



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 50-2014-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

EXPEDIENTE N° : 50-2014-TSC-OSITRAN
APELANTE : MOLINOS & CIA S.A.
EMPRESA PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente N°
APMTC/CS/1223-2013

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 31 de agosto de 2015

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

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por MOLINOS & CIA S.A. (en adelante, M & CÍA o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida dentro del expediente N° APMTC/CS/1223-2013 (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 11 de diciembre de 2013, M & CÍA solicitó la anulación de la factura N° 003-0020626, cuyo importe asciende a US \$ 4, 130.00 (Cuatro Mil Ciento Treinta y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) emitida por el concepto de compensación por cuadrilla no utilizada, argumentando lo siguiente:
 - i.- La nave MN Crane Island, arribó al terminal Norte Multipropósito a fin de realizar las operaciones de descarga de mercancías contenidas en ésta, sin embargo, nunca tuvieron conocimiento de los servicios que demandó la recalada de la nave o aquellos que fueron solicitados durante la junta de operaciones del puerto.
 - ii.- En los días de despacho de la mercancía se registraron demoras en el ingreso y salida de las unidades de transporte, debido a la falta de balanzas y problemas dentro del terminal, lo que se ha traducido en cobros innecesarios a los usuarios. Agregó que la



prueba de las demoras señaladas está en las largas colas de camiones que se forman fuera de la instalación portuaria.

- iii.- Consecuencia de la ineficiente labor de los trabajadores portuarios, provocada por el retiro de los trabajadores antes de la culminación del turno y la asistencia a charlas informativas previas a la maniobra, se generó la reducción de los tiempos efectivos de uso de cuadrilla para el despacho de la carga. En tal sentido, al actuar como operador portuario, APM debe hacerse responsable de dichas demoras y asumir las consecuencias que de ellos se deriven.
 - iv.- Corresponde al concesionario la carga de la prueba de demostrar que fueron responsabilidad del usuario las demoras operativas que causaron las paralizaciones y consecuente emisión de la factura del reclamo.
 - v.- Conforme a lo indicado en los reglamentos del concesionario, es necesario que se comunique oportunamente al usuario cuales son las causas del cobro, pues no es posible que se les pretenda imputar el pago de una factura cuya motivación desconocen.
 - vi.- Por ello, no resulta lógico que la Entidad Prestadora pretenda emitir una facturación por el concepto de Cuadrilla no Utilizada, cuando dicho recargo surgió como consecuencia directa de la deficiencia en la prestación del servicio por parte de APM.
- 2.- El 02 de enero de 2014, APM remitió a M & CÍA la carta 1880-2013-APMTC/CS, mediante la cual prorrogó el plazo para resolver el reclamo presentado, por un período de hasta 30 días hábiles.
- 3.- Mediante resolución N° 1 del 24 de enero de 2014, APM resolvió el reclamo presentado por M & CÍA, declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada 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 o el consignatario.
 - ii.- El proceso de descarga directa de la mercadería se realiza de la bodega de la nave a los camiones enviados por el usuario. Para ello, el departamento de operaciones realiza previamente un Plan de Operaciones incluyendo personal de estiba y maquinarias, con la finalidad de que dicha descarga se realice de manera fluida y sin paralizaciones. Sin embargo, la operación de descarga directa puede verse interrumpida por circunstancias fuera del control de APM, las que pueden impedir o interrumpir la



continuidad de dicho plan, como ocurre cuando no se cuenta con camiones al costado de la nave para poder realizar una descarga fluida.

