



EXPEDIENTE : 62-2015-TSC-OSITRAN

APELANTE : COGORNO S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 01 emitida en el expediente  
N° APMTC/CL/0086-2015

### RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 31 de marzo de 2017

**SUMILLA:** *En los casos en que la Entidad Prestadora no acredite la existencia de paralizaciones de las jornadas de trabajo del personal asignado, no corresponde que se imponga el recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada.*

### VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por COGORNO S.A. (en adelante, COGORNO o la apelante) solicitando se deje sin efecto la Resolución N° 01 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0086-2015 (en adelante, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

### CONSIDERANDO:

#### I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 11 de febrero de 2015, COGORNO interpuso reclamo ante APM solicitando se deje sin efecto el cobro de la factura N° 003-0055811, emitida por el concepto de "Compensación por Cuadrilla No Utilizada" por un monto ascendente a US \$ 3 717.00, dólares americanos incluido IGV, por un total de 9 horas, argumentando lo siguiente:
  - i.- La factura se encuentra mal emitida pues el concepto de cargo por Cuadrilla no Utilizada no corresponde ser cobrado, en la medida que el servicio de cuadrilla brindada a la nave Nord Harmony fue cancelado en su integridad luego de finalizada la descarga de la referida nave, correspondiendo que se emita una Nota de Crédito y se proceda con la anulación de la factura.



- ii.- Asimismo, en la medida que el concepto cobrado sería el de compensación, el cual hace referencia a una indemnización, no encontrándose referida a la venta de un bien o a la prestación de un servicio; no debería encontrarse gravada con el IGV.
  - iii.- En el supuesto negado de que la factura hubiera sido correctamente emitida, la liquidación de tiempos efectuada por APM se encuentra errada, pues se les pretendería cobrar 9 horas por cuadrillas no utilizadas sin tener en consideración que las horas totales de paralización de la descarga imputables a APM se elevó a 24 horas. De este total de horas, a la empresa le correspondía pagar el 45%, es decir, un total de 10 horas, tiempo superior con el que se pretende penalizar al usuario.
- 2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 26 de febrero de 2015, APM declaró infundado el reclamo presentado por COGORNO por los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo con lo dispuesto en la notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos, versión 3.2, vigente al momento de la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar por 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.- Asimismo, se aplicará el recargo cuando la operación sea concluida antes del horario programado en el Plan de Operaciones, como consecuencia del recorte del volumen de la carga embarcada / desembarcada o en el caso de que la línea naviera, el cosignatario o sus representantes soliciten ser atendidos al arribo de la nave al terminal, y esto ocurra después de la hora de inicio de cada jornada de trabajo. Se aplicará también en el caso de que la nave, el consignatario o su representante solicite el término de operaciones antes del término de la jornada.
  - iii.- APM señaló que el cobro de compensación de cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud aplicable, cuando se comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
  - iv.- Al tratarse de una operación de descarga directa de mercadería proveniente de la nave Nord Harmony de Mfto. 2014-32783, ésta se realiza directamente de la bodega de la nave al camión que fue enviado por el usuario. Para ello, su departamento de Operaciones realiza previamente un Plan de Operaciones, incluyendo personal de estiba y maquinarias, con la finalidad de realizar una descarga de manera fluida y continua. Sin embargo, dichas operaciones pueden ser interrumpidas por situaciones o imprevistos ajenos a su responsabilidad, que impiden o dificultan continuar con el referido Plan de Operaciones programado, como puede ser el caso de la falta de camiones, lo que sucedió en el presente caso.



