GYOREN o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0234-2015 (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 09 de abril de 2015, GYOREN presentó reclamo ante APM solicitando se deje sin efecto el cobro de la factura N° 003-0065615 cuyo importe asciende a US\$ 1 050,00 (mil cincuenta con 00/100 dólares de Estados Unidos de América), emitida por el concepto de compensación de cuadrilla no utilizada, señalando lo siguiente:
 - i.- El cobro de la factura impugnada es indebido, puesto que las 03 horas de cuadrilla no utilizada que se les pretende cobrar se originaron como consecuencia de una paralización de las labores de los estibadores del terminal.
 - ii.- Señalan que habiendo cumplido con el pago de la jornada de 15:00 a 23:00 horas de los estibadores, no les corresponde pagar por un servicio que no recibieron, cuya prolongación ha sido originada por los trabajadores del administrador portuario. En ese sentido, APM resulta responsable de cualquier demora o falta de calidad en la



prestación del servicio de estiba relacionada con la insuficiencia o paralización de labores de los trabajadores de estiba.

- iii.- En consecuencia, si los sobrecostos son generados por responsabilidad de la Entidad Prestadora, el usuario no está obligado al pago.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 30 de abril de 2015, APM declaró infundado el reclamo presentado por GYOREN, argumentando lo siguiente:
- i.- De acuerdo con lo dispuesto en las Notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos vigente al momento de la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar, entre otros, los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el "Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada"; el cual se aplica, cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.
 - ii.- De otro lado, el cobro por compensación de cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud, aplicable al usuario cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, ésta se perjudica por causas ajenas a su responsabilidad.
 - iii.- En el presente caso, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se aplicó correctamente, pues el 11 de marzo de 2015, el personal de APM se encontró a la espera del inicio de las operaciones de estiba por un lapso de 03 horas, debido a problemas con el agente de aduanas de GYOREN en la oficina de resguardo, los cuales impidieron que el contenedor GESU9370649 ingresara a tiempo al patio de contenedores, situación que no resulta atribuible a APM.
 - iv.- Las demoras indicadas fueron de pleno conocimiento de la reclamante, ya que las dieron a conocer a través del correo electrónico del 11 de marzo de 2015 a las 17:02 horas.
- 3.- Con fecha 22 de mayo 2014, GYOREN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- El argumento de APM referido a que la paralización de labores se habría generado por problemas con el agente de aduanas de GYOREN, no resulta atendible, debido a que el problema fue generado por el Oficial de Resguardo aduanero de la SUNAT.
 - ii.- Las demoras que originaron la aplicación del recargo son una circunstancia de fuerza mayor generada por la actuación de las autoridades del Estado, que no pueden ser trasladadas al usuario de la infraestructura, pues los riesgos de la operación portuaria deben asignarse a quien este en mejor posición de gestionarlos, esto es a APM, al ser



un operador de amplia experiencia que se encuentra en mejor posición de gestionar y mitigar los riesgos derivados de la actividad aduanera estatal. En consecuencia, resulta inaceptable que dicho sobrecosto se traslade al usuario a través del recargo aplicado.

4.- El 12 de junio de 2014, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1 que declaró infundado el reclamo de GYOREN, añadiendo lo siguiente:

i.- A través del correo electrónico del 11 de marzo de 2015, remitido a las 10:54 horas, GYOREN solicitó el atraque anticipado de la nave Arnela, de manifiesto N° 2015-32599. En respuesta a dicha solicitud, APM confirmó a GYOREN el referido atraque anticipado indicándole que el inicio de operaciones se encontraba programado para las 15:00 horas, lo que fue puesto en conocimiento de la Autoridad Portuaria Nacional.

ii.- Los problemas suscitados en el sistema de aduanas en lo que se refiere a la visualización de la carga, constituyen un hecho imprevisible e incontrolable para APM, no existiendo responsabilidad que les pueda ser atribuible.

iii.- Habiéndose comprobado que APM no resulta responsable por los hechos que originaron las demoras en el inicio de las operaciones de GYOREN, la factura N° 003-0065615 ha sido emitida de conformidad con la Lista de Precios por otros Servicio y Recargos vigente a la prestación del servicio.

