



EXPEDIENTE : 225-2016-TSC-OSITRAN

APELANTE : UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS & JOHNSTON S.A.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 02 emitida en el expediente N° APMTC/CL/327-2016

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 10 de agosto de 2016

SUMILLA: *Si la Entidad Prestadora no notifica la resolución que resuelve el reclamo presentado dentro del plazo legal establecido, corresponde declararlo fundado en aplicación de la regla del Silencio Administrativo Positivo.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS & JOHNSTON S.A.A. (en adelante, BACKUS o la apelante) solicitando se deje sin efecto la resolución N° 02 emitida en el expediente N° APMTC/CL/327-2016 (en adelante, la Resolución N° 02) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 28 de marzo de 2016, BACKUS interpuso reclamo ante APM solicitando la anulación de la Pre-facturación N° 2016-00119 emitida por el concepto de "Compensación por Cuadrilla No Utilizada", argumentando lo siguiente:
 - i.- En el Estado de Hechos de CONOPUS S.A. consta que las paralizaciones en la descarga de la nave ALENTEJO se produjeron por hechos imputables a APM, tales como la limpieza de cono, limpieza de producto en espigón, ingreso de payloader, cambio de clamshell, cambio de operador de grúa, falta de clamshell, inicio y término de jornada, y sobre todo cambio de cuadrilla.
 - ii.- Gran parte de los retrasos en la descarga de la nave se debieron a una deficiente organización e inadecuada infraestructura del puerto, pues este se encuentra congestionado desde el ingreso de las naves, hasta el ingreso y flujo de camiones en su interior, generando el cobro ilegal de la compensación por cuadrillas no utilizadas.
 - iii.- El puerto de APM debería de contar con silos para la descarga de granos a granel, a efectos de evitar la descarga directamente en camiones, lo cual resulta ineficiente generando sobrecostos y el pago de días adicionales de la nave.



- iv.- La factura materia de reclamo se encuentra mal emitida pues el concepto de Cuadrilla No Utilizada se refiere a una indemnización y a la venta de un bien o la prestación de un servicio, por lo que no debería gravarse con IGV.
 - v.- De acuerdo al artículo 6 del Reglamento de Operaciones de APM es responsabilidad suya planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones de acuerdo a los estándares establecidos en el contrato de concesión, por lo que resulta incongruente el cobro realizado en la medida que APM tenía conocimiento tanto de las demoras ocurridas debido a su Plan de Operaciones como del número exacto de cuadrillas para la descarga.
 - vi.- APM viene incumpliendo el tiempo de retiro de mercancía no superior a 30 minutos establecido en su contrato de concesión, lo cual consta en la documentación que emite al ingreso y salida de los camiones, por lo que solicitaron que APM demuestre el cumplimiento del tiempo de atención de camiones referido.
- 2.- Con fecha 27 de abril de 2016, APM notificó a BACKUS la Resolución N° 1 mediante la cual declaró infundado el reclamo presentado señalando lo siguiente:
- i.- Si bien BACKUS hizo referencia a una pre-factura donde se considera el monto de US\$ 10 842.00 dólares americanos, luego de una revisión se comprobó que la factura a la que hizo referencia es la N° 003-21018 cuyo monto asciende a US\$ 10 250.00 dólares americanos, emitida por el concepto de Cuadrillas No Utilizadas por 25 horas, la misma que fue tomada en cuenta para la presente resolución.
 - ii.- De acuerdo con lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos versión 2.0 vigente al momento de la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar 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.
 - iii.- BACKUS tenía conocimiento de que al ser la mercadería llegada en la nave ALENTEJO de Mfto. 2015-00119 una operación de descarga directa, esta se realiza directamente de la bodega de la nave al camión que es enviado por el usuario, motivo por el cual, el departamento de operaciones de APM realiza previamente un Plan de Descarga incluyendo personal de estiba y maquinarias con la finalidad de realizar una descarga de manera fluida y continua. Sin embargo, dichas operaciones de descarga pueden ser interrumpidas por situaciones ajenas a APM que impiden continuar con el Plan de Operaciones programado, como la falta de camiones al costado de la nave.
 - iv.- En el presente caso, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se aplicó como consecuencia de las paralizaciones ocurridas durante las labores de descarga de la nave ALENTEJO de Mfto. 2015-00119 por un total de 25 horas, originadas por la falta de camiones; inconveniente que resulta de entera responsabilidad de BACKUS y que provocó que no se realice la descarga directa de manera fluida. Dicha situación se encuentra registrada en el Reporte de Estado de Hechos de la nave con el código 107.