- v.- De la revisión de la forma como COGORNO programó el retiro de su carga, se comprobó que no envió unidades de transporte de manera constante, lo que originó que no pudieran realizar el retiro de su mercancía de manera regular, lo que ha sido corroborado del análisis realizado.
- vi.- Sobre la cantidad de horas de paralizaciones por falta de camiones, el área de Operaciones de APM indicó que en relación a la nave Nord Harmony de Mfto. 2014-32783, existió un total de 08.50 horas de paralizaciones por falta de unidades de transporte.
- vii.- Del análisis de la información registrada en los Controles de Tarja se aprecian las paralizaciones en las operaciones de descarga, las cuales fueron originadas por la falta de camiones que debió enviar el usuario, así como las paralizaciones que fueron responsabilidad de APM; motivo por el cual, ambas paralizaciones fueron contempladas a fin de cobrar únicamente los tiempos en los cuales la Entidad Prestadora estuvo totalmente preparada para operar, sin que el consignatario de la carga haya enviado unidades de transporte suficientes.
- viii.- De otro lado, son los agentes marítimos quienes informan sobre las características de la carga a operar, información que es recibida por APM para programar las operaciones de descarga, luego de lo cual cumplen con informar a los usuarios, entre ellos a los agentes marítimos y clientes en general, la Programación de Amarraderos vía *website*, lo que se realiza tres veces al día de acuerdo con el desarrollo de las operaciones. Lo expuesto demuestra que el Agente Marítimo de la nave y COGORNO fueron informados del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga de la nave, operación que se realizaría de la siguiente manera:

Respecto de la factura N° 003-0055811 (Autorización N° 39870, 39872, 39873 y 39875) – 9 jornadas aproximadamente

- ix.- Si el total de carga solida a descargar fue de 15,400.00 toneladas, si la descarga de toda la mercadería se realiza en 09 jornadas y cada camión puede trasladar 30 toneladas; entonces puede afirmarse que COGORNO tenía pleno conocimiento de que la descarga por jornada sería de 1,711.11 toneladas, equivalente a 28 camiones por jornada.
- x.- Asimismo, señalaron que la comunicación electrónica anexada al expediente demuestra que el Supervisor de Carga General de APM comunicó tanto al Agente Marítimo como al consignatario de la carga para la mercadería de COGORNO; el ETB<sup>1</sup>, inicio de operaciones, bodegas a descargar, cantidad de cuadrillas a trabajar, entre otros.
- xi.- Asimismo, en la Junta de Puertos que el Área de Operaciones de APM realiza diariamente, se observa la asistencia de representantes de TRAMARSA, en calidad

<sup>1</sup> Estimated Time of Berthing



de Agente Marítimo, argumento que confirma que conocían acerca del número de toneladas programadas para la descarga de la nave Nord Harmony.

- xii.- Finalmente, la Tarifa reflejada en la emisión de la factura objeto de cuestionamiento, tiene como base fundamental la prestación efectiva del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada por parte de APM.
- 3.- Con fecha 06 de marzo de 2015, COGORNO presentó recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en su reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- APM no puede cobrar por Recargo por Compensación de Cuadrillas no Utilizadas por falta de camiones cuando el flujo de ingreso de los mismos durante las descargas se ve afectado por las congestiones que se forman al ingreso, al pesaje y a la salida del terminal.
  - ii.- Asimismo, el flujo de camiones se vio afectado por hechos imputables a APM que rompen con toda la logística creada para la descarga, ocurriendo que el tiempo o transcurso de la operación resulta muy largo, pues entre el ingreso al terminal y la salida de los camiones luego del pesaje en las balanzas del puerto excede el tiempo permitido por el Contrato de Concesión para las operaciones de retiro de la mercancía, por lo que OSITRAN debería solicitar a la Entidad Prestadora los tickets de ingreso y salida de los camiones del puerto, a fin de que con ello pueda establecer que la falta de camiones por intervalos mayores de 10 minutos ocurren debido a la demora en el flujo de los camiones al interior de sus instalaciones.
  - iii.- APM emite sus facturas en base a liquidaciones de tiempos sesgadas que no reflejan lo que realmente sucede en cada uno de los procesos de descarga y no detrae las paralizaciones que obedecen a hechos que le son imputables, además de la prolongada permanencia de los camiones en las puertas de ingreso al Terminal Portuario, la extensa estadía de los camiones en las instalaciones del terminal, las unidades que permanecen al ingreso y salida de APM hasta 5 horas, tiempos que no son considerados por la Entidad Prestadora al momento de liquidar.
- 4.- El 26 de marzo de 2015, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la correspondiente absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento y añadiendo lo siguiente:
- i.- Respecto al primer argumento señalado por COGORNO, manifestaron que el concepto cobrado como "Cuadrilla" no corresponde a la contraprestación de labor realizada por la cuadrilla suministrada para realizar las operaciones de la nave, sino que lo que se cobra es el concepto de "Compensación de Cuadrilla No Utilizada", el cual tiene una naturaleza de recargo.