5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 17 de agosto de 2015, no pudiendo llevarse a cabo la conciliación debido a la inasistencia de las partes. El 18 de agosto de 2015 se realizó la audiencia de vista sin la asistencia de los representantes de ambas partes, quedando la causa al voto.

6.- Con fecha 21 de agosto de 2015, APM presentó alegatos finales reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

7.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1.

ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la factura N° 003-0065615, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.



III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 8.- De la revisión del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento por parte de GYOREN respecto del cobro de la factura N° 003-0065615, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada por APM. Al respecto, el artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), establece que el procedimiento de solución de reclamos de usuarios ante las entidades prestadoras, comprende, entre otros, los reclamos sobre la facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura¹. Dicho supuesto también se encuentra recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM² (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM); por lo que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 9.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁴, 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)⁵, el plazo que tiene el

¹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la entidad prestadora".

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.

³ 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".

⁴ 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".

⁵ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN



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.

- 10.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
 - i.- La Resolución N° 1 que resolvió el reclamo fue notificada a GYOREN el 30 de abril de 2015.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo GYOREN para interponer el recurso de apelación venció el 22 de mayo de 2015.
 - iii.- GYOREN presentó el recurso de apelación el 22 de mayo de 2015, es decir, dentro del plazo legalmente previsto.
- 11.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁶, 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.
- 12.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

III.2.- EVALUACIÓN DE LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

- 13.- 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.

⁶ 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".

⁶ 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".



1.23.98. 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."

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

"1.23.102 Tarifa

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

"8.20 SERVICIOS ESPECIALES

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



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

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

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de competencia económica.

(...)

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones."

[El subrayado es nuestro.]

- 17.- 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"⁷. 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.

⁷ <http://www.opmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>



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”.

- 18.- 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.
- 19.- 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.
- 20.- 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”.

- 21.- 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]

- 22.- 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.

- 23.- 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.

Sobre el cobro de la factura N° 003-0065615

- 24.- En virtud del Contrato de Concesión⁸ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)⁹. Así, en las cláusulas 8.1 y 8.2 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

8.1.- *La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho (...) así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario así como a prestar los Servicios a los Usuarios. Para el cumplimiento de tal obligación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá observar, como mínimo, los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos.
(...)*

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

⁸ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao entre APM y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.

⁹ Contrato de Concesión

" DEFINICIONES

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

1.23.26. Concesión

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

SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

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



gestión del negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables."

[El subrayado y resaltado son nuestros]

- 25.- Según lo citado, en virtud del derecho de concesión que le asiste, APM tiene la facultad de explotar el Terminal Norte con la finalidad de brindar servicios a los usuarios de acuerdo con aquello que planifique, observando los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos; y en cumplimiento de lo establecido en las leyes y disposiciones aplicables, asumiendo la responsabilidad por ello.
- 26.- Como contrapartida, el artículo 29 del Reglamento de Operaciones de APM establece que para la prestación de los servicios dentro del Terminal Portuario, los usuarios también se encuentran obligados al cumplimiento de los requisitos y disposiciones vigentes expedidas por la autoridades pertinentes:

"Artículo 29º.- El cumplimiento de las normas establecidas en el presente Reglamento, no exonera a los usuarios y autoridades, del cumplimiento de los requisitos y de las disposiciones vigentes expedidas por la APN, y demás autoridades que ejercen funciones específicas en las actividades portuarias conforme a la ley, tales como autoridades de inmigración, sanitarias, fitosanitarias, marítimas, antinarcóticos, control del medio ambiente, entre otros".