- v.- Para este tipo de mercancía a granel (granos de malta), las coordinaciones se realizan a bordo de la nave al momento del atraque de la misma en una reunión conjunta con el Primer Oficial de la nave, el surveyor y el Agente de Aduanas para establecer el ritmo de descarga, cantidad de mercadería a descargar, bodegas a atender y las cuadrillas de estibadores a utilizar por jornada; con lo cual, BACKUS debió de calcular el número de camiones que le permitiera descargar de manera continua las toneladas de granos de malta.
- vi.- Asimismo, los usuarios conocen los términos y condiciones del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, así como su Reglamento de Operaciones, por lo que podrían calcular el periodo máximo en el que deberán desarrollar las operaciones a su cargo con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales, debiendo asumir la responsabilidad en caso no observe las normas legales y las reglas o normas internas de la Entidad Prestadora.
- vii.- En atención a lo expuesto, se ha comprobado que la cantidad de horas cobradas mediante la factura N° 003-21018 (25 horas) es correcta, puesto que las paralizaciones se debieron a la falta de camiones que BACKUS debía enviar.
- 3.- Con fecha 17 de mayo de 2016, BACKUS presentó recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos expuestos en su reclamo y agregando lo siguiente:
- i.- Cuando APM afirma que no es su responsabilidad controlar el tráfico en la parte exterior de sus inmediaciones demuestra que tiene pleno conocimiento de que las demoras motivadas por el tráfico de camiones en las vías aledañas al ingreso de sus instalaciones responden a causas externas a los usuarios, por lo que debería tomar en consideración dicha información al elaborar su plan de descargas y al emitir sus facturas.
- ii.- Las entidades portuarias están obligadas a cumplir con el Reglamento de Calidad para la Prestación de los Servicios Portuarios que establece como obligación del Administrador Portuario cumplir con los lineamientos contenidos en el artículo 3.2 literal c) que establece que se debe tener en cuenta que el diseño e implementación del sistema de gestión está influenciado principalmente por: i) El entorno donde se desarrolla el servicio y sus cambios, ii) Los riesgos asociados al servicio, iii) Las particularidades del servicio, iv) El cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para la prestación del servicio, v) La adecuación de los servicios básicos a los estándares de calidad.
- 4.- Mediante Resolución N° 02, notificada el 02 de junio de 2016, APM declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por BACKUS reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 01 y agregando lo siguiente:
- i. A efectos de demostrar el cumplimiento de lo establecido en la cláusula 8.21 de su contrato de concesión referido al retiro de la mercancía en un tiempo no mayor a 30 minutos, APM está obligado a presentar mensual y trimestralmente los Niveles de Servicio y Productividad que viene alcanzando, siendo susceptible de asumir una multa en caso de no cumplirlos. Asimismo, señalaron que el promedio obtenido corresponde a todas las operaciones realizadas a todas las naves que hayan arribado en el mes y no a un solo consignatario.



- iii. Respecto al argumento de que el Reporte de Operaciones fue emitido de manera unilateral, mencionaron que su Área de Operaciones envió dicha información al Agente Marítimo de la nave, quien es el representante del consignatario.

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° 02 de APM.
- ii. Determinar, de ser el caso, si corresponde el cobro de APM a BACKUS de la factura N° 003-21018 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

- 8.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM¹, 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)², 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.
- 9.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
 - i.- La resolución N° 02 de APM, que declaró infundado el reclamo presentado, fue notificada a BACKUS el 02 de junio de 2016.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo BACKUS para interponer su recurso de apelación venció el 23 de junio de 2016.
 - iii.- BACKUS presentó su recurso de apelación el 23 de junio de 2016, es decir, dentro del plazo legal.
- 10.- 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 ³ (en adelante, LPAG), al tratarse de

¹ 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".