- ii.- Respecto a lo afirmado por COGORNO respecto a que la factura se encontraría mal emitida, señalaron que el artículo 1321 del Código Civil establece que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
- iii.- De la norma antes desglosada, la indemnización en sí misma no constituye la retribución por una venta, servicio o construcción, sino que se trata de un pago de carácter resarcitorio por la inejecución de una obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
- iv.- Respecto a los recargos que cobra APM y que se encuentran en la Lista de Precios de Otros Servicios y Recargos, estos han sido reconocidos por OSITRAN mediante Oficio N° 268-13-GG-OSITRAN, señalando el carácter y/o naturaleza compensatoria de dichos recargos. En ese sentido, la compensación sí está ligada a la prestación de un servicio.
- v.- De lo antes expuesto, en la medida que el recargo por Compensación de Cuadrilla no Utilizada está vinculada a la compensación por la asignación de personal relacionado directamente a la contraprestación de una operación, ésta debe ser gravada. Por lo tanto, APM viene aplicando el cobro del IGV de manera correcta y conforme a las normas tributarias.
- vi.- Asimismo, señalaron que el cobro del recargo se computa únicamente durante los tiempos en los cuales APM se encontró dispuesto a operar, tanto con máquinas como con personal, pero en los cuales la reclamante no tuvo disponibles camiones para el recojo de su mercadería.
- vii.- Respecto de la congestión de camiones a las afueras de las balanzas de APM argumentada por COGORNO, señalaron que se atiende a los usuarios de acuerdo a su orden de llegada, no teniendo facultad ni posibilidad de dar preferencias en el ingreso y/o salida de las unidades en sus instalaciones.
- viii.- Por otro lado, señalaron que sólo se debe asumir responsabilidad por la prestación de los servicios portuarios que se encuentran a cargo en el Terminal Portuario y de los subcontratistas que la Sociedad Concesionaria contrate.
- ix.- El Anexo 3 – Niveles de Servicio y Productividad del Contrato de Concesión indica que el retiro de mercancía no deberá ser mayor a 30 minutos, el mismo que se computará desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro del terminal. Para ello, en la medida que APM está obligado a presentar mensual y trimestralmente los Niveles de Servicio y Productividad que viene alcanzando, lo que resulta es un promedio obtenido de todas las operaciones realizadas a todas las naves que hayan arribado en el mes y no de un solo consignatario.





- 5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, en la audiencia de conciliación del 27 de febrero de 2017, no pudo llegarse a ningún acuerdo debido a la inasistencia de ambas partes. El 28 de febrero de 2017 se realizó la audiencia de vista, con la asistencia de los representantes de la parte apelante, quedando la causa al voto.
- 6.- Mediante Oficio N° 171-17-TSC-OSITRAN de fecha 27 de febrero de 2017, la Secretaría Técnica requirió información a APM, ordenando se sirvan remitir los documentos "Notas de Tarja, Resúmenes de Control de Tarja – Granel, Autorizaciones de Descarga Directa Internacional", en los que se hayan consignado las fechas y horas de las paralizaciones por falta de envío de camiones.
- 7.- Con fecha 03 de marzo de 2017, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores y añadiendo lo siguiente:
- i.- La falta de unidades de transporte contratadas y proporcionadas directamente por el usuario, generó paralizaciones innecesarias en las operaciones portuarias, lo que afectó el procedimiento de descarga de las diferentes naves que arribaron al Terminal Portuario. 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 COGORNO.
  - ii.- Lo mencionado en el párrafo precedente se encuentra reconocido en el artículo 11 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios<sup>2</sup>, el cual dispone que las Entidades Prestadoras tienen derecho a ser resarcidas por los daños y perjuicios ocasionados por los usuarios. Del referido artículo es posible desprender dos premisas: i) que la Entidad Prestadora cuenta con el derecho de exigir el pago de esta compensación correspondiente por la puesta a disposición de los servicios de APM; y, ii) que este derecho se ejerce de diferentes maneras, siendo una de ellas el acuerdo al que puedan arribar las partes.
  - iii.- En consecuencia con lo anteriormente señalado, se debe tener en cuenta que la Lista de Precios, así como los demás lineamientos y reglamentos internos aprobados por APM en su condición de Administrador Portuario, contienen cláusulas generales de contratación que el usuario acepta al momento de solicitar el servicio.
  - iv.- Por otro lado, con relación al tratamiento tributario del recargo por Compensación de Cuadrilla no Utilizada, se debe tener en cuenta que este cobro se efectúa en dos situaciones: i) Cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, de acuerdo a lo planificado, este se suspende por decisión o responsabilidad de la línea, el consignatario o sus representantes. En este caso, se aplica el cobro cuando se prolonguen las horas de trabajo del personal asignado; y, ii) cuando la línea