- iii.- En el presente caso, APM emitió la factura N° 003-0020626 debido a que se comprobó que durante los días 2, 3, 4 y 5 de setiembre de 2013, existieron tiempos de espera de ingreso de camiones, considerando la fecha y hora de ingreso de dos camiones seguidos, sustento que confirma que las operaciones de la nave se vieron perjudicadas por razones directas de la reclamante.
- iv.- A manera de ejemplo de la falta de camiones, indicó lo siguiente:
- El camión de placa D1V792 ingresó el 05 de setiembre a las 05:17 horas, ocurriendo que desde esa hora no se generó el ingreso de ningún camión hasta las 05:51 horas, generando un tiempo de espera de 33:34 minutos.
 - El camión de placa A1G925 ingresó el 05 de setiembre a las 08:15 horas, ocurriendo que desde esa hora no se generó el ingreso de ningún camión hasta las 09:29 horas en las que ingresó el camión de placa D1V799, generando un tiempo de espera de 1:13:17 horas.
 - El camión de placa B2R811 ingresó el 05 de setiembre a las 10:37 horas, ocurriendo que desde esa hora no se generó el ingreso de ningún camión hasta las 11:13 horas en las que ingresó el camión de placa B2G919, generando un tiempo de 35 minutos.
- v.- Es importante mencionar que el artículo 41 del Reglamento de Operaciones de APM, señala que la Entidad prestadora determinará el lugar de atraque de las naves, teniendo en cuenta el tipo de nave, de operación a realizar, eslora, calado, áreas de almacenamiento y otras operaciones, llevándose a cabo de forma simultánea en un mismo muelle, operaciones que estén realizándose previamente y que puedan dejar el muelle en condiciones no aptas para iniciar otra operación, así como la cantidad de naves operando simultáneamente en la terminal y tiempo de operación.
- vi.- Respecto al alegado desconocimiento de M & CÍA de los servicios demandados por la nave en la Junta Operativa, indicó que de conformidad con el artículo 51 de su Reglamento de Operaciones, tienen la obligación de realizar la planificación de las operaciones de las naves cuyo atraque se encuentra programado; sin embargo, si bien es cierto que APM debe realizar las referidas reuniones con los responsables de las naves, es responsabilidad de los clientes y/o propietarios de la carga solicitar la asistencia a dicha reunión.



- vii.- Asimismo, señaló que tanto APM como los responsables de las naves, en el presente caso, la agencia marítima South Shipping Limited S.A. (en adelante, SOUTH SHIPPING), tienen información permanente y constante de las operaciones y situaciones que acontecen en el puerto, siendo responsabilidad de dichas agencias informar a sus clientes de la existencia de algún acontecimiento no previsto que pueda afectarles.
- viii.- Con toda esa información, el Agente Marítimo y el usuario, fueron informados del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga (9 jornadas aproximadamente). Siendo así, la reclamante contaba con la siguiente información: i) que la operación se realizaría en nueve jornadas; ii) que el total de carga a granel a desembarcar era de 14, 395 toneladas; y, iii) que M & CÍA debió enviar un número de camiones que le permitiera descargar de manera continua el equivalente a 200 toneladas por hora.
- ix.- Asimismo, se debe considerar que los usuarios conocen los términos y condiciones del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, así como su Reglamento de Operaciones, los cuales son de conocimiento público, permitiendo esto calcular el período máximo en el que deberían desarrollar las operaciones a su cargo con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales y/o innecesarios.
- x.- Agregó que APM cumple con su obligación de informar a los usuarios, entre ellos a los agentes marítimos y a los clientes en general, las operaciones de las naves que acoderan en el Terminal Norte a través de su página web, mediante la opción "programa de naves", cuya programación se realiza tres veces al día de acuerdo al desarrollo de las operaciones.
- xi.- En cuanto la congestión de camiones en el ingreso por las balanzas del terminal, indicó que ello es de responsabilidad de los gobiernos regionales y locales, en la medida que APM únicamente es responsable de los eventos que sucedan dentro de la jurisdicción otorgada por el Contrato de Concesión, y no por lo que ocurra en el exterior.
- 4.- Con fecha 14 de febrero de 2014, M & CÍA presentó su recurso de apelación contra la resolución N° 1, reiterando los argumentos de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- Para imputar el cobro al usuario por el recargo facturado, es fundamental que se compruebe su responsabilidad en los sucesos que entorpezcan la operación; en ese sentido, APM debía demostrar la responsabilidad de M & CÍA respecto de las demoras en la descarga de la mercadería.
- ii.- Si bien APM coordinó con los agentes marítimos la descarga de la mercadería, éstos no son los llamados a comunicar al consignatario de la carga de la desestiba de la

misma. Por el contrario, debió de ser APM, en calidad de agente de desestiba, quien comunique del estado de la descarga de la mercancía para evitar la obstaculización de sus labores. Asimismo, en su condición de administrador portuario, debió de hacer partícipe de las reuniones pre operativas a todos los actores de las operaciones portuarias con la finalidad de que se cumpla con un correcto planeamiento, el cual incluye la realización de constantes y oportunos avisos de los hechos que se puedan presentar y pongan en riesgo las operaciones.