² 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".

³ Ley N° 27444



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.

- 11.- 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.2.1.- SOBRE LA APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO A FAVOR DEL USUARIO

- 12.- Con relación al Silencio Administrativo Positivo (en adelante, SAP), cabe señalar que los numerales 188.1 y 188.2 del artículo 188 de la LPAG⁴, disponen que los procedimientos administrativos sujetos al SAP quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la referida Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo, teniendo éste último carácter de resolución que pone fin al procedimiento.
- 13.- En ese sentido, Morón Urbina señala que el Silencio Administrativo Positivo *"produce la incompetencia del órgano-hasta ese momento a cargo de la instrucción del caso- por razón del tiempo para poder decidir sobre el asunto. De este modo, vencido el término final para resolver el expediente, queda sin competencia para dictar una resolución extemporánea"*⁵.
- 14.- Por otro lado, el artículo 7 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN⁶, dispone que en los procedimientos de reclamo, las Entidades Prestadoras como APM tienen el carácter de *"Entidad de la Administración Pública"*, conforme al numeral 8 del artículo I de la LPAG⁷, siéndoles exigibles las disposiciones de dicho reglamento, y en lo no previsto, las de la referida ley.

***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".

⁴ **Ley del Procedimiento Administrativo General**, aprobado por Ley N° 27444

"188.1. Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la presente Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 3 de la Ley del Silencio Administrativo, Ley N° 29060 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad."

188.2. El silencio administrativo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 202 de la presente Ley".

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Ed. 2011 pp.540.

⁶ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN**

"Artículo 7.- A los efectos de este reglamento, las entidades prestadoras tienen carácter de "entidad de la administración pública" conforme al artículo I numeral 8 del Título Preliminar de la LPAG. En tal sentido les son aplicables las disposiciones de este reglamento y en lo no previsto, las de la LPAG".

⁷ **LPAG**

"Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley. La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública.

(...)

8.- Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".



- 15.- Siendo así, dentro del procedimiento administrativo las entidades de la Administración Pública, tales como APM, se encuentran sujetas a la obligación de emitir sus actos administrativos con sujeción a las normas que las regulan. Es decir, la legalidad de un acto administrativo se debe verificar en función a la norma legal que le sirve de sustento⁸, en este caso, los Reglamentos de Reclamos de APM y OSITRAN, así como también las previstas en la LPAG.
- 16.- Ahora bien, de conformidad con el artículo 2.12 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM⁹ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM) y el artículo 41 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN¹⁰ (en adelante, Reglamento de Reclamos de OSITRAN), el plazo para resolver el reclamo presentado por los usuarios es de 15 días, contados a partir del día siguiente de la fecha de su presentación, pudiendo extenderse hasta 30 días mediante decisión motivada, en aquellos casos que sean considerados particularmente complejos.
- 17.- En línea con lo expuesto en los párrafos precedentes, tanto el Reglamento de Reclamos de APM, como el Reglamento de Reclamos de OSITRAN, señalan que si la Entidad Prestadora omitiera pronunciarse en el plazo establecido, se aplicará el SAP, y en consecuencia, se entenderá que el reclamo ha sido resuelto favorablemente a favor del usuario¹¹.
- 18.- Asimismo, cabe precisar que el artículo 24.1 de la LPAG¹² señala que toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del quinto día hábil a partir de toda expedición del acto que se notifique.

⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Ed. 2011 pp 61.

⁹ Reglamento Reclamos de APM
" 2.12 Plazo Máximo para Resolver

APM TERMINALS CALLAO S.A. resolverá en el momento aquellos reclamos que sean factibles de ser solucionados conforme a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el TRIBUNAL.

En los de más casos los reclamos deberán ser resueltos en un plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la fecha de presentación de los mismos. No obstante, dicho plazo podrá extenderse hasta treinta (30) días, mediante decisión motivada en aquellos reclamos que sean considerados particularmente complejos."