[El subrayado es nuestro]

- 27.- Ahora bien, en el presente caso, GYOREN solicitó que APM dejara sin efecto el cobro de la factura N°003-0065615, emitida por concepto de Cuadrilla No Utilizada, señalando en el recurso de apelación que la demora en el inicio de las operaciones de embarque se debió a "un problema" del Oficial de Resguardo Aduanero que se constituía en una circunstancia de fuerza mayor cuyo riesgo debía asignarse a APM al ser esta quien está en mejor condición de gestionarlo.
- 28.- Por su parte, la Entidad Prestadora señaló que el recargo se generó debido a la demora en el inicio de las operaciones de embarque de contenedores en la nave Arnela, las cuales iniciaron a las 17.02 horas del 11 de marzo de 2015 pese a haber sido programadas para las 15:00 horas del mismo día; a causa de problemas suscitados en el sistema de aduanas en cuanto a la visualización de la carga de GYOREN, lo cual impidió que el contenedor GESU9370649 ingresara al patio de contenedores, constituyéndose en un hecho imprevisible e incontrolable para APM.
- 29.- Si bien en el escrito de reclamo, GYOREN también alegó que el cobro del recargo no procedería en la medida que las 3 horas de paralización se habrían originado como consecuencia de una huelga de trabajadores de APM; en la Resolución N° 1, APM indicó que la generación del recargo no se había producido como consecuencia de tales alegaciones, por lo que no corresponderá pronunciarse al respecto.



- 30.- Consecuentemente, en la medida que ambas partes han coincidido en indicar que la demora en el inicio de las operaciones de embarque, se debió a "problemas" con el oficial de Resguardo de Aduanas y a la no visualización de la carga de GYOREN en el sistema de Aduanas, el presente análisis consistirá en evaluar la responsabilidad por la ocurrencia de dichos hechos.
- 31.- En cuanto a la realización de las operaciones en el Terminal Portuario, el artículo 28 del Reglamento de Operaciones de APM dispone lo siguiente:

"Artículo 28º.- Podrán desembarcar, embarcar y manipular por los muelles o cualquier otra área del Terminal Portuario, mercancías, provisiones, materiales, equipajes u otros elementos, cualesquiera que sean su clase o forma, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la APN, Aduana, Migraciones y APM TERMINALS, así como las normas contenidas en el presente Reglamento y los Procedimientos por cada tipo de carga de APM TERMINALS".

[El subrayado es nuestro]

- 32.- Como se observa, para embarcar toda mercancía dentro del Terminal Portuario, el usuario interesado deberá de cumplir con todos los requisitos establecidos en la normatividad vigente y los exigidos por las Entidades pertinentes, como es el caso de SUNAT-ADUANAS.
- 33.- En el presente caso, la mercadería reclamada por GYOREN fue sometida al Régimen Aduanero de Exportación, el cual se encuentra regulado por el Procedimiento INTA-PG.02, que señala en su numeral VI.1 lo siguiente:

"Definición

1. La exportación definitiva en adelante exportación, es el régimen aduanero que permite la salida del territorio aduanero de las mercancías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo definitivo en el exterior y no está afectada a tributo alguno".

[El subrayado es nuestro]

- 34.- Al respecto, el numeral 13 del referido procedimiento señala que el despachador, ya sea el dueño o consignante de la carga, el despachador oficial o el Agente de Aduanas, es el responsable de contar con la documentación exigible para el despacho de las mercancías para su exportación:

"Del despachador

13. Son despachadores de aduana los siguientes:

- Dueños o consignantes;
- Despachadores oficiales; y
- Agentes de aduanas.

Es responsabilidad del despachador de aduana contar con toda la documentación exigible en su oportunidad para el despacho de las mercancías, caso contrario está afecto a la sanción de multa



por la infracción tipificada en el artículo 192º, inciso b), numeral 2) de la Ley, sin perjuicio de las acciones legales que corresponda”.