- iii.- El Protesto Informativo que según APM acredita la supuesta demora en el envío de camiones, únicamente sirve para comunicar un acontecimiento, no constituyéndose una constatación o investigación de parte de la Capitanía de Puerto que pudiera demostrar fehacientemente la afirmación realizada por la Entidad Prestadora.
 - iv.- En cuanto a la emisión de la factura, resulta necesario que tenga un respaldo de hechos, es decir, que pueda haber constancia de la demora por responsabilidad del destinatario de la factura y pueda constar que hubo diligencia del concesionario.
 - v.- En lo que se refiere a los problemas con los trabajadores portuarios, alegan que no es posible demostrar las deficiencias en el servicio, ya que la supervisión de las actividades de los trabajadores portuarios recae en el Administrador Portuario; no correspondiendo que se les exija la carga de la prueba al respecto. Agregan que el hecho de no contar con dichas pruebas, no debe limitar al Concesionario a que realice la respectiva indagación, ya que al no hacerlo se estaría vulnerando el Principio de Verdad Material¹ contemplado en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General; debiéndose realizar un nuevo análisis de los hechos a través de los medio probatorios ofrecidos.
 - vi.- Finalmente, con relación a los problemas en la balanza, señala que éstas se encuentran en el interior del terminal norte multipropósito, por lo que su manejo y administración son de responsabilidad del concesionario, resultando inválido evadir la competencia en este aspecto, pues la demora en el despacho de la mercadería ocurre en el interior del puerto.
- 5.- El 07 de marzo de 2014, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación reiterando los

¹ Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1.11 Principio de Verdad Material. - En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o haya acordado eximirse de ellas.

(...)

argumentos esgrimidos en la resolución N° 1 que declaró infundado el reclamo de M & CÍA, y agregando lo siguiente:

- i.- Conforme se consignó en la resolución materia de impugnación, ha quedado demostrado que APM se encuentra facultada y tiene el derecho de realizar el cobro por el Recargo por Cuadrilla No Utilizada, al haber demostrado que existió un total de 10 horas de paralización de las operaciones como consecuencia de la falta de unidades de transporte que debió enviar la apelante para recoger su mercadería.
- ii.- Los recargos tienen una naturaleza similar a la de una penalidad, pues son cobrados bajo determinados supuestos, los cuales han sido taxativamente considerados en la fecha de ocurridos los hechos en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM.
- iii.- Conforme a lo antes expuesto, el cobro de los recargos no responde a la prestación de un servicio, sino que son cobrados como parte del derecho con el que cuenta el administrador portuario para organizar sus operaciones de manera eficiente al interior del Terminal, en ese sentido, el cálculo del monto a cobrar por recargo es similar al pago de una compensación, puesto que responde a los daños y perjuicios ocasionados por los usuarios durante el desarrollo de las operaciones a cargo de APM. Lo señalado ha sido reconocido por la Gerencia de Regulación mediante oficio N° 028-13-GRE-OSITRAN del 24 de mayo de 2013.
- iv.- En consecuencia, APM tiene el derecho a: i) exigir el pago del resarcimiento correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados durante el desarrollo de las operaciones dentro del Terminal Portuario; y, ii) dicho derecho puede ser ejercido directamente entre las partes. Precisamente, con la finalidad de simplificar lo expuesto, a la fecha de ocurrencia de los hechos objeto del reclamo, los supuestos frente a los cuales se cobrarían los recargos se encontraban definidos en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas, versión 2.0.
- v.- Por otro lado, los usuarios cuentan con toda la información necesaria y suficiente para realizar la planificación de sus operaciones al interior del terminal, puesto que aquella es de carácter público, debiendo tenerse en cuenta que los usuarios son quienes manejan la información conveniente y necesaria para el desarrollo de sus operaciones, dependiendo del tipo de carga y de las particularidades de la misma.
- vi.- Agrega que el enviar información más detallada y formal, respecto de la cantidad de camiones que cada usuario debe de enviar al terminal para que la descarga de una nave se realice de manera fluida resulta ineficiente, pues esta tarea corresponde sea realizada por cada uno de los usuarios. En ese sentido, no resulta razonable que se exija al administrador portuario, que haciendo uso de la información con la que ya cuenta el usuario, realice un planeamiento detallado de las operaciones para cada caso concreto.