¹⁰ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN.

"Artículo 41.- Plazo máximo para la expedición de la Resolución

La Entidad Prestadora resolverá en el momento aquellos reclamos que sean factibles de ser solucionados inmediatamente, conforme a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal de Solución de Controversias. En los demás casos, los reclamos deberán ser resueltos en un plazo máximo de quince (15) días. No obstante, dicho plazo podrá extenderse hasta treinta (30) días, mediante decisión motivada en aquellos reclamos que sean considerados particularmente complejos."

¹¹ Reglamento Reclamos de APM

" 2.12 Plazo Máximo para Resolver
(..)

En caso de APM TERMINALS CALLAO S.A. omitiera pronunciarse en el plazo establecido en párrafo precedente, se aplicará el silencio administrativo positivo, y en consecuencia se entenderá que el reclamo ha sido resuelto favorablemente para el USUARIO."

Reglamento de Atención de Reclamos de OSITRAN.

"Artículo 41.- Plazo máximo para la expedición de la Resolución
(...)

Transcurrido el plazo resolutorio sin que la Entidad Prestadora hubiera emitido su pronunciamiento se aplicará silencio administrativo positivo, pudiendo el usuario solicitar la ejecución ante las instancias correspondientes".

¹² LPAG

Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:

24.1.1 El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación.





- 19.- En el presente caso, se ha verificado que BACKUS presentó su reclamo el 28 de marzo de 2016; en ese sentido, APM tenía 15 días, esto es, hasta el 18 de abril de 2016 para emitir un pronunciamiento al respecto y hasta el 25 de abril de 2016 para notificar dicha resolución; pudiendo ampliar tal plazo para resolver por un periodo adicional de otros 15 días, a efectos de lo cual debía de emitir una resolución comunicando la ampliación de dicho plazo, tal como lo dispone su Reglamento de Reclamos.
- 20.- Sin embargo, de la revisión del expediente se aprecia que si bien la Resolución N° 1 fue emitida el 18 de abril de 2016, fue notificada a BACKUS recién el 27 de abril de 2016, esto es, fuera del plazo legal establecido, en la medida que el plazo final con el que contaba APM para comunicar su pronunciamiento vencía el 25 de abril de 2016. Por tanto, a la fecha de notificación, 27 de abril de 2016, ya se había configurado el Silencio Administrativo Positivo.
- 21.- Asimismo, cabe señalar que del expediente tampoco se advierte que en el plazo de 15 días, computado desde el día siguiente de que BACKUS presentara su reclamo, esto es desde 29 de marzo de 2016 hasta el 18 de abril de 2016; APM hubiera informado al usuario que estaba prolongando el plazo para resolver el reclamo mediante una carta o una comunicación.
- 22.- En consecuencia, al no haberse notificado la Resolución N° 1 dentro del plazo previsto legalmente se ha configurado el SAP en el presente procedimiento, por lo que en virtud a lo dispuesto en el artículo 188 de la LPAG, el reclamo quedó aprobado en los términos solicitados por BACKUS en su escrito de reclamo del 28 de marzo de 2016.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹³;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la Nulidad de oficio de la Resolución N° 1 de fecha 18 de abril de 2016, emitida en el Expediente N° APMTC/CL/327-2016 e insubsistentes los actos desarrollados por APM TERMINALS CALLAO S.A. con posterioridad a la referida fecha.

SEGUNDO.- Declarar que ha operado el Silencio Administrativo Positivo y en consecuencia, **FUNDADO** en todos sus extremos el reclamo presentado por UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS

(...)

¹³ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN. Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN.

Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

Invest. Expediente N° 115-2014-TSC-OSITRAN
Transporte de Uso Público RESOLUCIÓN N° 1

BACKUS & JOHNSTON S.A.A. respecto de la factura N° 003-21018, emitida por el concepto de Recargo por Cuadrilla no Utilizada, dejándose sin efecto su cobro.

TERCERO.- NOTIFICAR a UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS & JOHNSTON S.A.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal 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