[El subrayado es nuestro]

- 35.- Dentro de dicho procedimiento, el numeral VII.A describe la tramitación del Régimen de Exportación de la siguiente manera:

"VII. DESCRIPCIÓN

A. TRAMITACIÓN DEL RÉGIMEN

Numeración de la declaración

1. El despachador de aduana solicita el régimen de exportación definitiva mediante la transmisión electrónica de la información, utilizando la clave electrónica asignada. La transmisión electrónica es realizada conforme a las estructuras de transmisión de datos publicados en el portal web de la SUNAT y al instructivo "Declaración Aduanera de Mercancías" INTA-IT.00.04.

(...)

4. El SIGAD valida entre otros datos el número del Registro Único del Contribuyente (RUC) y el nombre o razón social del exportador o consignante, los cuales se consignan exactamente de acuerdo a su inscripción en la SUNAT, subpartida nacional, código del país de destino final, código del depósito temporal y cuando corresponda el nombre y domicilio del consignatario.

(...)

6. De ser conforme, el SIGAD genera automáticamente el número correspondiente de la declaración; en caso contrario, se le comunica inmediatamente por el mismo medio al despachador de aduana, para las correcciones pertinentes.

7. La conformidad otorgada por el SIGAD mediante el número generado es transmitida por el mismo medio al despachador de aduana, quien procede a imprimir la declaración para su ingreso en la zona primaria, de corresponder.

(...)"

[El subrayado y resaltado son nuestros]

- 36.- Como se observa, el procedimiento para el Régimen de Exportación se inicia con la numeración de la declaración realizada por el despachador de aduanas mediante la transmisión electrónica de la información a través del Portal Web de SUNAT, información que posteriormente es evaluada y validada por el Sistema Integrado de Gestión Aduanera (SIGAD), el cual da la conformidad y genera la numeración de la DUA, que son transmitidas al referido despachador por el mismo medio, esto es, el antes mencionado SIGAD.



- 37.- Al respecto, cabe agregar que en la página web de SUNAT¹⁰, el SIGAD se encuentra definido como un "Servicio del Portal, que es parte de SOL - SUNAT Operaciones en Línea y que permite la facilitación de las operatividad aduanera. Sistema que permite realizar trámites aduaneros como: solicitudes entre otros".
- 38.- En tal sentido y considerando lo antes expuesto, si el usuario, quien es el encargado e interesado en obtener la autorización para la operación de exportación, realiza los trámites adecuadamente y presenta la información correcta, se le generara y transmitirá la numeración de la DUA de la carga y su consecuente visualización a través de la Página Web de SUNAT.
- 39.- Ahora bien, en cuanto a la actuación del representante del Resguardo Aduanero, en sus Pro-080¹¹ y Pro-087¹², APM ha comunicado a sus usuarios el detalle del procedimiento de Inspección BOE (Brigada de Operaciones Especiales) de contenedores para Exportación, el cual es un procedimiento inadvertido y realizado por ADUANAS, cuya finalidad es evitar el tráfico de drogas y el contrabando, encontrándose definido de la siguiente manera:

"Pro-087: INSPECCIÓN SUNAT Y/O BOE EN EMBARQUE

5. DEFINICIONES

- *Inspección BOE: Inspección inopinada realizada por Aduanas (BOE) cuando hay sospecha de tráfico de drogas o contrabando."*

- 40.- Al respecto, en el numeral 7 del procedimiento PRO-080¹³, APM ha descrito el proceso que llevan a cabo tanto ADUANAS como la propia Entidad Prestadora dentro de la Inspección BOE de contenedores para exportación, en el cual ha descrito las siguientes actividades:

¹⁰ http://www.sunat.gob.pe/gobiernoelectronico/princ_serv_sigad.html consultada el 09 de febrero de 2017.

¹¹ Pro-080: INSPECCIÓN BOE DE CONTENEDORES PARA EMBARQUE EN PATIO

¹² Pro-087: INSPECCIÓN SUNAT Y/O BOE EN EMBARQUE

¹³ INSPECCIÓN BOE DE CONTENEDORES PARA EXPORTACIÓN

7. DESCRIPCIÓN DE PROCESO

7.1. COMUNICACIÓN DE LA INSPECCIÓN

7.1.1. Aduanas o el área de Servicios (si es a solicitud del cliente) comunica a planning vía e-mail acerca de la inspección a realizar.