- vii.- En referencia a los inconvenientes generados con los trabajadores portuarios, señalamos que M & CÍA no ha adjuntado medios probatorios que prueben su argumento afirmando las demoras generadas por parte de los trabajadores portuarios, motivo por el cual corresponde desestimar su afirmación. APM, en calidad de empleador, no puede demostrar en este caso, las deficiencias en el servicio por parte de los trabajadores portuarios, debido a que no tiene registro alguno de dichos inconvenientes, por lo que no pueden dar pruebas de las demoras originadas por dichos trabajadores.
- 6.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 17 de agosto de 2015, no pudiendo realizarse la conciliación debido a la inasistencia de las partes. El 18 de agosto de 2015, se realizó la audiencia de vista con la asistencia del representante de M & CÍA, quien realizó el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.
- 7.- En el informe oral, el representante de M & CÍA alegó que la factura había sido emitida sin el sustento que acreditara en que momento existieron paralizaciones, y sin haberse descontado las horas de refrigerio y de cambio de turno. Agregó que el documento estaba mal emitido, pues el recargo que se les pretendía cobrar no es un servicio prestado, sino una "penalidad" por haber anunciado un servicio y no haberlo tomado, motivo por el cual, no corresponde que esté sujeto a IGV, pues este sólo puede aplicarse cuando hay un servicio prestado o un bien vendido, deviniendo en un acto administrativo nulo al no cumplir con los requisitos mínimos exigidos por la ley.
- 8.- A través del Oficio N° 480-15-STSC-OSITRAN (en adelante, el Oficio del TSC), de fecha 18 de agosto de 2015, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a APM precise si había cumplido con informar a la apelante, el nivel de descarga que resultaría necesario realizar por operación, para efectuar el desembarque de la carga de granel de M & CÍA que arribó en la nave Crane Island.
- 9.- Con fecha 21 de agosto de 2015, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores y añadiendo lo siguiente:
- i.- La falta de camiones, los cuales deben ser contratados y proporcionados directamente por el usuario, generó paralizaciones innecesarias en las operaciones portuarias, lo cual afectó el procedimiento de descarga de las diferentes bodegas de las naves que arribaron al Terminal Portuario y cuyas operaciones son objeto de revisión. De esta manera, debido a la naturaleza de la carga, y considerando que ésta no podía ser depositada en el área operativa del puerto, se prolongaron las horas de trabajo del personal de APM y se tuvieron muchos tiempos muertos, durante la operación de descarga, hecho que generó la aplicación del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada a M & CÍA.