<sup>2</sup> Aprobado mediante Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN



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; por ejemplo, cuando no llegan sus camiones en la hora programada.

- v.- El cobro del Recargo por Compensación de Cuadrilla no Utilizada se encuentra gravado con el IGV debido a que: i) conforme al inciso b) del artículo 1 de la ley del IGV, este impuesto grava, entre otras operaciones, la prestación o utilización de servicios en el país. El inciso c) del artículo 3 de la referida ley ha definido por "servicios" a "toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso, que se considere renta de tercera categoría para los efectos del impuesto a la renta, aun cuando no esté afecto a este último; incluidos el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles y el arrendamiento financiero, ii) Según el Tribunal Fiscal, para que se configure una prestación de servicios gravada con IGV, deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que se trate de una prestación realizada por una persona para otra, b) que la persona que efectúa la prestación perciba una retribución o ingreso; y ,c) que el ingreso sea considerado como renta de tercera categoría, aun cuando el prestador del servicio no se encuentre afecto a este impuesto.
- vi.- La causa del cobro de la compensación se encuentra vinculada: i) al prolongamiento del horario de trabajo del personal asignado a la realización de la descarga por un tiempo mayor al inicialmente planificado, ii) la atención de la naviera fuera del horario programado; y, iii) que las cuadrillas se encuentren a disposición pero deban iniciar la descarga con retraso.
- vii.-Consecuentemente, la prolongación del tiempo de puesta a disposición de una cuadrilla supone que la prestación del servicio de descarga por la empresa a sus clientes se extienda por mayor tiempo del programado, lo que no implica que no se preste el servicio (representado, en este caso, por la puesta a disposición de la cuadrilla). En ese contexto, consideramos que no podría considerarse que la "compensación por cuadrilla no utilizada" tiene naturaleza indemnizatoria o resarcitoria. Dicho esto, consideran que este asunto no debe ser analizado por OSITRAN, sino que la procedencia de gravar el Recargo con IGV corresponde que sea definida por el Tribunal Fiscal, considerando las competencias que le han sido legalmente conferidas como máximo intérprete en materia tributaria.
- viii.-En atención a lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento de Operaciones de APM, 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. Ello 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.

- ix.- Se debe recalcar que, de acuerdo al material probatorio aportado por APM respecto del expediente objeto de controversia, se concluye que el Agente Marítimo fue informado respecto del detalle de la operación de descarga, evidenciándose en los correos electrónicos enviados por el personal de operaciones de APM que los trabajadores de la Agencia Marítima Trabajos Marítimos S.A. se encontraban entre los destinatarios.
- x.- Finalmente, consideran que no resulta válido que por una supuesta "no idoneidad" respecto a la información brindada a los usuarios, se autorice que COGORNO no cumpla con pagar al Administrador Portuario la factura emitida por concepto del recargo.

## II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

8.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i. Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1 de APM.
- ii. Determinar, de ser el caso, si corresponde el cobro de la factura N° 003-0055811 emitida por concepto de Recargo por Cuadrilla No Utilizada.

## III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 9.- Como cuestión previa, cabe resaltar que el artículo 2 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 10.- Asimismo, como se puede apreciar del artículo 33<sup>3</sup> del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

<sup>3</sup> Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

- a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora (...)
- c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora. (...)



- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura, siempre que éstos deriven de la prestación efectiva de servicios brindados por las Entidades Prestadoras.
- ii) La calidad en que se brinden dichas prestaciones de servicios.
- 11.- En ese sentido, dado que en el presente caso el reclamo del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada requerirá analizar si el servicio fue prestado de manera idónea; y, si el cobro derivado de dicho servicio fue correctamente realizado, se evidencia que dichos extremos involucran los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM<sup>4</sup>, así como el literal b) del artículo 2<sup>5</sup> del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento<sup>6</sup>, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 12.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM<sup>7</sup>, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del

<sup>4</sup> 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.

1.5.3.2 La calidad y oportuna prestación de los servicios que brinda APM TERMINALS CALLAO S.A., derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA".

<sup>5</sup> Reglamento de Reclamos de OSITRAN

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

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

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

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

<sup>6</sup> Reglamento de Reclamos de OSITRAN

**"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias**

El Tribunal de Solución de Controversias, en virtud de un recurso de apelación, declara su admisión y revisa en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por las Entidades Prestadoras y por los Cuerpos Colegiados.

Asimismo es competente para resolver las quejas que se presenten durante los procedimientos de primera instancia. Su resolución pone fin a la instancia administrativa y puede constituir precedente de observancia obligatoria cuando la propia resolución así lo disponga expresamente conforme a ley".

<sup>7</sup> Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

**"3.1.2 Recurso de Apelación**

Contra la resolución emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A., procede la interposición de recurso de apelación.

El recurso de apelación deberá interponerse ante APM TERMINALS CALLAO S.A. dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución.



OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)<sup>8</sup>, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

- 13.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 01 de APM, que declaró infundado el reclamo presentado, fue notificada a COGORNO el 26 de febrero de 2015.
  - ii.- El plazo máximo que tuvo COGORNO para interponer el recurso de apelación venció el 19 de marzo de 2015.
  - iii.- COGORNO presentó el recurso de apelación el 06 de marzo de 2015, es decir, dentro del plazo legal.
- 14.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>9</sup> (en adelante, LPAG), al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.
- 15.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

- 16.- El análisis de este asunto requerirá que se aborden los siguientes aspectos:
- a) Sobre los niveles de servicio y productividad
  - b) La naturaleza del cobro por concepto de "recargo por cuadrilla no utilizada".

*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".*

<sup>8</sup> 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".*

<sup>9</sup> LPAG

"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".*

**a) Sobre los niveles de servicio y productividad**

- 17.- Por otro lado, con relación a los niveles de servicio y productividad, es pertinente precisar que si bien el Anexo 3 del Contrato de Concesión señala que para cualquier tipo de carga, la Entidad Prestadora deberá atender a los camiones de los usuarios en un promedio de 30 minutos<sup>10</sup>, y establece que la medición de esta atención se realizará en base al promedio trimestral.
- 18.- Asimismo, cabe recordar que de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN<sup>11</sup>, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización es la encargada de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes).
- 19.- En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, respecto de los niveles de servicio y productividad a los que está obligada APM

**<sup>10</sup> Anexo 3 del Contrato de Concesión****Niveles de Servicio y Productividad**

(...)

*El cumplimiento de los indicadores que se establecen a continuación se verificará en base al promedio trimestral o por operación, según sea el caso.*

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

(...)

**b) Niveles de Servicio y Productividad para cualquier tipo de carga**

- *Tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercancía: Una vez que el cliente haya realizado el pago de los derechos aduaneros que correspondan y obtenga la autorización del terminal, el tiempo posterior a este proceso no deberá ser mayor a treinta (30) minutos en promedio computados desde que el Usuario ingresa su unidad al Terminal hasta que salga de la misma. Los treinta (30) minutos se computarán desde el ingreso de cada unidad de transporte.*

(...)"

**<sup>11</sup> Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN**"Artículo N° 2.- Definiciones**

(...)

- g) *Órgano Supervisor: Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras".*

**"Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos**

*Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.*

*Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:*

(...)