7.1.2. El Yard Planner bloquea los contenedores en el sistema para evitar su embarque (HOLD)

7.1.3. Si el contenedor aún no ingresa al terminal, el Yard Planner comunica vía e-mail al supervisor de balanza los contenedores a los que se realizará la inspección y se sigue con el inciso

7.2. ACTIVIDADES PREVIA A LA INSPECCIÓN

7.2.1. El contenedor se encuentra en patio

7.2.1.1. El Yard Planner comunica al Dispatcher los contenedores que serán inspeccionados, modifica su planificación y los direcciona a Zona 9.

7.2.1.2. Dispatcher asigna tareas al operador de la RS y TT, quienes se dirigen a la ubicación señalada.

7.2.1.3. El operador de la RS coloca el contenedor sobre la TT y confirma la tarea realizada en el Hand Held.

7.2.1.4. La TT lleva el contenedor a la ubicación señalada en su tableta de tarea, donde lo espera una RS que realiza maniobras para ubicar el contenedor en la posición determinada. El operador de la RS confirma la tarea realizada en el Hand Held.

7.2.2. El contenedor esta por ingresar al terminal

7.2.2.1. El supervisor de balanza envía esta información a los operadores de balanza.

7.2.2.2. El chofer ingresa a balanza y luego de ser pesado según el procedimiento PRO-005 Ingreso de contenedores para exportación, el operador de balanza informa a planning el ingreso del contenedor con requerimiento de inspección BOE.

7.2.2.3. El Yard Planner modifica la planificación del contenedor en el sistema y lo direcciona a Zona 9. Este paso es confirmado al Operador de Balanza antes de imprimir ticket de ingreso.

7.2.2.4. El operador de balanza entrega ticket de ingreso al chofer e informa el requerimiento de la inspección y le indica direccionamiento a Almacén 9.



- Aduanas o el área de Servicios comunica al Área de Planning de APM vía e-mail acerca de la inspección a realizar.
 - La Brigada de Operaciones Especiales de Aduanas realiza la inspección en la fecha establecida y conforme al resultado de este procedimiento, el oficial de aduanas informa al Área de Planning y Control de almacenes de APM los contenedores que proceden al levante del bloqueo.
 - En caso que el contenedor no se vaya a embarcar, Aduanas retiene el contenedor y el Área de Planning de APM comunica a Dispatcher para anular el ingreso de contenedor.
 - Si el contenedor pasa la inspección sin inconvenientes se sigue con el presente procedimiento
 - Aduanas coloca precintos BOE al contenedor emite un Acta de Inspección, de la cual entrega al representante de la Agencia de Aduanas (representante de GYOREN) o del Depósito Extraportuario.
 - El representante de la Agencia de Aduanas o del Depósito Extraportuario firma el Acta correspondiente y le entrega la copia al Área de Planning de APM. El Acta es archivada en la carpeta del buque.
- 41.- Como se observa, el referido proceso de inspección de contenedores implica el intercambio de información y comunicación constante entre la Entidad Prestadora, ADUANAS y el propio usuario, en este caso, GYOREN, ya sea directamente o través de su Agente de Aduanas, finalizando con la emisión del Acta de Inspección por parte del Oficial de Aduanas que autoriza el embarque del contenedor de acuerdo al Plan de Operaciones ya elaborado.
- 42.- Considerando lo establecido en los procedimientos antes descritos, se verifica que en calidad de usuario e interesado en el embarque de los contenedores, GYOREN se encontraba en la obligación de velar por el cumplimiento de las formalidades previstas para el Régimen de Exportación Definitiva de la mercadería a fin de obtener la numeración de la DUA de la carga y su consecuente visualización a través de la Página Web de SUNAT; así

7.2.2.5. El chofer se dirige al almacén de aduanas.

7.2.2.6. Dispatcher asigna tarea al operador de la RS, quien se dirige al lugar señalada y ubica el contenedor en la posición determinada. Esta operación es confirmada por el operador de la RS mediante el Hand Held.

7.2.2.7. El chofer del camión se dirige a balanza para recibir su ticket de salida según el inciso 7.4 Salida del camión de patio y de balanza perteneciente al procedimiento PRO-005 Ingreso de contenedores para exportación.

7.3. ACTIVIDADES POSTERIORES A LA INSPECCIÓN

7.3.1. BOE realiza la inspección en la fecha establecida y conforme al resultado de este procedimiento, el oficial de aduanas informa a Planning y Control de almacenes los contenedores que proceden al levante del bloqueo.

• En caso que el contenedor no se vaya a embarcar, Aduanas retiene el contenedor y Planning comunica a Dispatcher para anular el ingreso de contenedor.

• Si el contenedor pasa la inspección sin inconvenientes se sigue con el presente procedimiento

7.3.2. El Yard Planner verifica el Hald de los contenedores en el sistema N4 según el instructivo INS-026 Confirmar listado final de embarque, y planifica su ubicación en patio o, si esta próximo su embarque, lo planifica al muelle.

7.3.3. Aduanas coloca precintos BOE al contenedor emite un Acta de Inspección, de la cual entrega al representante de la Agencia de Aduanas o del Depósito Extraportuario.

7.3.4. Control de Almacenes ingresa los precintos al sistema mediante el Hand Held.

7.3.5. El representante de la Agencia de Aduanas o del Depósito Extraportuario firma el Acta correspondiente y le entrega la copia a Planning. El Acta es archivada en la carpeta del buque.

7.3.6. Dispatcher asigna tareas al operador de la RS y TT, quienes se dirigen a la ubicación señalada.

7.3.7. El operador de la RS coloca el contenedor sobre la TT y confirma la tarea realizada en el Hand Held.

7.3.8. La TT lleva el contenedor a la ubicación señalada en su tableta de tarea, donde lo espera una RS que realiza maniobras para ubicar el contenedor en la posición determinada. El operador de la RS confirma la tarea realizada en el Hand Held



como de colaborar con las inspecciones BOE programadas para contenedores, en la medida que estas forman parte de un procedimiento realizado por ADUANAS, cuya finalidad es evitar el tráfico de drogas y el contrabando.

- 43.- En tal sentido, si no hubiera numeración de DUA alguna en el sistema de Aduanas, o esta no pudiera visualizarse, o en todo caso, la inspección BOE no se realizara regularmente, ello obedecería a un incumplimiento de las referidas formalidades por parte del usuario, quien pese a conocer de los procedimientos antes referidos y encontrarse en posibilidad de prever las consecuencias del dicho incumplimiento, no habría realizado o impulsado los trámites aduaneros correspondientes a fin de obtener la autorización de exportación de la mercadería con la finalidad de cumplir con lo acordado en el Terminal Portuario respecto del Plan de Operaciones que consideraba el inicio de operaciones en la nave Arnela el 11 de marzo de 2015 a las 15:00 horas.
- 44.- Asimismo, si bien GYOREN ha señalado que habrían existido "problemas" con el Oficial de Resguardo Aduanero en la medida que no habría podido visualizar la carga en el sistema de Aduanas, lo que se constituiría en una circunstancia de fuerza mayor cuyo riesgo debía asignarse a APM; cabe resaltar que el usuario no ha presentado medio probatorio alguno que acredite la existencia de los referidos "problemas" con el Oficial de Resguardo Aduanero, ni que dichos "problemas" se hayan referido a la visualización de la carga en el sistema de Aduanas ni que estos se hayan debido a hechos atribuibles a la Autoridad Aduanera
- 45.- Cabe señalar que en cuanto a las obligaciones a cargo de los usuarios de la infraestructura portuaria, el artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, establece lo siguiente:

"Artículo 9.- De las Obligaciones del Usuario

(...)

b) Conducta debida

* Utilizar la ITUP aeroportuaria y portuaria, o los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas en general establecidas para cada una de ellas y la normativa nacional correspondiente, siempre y cuando estas hayan sido debidamente informadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.