- e) *Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidos contractualmente para la infraestructura de transporte".*



contractualmente, se advierte algún incumplimiento por parte de ésta última, corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente<sup>22</sup>.

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

- 20.- 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 obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."*

- 21.- 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).

<sup>22</sup> **Reglamento de Infracciones y Sanciones**

*"Artículo N° 7 Órganos competentes*

*El órgano competente para la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores es la Gerencia de Supervisión.*

*El órgano resolutorio, en primera instancia es la Gerencia General de OSITRAN.*

*El órgano resolutorio, en segunda instancia es el Consejo Directivo de OSITRAN".*



- 22.- 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.
- 23.- 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]

- 24.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"<sup>23</sup>. 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.

8

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 subrayado y resaltado son nuestros]

- 25.- 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. No obstante, en caso de suspensión o paralización, debe de haberse prolongado las horas de trabajo del personal asignado de acuerdo al Plan de Operaciones.
- 26.- Asimismo, de lo expuesto se desprende que 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.
- 27.- 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

<sup>23</sup> <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>



(Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica), opinaron lo siguiente:

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

[El subrayado es nuestro]

28.- 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]

29.- 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.

30.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación referida remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que la Entidad Prestadora deja de percibir por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.

### Respecto al cobro de la factura N° 003-005811

31.- COGORNO indicó que pagó por los "Servicios de Cuadrilla" de la nave Nord Harmony luego de finalizada la descarga, por lo que no correspondía que APM le cobre la factura N° 003-005811.

32.- Asimismo, señaló que APM no puede cobrar por Recargo por Compensación de Cuadrillas no Utilizadas por falta de camiones cuando el flujo de ingreso de los mismos durante las descargas se ve afectado por las congestiones que se forman al ingreso, durante el pesaje y a la salida del terminal. Preciso que en el presente caso el flujo de camiones se vio afectado por hechos imputables a APM, lo que generó que el tiempo o transcurso de la operación resultara muy extenso, excediéndose el tiempo permitido por el Contrato de Concesión para las operaciones de retiro de la mercancía.

33.- Adicionalmente, señaló que APM emite sus facturas en base a liquidaciones de tiempos sesgadas que no reflejan lo que realmente sucede en cada uno de los procesos de descarga,



omitiendo detraer en dicha liquidación las paralizaciones generadas por hechos que le son atribuibles.

- 34.- Finalmente, indicó que en el supuesto negado de que la factura se encontrase correctamente emitida y que pudieran ser penalizados, la liquidación se encontraría errada pues correspondería que se realice el cobro por 10 horas y no por 9, es decir, un tiempo superior al que se les pretende facturar.
- 35.- Por su parte, APM justificó el recargo realizado señalando que durante las operaciones de descarga de la nave Nord Harmony, el ingreso de camiones a la zona respectiva no habría sido fluido, lo que habría impedido continuar con el Plan de Operaciones que se había programado, situación que resultaba atribuible a COGORNO en la medida que dicha empresa era la encargada de enviar las unidades de transporte de manera constante. Añadió que las paralizaciones en la descarga por falta de camiones habían quedado registradas en los "Controles de Tarja".
- 36.- Adicionalmente, APM indicó que comunicó tanto al Agente Marítimo (TRAMARSA) como al consignatario de la carga de la nave Nord Harmony mediante correo electrónico el plan de descarga. Agregó que los representantes de la referida Agencia Marítima asistieron a la Junta de Puertos que el área de Operaciones de APM realiza diariamente; lo que demostraría que el Agente Marítimo conocía el número de toneladas programadas para la descarga de la nave.
- 37.- Respecto de la alegación de COGORNO referida a que al haber pagado el servicio no correspondería el cobro de un recargo, cabe resaltar que existe diferencia entre el cobro del servicio y el recargo que pueda cobrarse a partir de la prestación de dicho servicio por lo que corresponde desestimar este extremo del reclamo.
- 38.- En cuanto a la congestión de camiones a las afueras de las balanzas, cabe señalar que COGORNO no ha presentado medio probatorio alguno que demuestre que dichas demoras fueron consecuencia de una mala organización de las operaciones del Concesionario a las afueras del Terminal Portuario, por lo que también corresponde desestimar dicho extremo del reclamo.
- 39.- Ahora bien, en atención a que el usuario añadió que la liquidación de tiempos efectuada habría estado errada, mediante Oficio N° 171-17-TSC-OSITRAN, la Secretaría Técnica del TSC requirió a APM la remisión de los Resúmenes de Control de Tarja antes mencionados. No obstante ello se observa que, a lo largo del procedimiento, APM no cumplió con atender la solicitud formulada.
- 40.- Cabe señalar que dichos documentos habrían podido demostrar lo señalado por la Entidad Prestadora, indicando los lapsos de tiempos en los que el usuario no cumplió con enviar las unidades de transporte y si la falta de éstos ocasionó que se prolongaran las jornadas de trabajo, ocasionando así un perjuicio económico al Concesionario.