* El Usuario asumirá la responsabilidad en caso no observe las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora que hayan sido debidamente difundidas.

* En caso se presente algún inconveniente con los servicios portuarios o aeroportuarios, se deberá utilizar el mecanismo de Reclamo contemplado en el presente Reglamento, sin que en ningún caso sea válido realizar acciones u omisiones que dificulten o impidan el uso de dichos servicios por parte de otros usuarios".

[El subrayado es nuestro]



- 46.- Como se aprecia, al utilizar la infraestructura portuaria o los servicios derivados de su explotación, los usuarios tienen la obligación de respetar las condiciones, plazos y reglas en general establecidas para cada una de ellas y la normativa nacional correspondiente, asumiendo la responsabilidad de su incumplimiento.
- 47.- Lo señalado resulta congruente con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento de Operación de APM que señala que para la prestación de servicios dentro del Terminal Portuario, los usuarios se encuentran en la obligación de cumplir los requisitos establecidos por la propia Entidad Prestadora y las disposiciones vigentes expedidas por las autoridades pertinentes.
- 48.- Al respecto, cabe señalar que siguiendo el criterio ya establecido por el TSC¹⁴ y lo determinado en el artículo 1392 del Código Civil¹⁵, el Tarifario, la Política Tarifaria y cualquier "reglamento interno" de las Entidades Prestadoras dirigido a los usuarios de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, constituyen cláusulas generales de contratación, puesto que en estos documentos se encuentran las condiciones preestablecidas de manera general y abstracta por una de las partes, en este caso APM, y que van dirigidas a regular sus relaciones contractuales futuras con sus usuarios quienes únicamente se adhieren a dichas condiciones.
- 49.- En ese sentido y considerando lo anteriormente expuesto, resultaba de obligación de GYOREN velar por el cumplimiento de lo prescrito tanto en la Ley General de Aduanas y los procedimientos que esta Entidad establece, como con lo señalado por los Reglamentos y procedimientos de la propia Entidad Prestadora, los cuales indicaban que para el embarque de la mercancía debía de obtenerse la autorización para el embarque de sus contenedores de ADUANAS.
- 50.- Finalmente, cabe señalar que los referidos problemas con el Oficial del Resguardo Aduanero o la no visualización de la carga en el sistema de Aduanas, no resultan ser un caso fortuito o de fuerza mayor, en la medida que tales circunstancias no configuran un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, debido a que como se ha desarrollado precedentemente, la visualización de la DUA en el Portal Web de Aduanas y la inspección BOE de contenedores para embarque son procedimientos comunes a las operaciones de exportación, de modo que sus implicancias resultan previsibles para los agentes involucrados en operaciones de carga y descarga de mercancías; consecuencia de lo cual la no obtención de la autorización de embarque de contenedores podía ser evitada cumpliendo los procedimientos correspondientes.

¹⁴ Expediente N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN y 028-2010-TSC-OSITRAN

¹⁵ Código Civil

"Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación

Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos".



- 51.- En tal sentido, considerando que el recargo de cuadrilla no utilizada 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 y que en el presente caso, GYOREN no cumplió con obtener la autorización de exportación de los contenedores a ser transportados en la nave Arnela, incumpliendo con el Plan de Operaciones que consideraba el inicio de operaciones a las 15:00 horas del 11 de marzo de 2015; correspondía el cobro de la factura N° 003-0065615 por parte de APM.

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 OSITRAN¹⁶;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0234-2015 por APM TERMINALS CALLAO S.A., que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por GYOREN DEL PERÚ S.A.C. contra la Entidad Prestadora respecto del cobro de la factura N° 003-0065615, emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa GYOREN DEL PERÚ S.A.C. 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

¹⁶ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

*Artículo 6o. - Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Integrar la resolución apelada;
- Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda*.

*Artículo 61. - De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa.

Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia*.