- 41.- Como ya se ha mencionado anteriormente, la sola falta de envío fluido de camiones no faculta a APM a realizar el cobro por el recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada, sino más bien el hecho de que como producto de dicha falta de envío de unidades, se haya ocasionado y acreditado paralizaciones que hayan prolongado las jornadas de trabajo del personal asignado.
- 42.- Cabe señalar que, de conformidad con el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN<sup>14</sup> en los reclamos relacionados con facturación corresponde a la Entidad Prestadora acreditar los supuestos bajo los cuales se configura su cobro. Siendo esto así, correspondería a APM acreditar el supuesto en el cual incurrió COGORNO, que originó que se aplique el cobro del referido recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- 43.- En el presente procedimiento, APM aportó los documentos denominados "Estado de Hechos", los cuales están constituidos por cuadros de Excel elaborados por dicha Entidad en cuya elaboración no participa el usuario, siendo consecuentemente, un documento de parte. Ahora bien, de la revisión de dicho documento, no se acredita si efectivamente existieron las paralizaciones alegadas.
- 44.- Al respecto, es importante precisar que conforme a los procedimientos establecidos por APM para el retiro de mercancías, en el caso de descarga de carga a granel (PRO 107<sup>15</sup>) las paralizaciones son anotadas en los documentos denominados "Resumen / Control de tarja / Granel" (en adelante, Resumen de Control de Tarja) emitidos por la Entidad Prestadora y que son firmados por el tarjador.
- 45.- Dicho esto, resulta evidente que APM se encontraba en mejor posición de acreditar si efectivamente se produjo alguna paralización que afectara el trabajo de la cuadrilla y por ende, del Plan de Operaciones. Sin embargo, a lo largo del procedimiento no acreditó ello, a pesar de que, como ya se ha mencionado mediante Oficio 171-17-TSC-OSITRAN, se le requirió la remisión de los referidos resúmenes de Control de Tarja.
- 46.- En consecuencia, en atención a lo señalado en los párrafos precedentes, al no haber acreditado APM la existencia de las paralizaciones de las jornadas de trabajo por parte del personal asignado por la Entidad Prestadora, lo que resultaba indispensable para la justificación del cobro del recargo; no corresponde que COGORNO realice el pago por recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada.

<sup>14</sup> Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN

*Artículo 34.- Procedimiento ante la Entidad Prestadora*

"(...)

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

<sup>15</sup> <https://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1536423q29PRO-107-DESCARGA-Y-DESPACHO-DE-GRANEL-SOLIDO-CON-CLAMSHELL.pdf> revisado con fecha 08 de marzo de 2017.



47.- Finalmente, teniendo en cuenta que no procede el cobro de la factura impugnada, carece de objeto que el TSC pronunciarse respecto del argumento de COGORNO referido a que no debería encontrarse gravada con el IGV.

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.- REVOCAR** la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0086-2015 y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por COGORNO S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° 003-0055811, emitida por concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, dejando sin efecto su cobro.

**SEGUNDO: DECLARAR** que con la presente resolución queda agotada la vía administrativa.

**TERCERO.- NOTIFICAR** a la empresa COGORNO S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

**CUARTO.- DISPONER** la publicación de la presente resolución en la página web institucional: [www.ositran.gob.pe](http://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**