- ii.- Los agentes marítimos y las líneas navieras son los principales interesados en realizar la labor de supervisión de las operaciones ejecutadas al interior del terminal portuario, y son ellos los que se encargan de verificar el cumplimiento de los planes de embarque y desembarque que remiten al Administrador Portuario.
 - iii.- Lo indicado en el párrafo anterior, ha sido respaldado en la Resolución Final emitida en el expediente N° 115-2013-TSC-OSITRAN, la cual señaló que a partir de la información remitida por el agente marítimo, APM asigna los amarraderos y muelles, determina la prioridad de atención, así como las horas de ingreso, permanencia y salida de las naves en el puerto.
 - iv.- APM programa sus operaciones tomando en consideración la información que les proporcionada por el agente marítimo, ya que éste se encuentra en mejor condición de prever cualquier retraso que pueda afectar el desarrollo de las operaciones y que está en mejor capacidad de transmitir dicha información a los usuarios.
- 10.- Con Carta N° 1065-2015-APMTC/CL, recibida por OSITRAN el 21 agosto de 2015, APM remitió, entre otros documentos, el "*Stowage Plan*" (Plan de estiba o desembarque) correspondiente a la nave Crane Island, señalando lo siguiente:
- i.- En relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega, señaló que son los usuarios quienes poseen dicha información, al ser quienes solicitan (a través de su Agente Marítimo) los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque o descarga, lo que se puede acreditar en el referido "*Stowage Plan*". Agregó que, en el referido documento se puede verificar información referente a la cantidad de mercadería que contiene cada bodega y a qué consignatario pertenece.
 - ii.- La información relacionada sobre el número de jornadas que necesitará cada nave para culminar las operaciones, se puede encontrar en su página web www.apmterminalsallao.com a través de la opción "programa de naves", la cual es actualizada tres veces al día, precisando que el área de tráfico es la encargada de enviar directamente a los usuarios tal información.
 - iii.- Con relación a la información referida a la cantidad de cuadrillas que APM dispone para cada operación, ésta es transmitida a los agentes marítimos o consignatarios que participan en las reuniones pre-operativas que se realizan diariamente a las 10:00 horas dentro del Terminal Portuario, y que son realizadas para que los involucrados en la operación tengan conocimiento sobre los aspectos relevantes de dichas operaciones, como es el caso de la cantidad de cuadrillas a utilizar.

- iv.- Si bien APM no cuenta con un documento con el detalle de la información que se brinda en las mencionadas reuniones, resulta lógico que al ser una reunión de coordinación de operaciones, en aquella se informan las características propias de cada operación. De no ser así, son los mismos agentes marítimos o consignatarios que se encuentren presentes, las encargadas de solicitarla, pues las líneas navieras son las principales interesadas, al realizar las labores de supervisión, respecto del cumplimiento de las operaciones ejecutadas por APM.
- v.- Sin embargo, en el caso de las coordinaciones para las operaciones de nave Crane Island, el agente marítimo y consignatarios de la mercancía no solicitaron asistir a la junta de puertos, a pesar de la importancia de la información que se brinda en la misma.
- vi.- En consecuencia, señalan que de lo alegado en los párrafos precedentes, no es posible sostener que APM no informa de las características de cada operación.

II.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

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

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

³ 1.5.3 Materia de Reclamos
(...)

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

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

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

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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

⁴ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

- 12.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 13.- Por su parte, el artículo 28 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN dispone que los plazos se computan conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), el cual dispone que el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto.
- 14.- En la misma línea, el numeral 1 del artículo 134 de la LPAG dispone que cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio y los feriados no laborables de orden nacional o regional⁷. En virtud a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.
- 15.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 1 de APM materia de impugnación fue notificada a M & CÍA el 24 de enero de 2014.

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".

⁵ Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN.

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

Cualquiera de las partes en el procedimiento podrá interponer cuando la impugnación se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, o se sustente en una nulidad; o en aquellos casos en que proceda el silencio administrativo negativo; o cuando teniendo una nueva prueba, no se opte por el recurso de reconsideración".

⁶ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

El plazo para la interposición del recurso es de quince (15) días contados a partir de la notificación del acto recurrido o de aplicado el silencio administrativo".

⁷ LPAG

"Artículo 134.- Transcurso del Plazo

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

(...)"



- ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que M & CÍA interponga su recurso de apelación fue el 14 de febrero de 2014.
- iii.- M & CÍA presentó su recurso impugnatorio el 14 de febrero de 2014, es decir, dentro del plazo exigido normativamente.
- 16.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁸, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por un servicio prestado por APM.
- 17.- 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"

- 18.- 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.

⁸ Ley N° 27444

"Artículo 209.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".

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."

- 19.- 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).
- 20.- 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.
- 21.- 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.]

- 22.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁹. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada"

El recargo aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del Servicio Estándar, de acuerdo al Plan de Operaciones, éste se cancela o se suspende por decisión o responsabilidad de la línea naviera o el consignatario dependiendo del contrato de fletamento. En el caso de la suspensión, se aplicará el recargo cuando éste prolongue las horas de trabajo del personal asignado, de acuerdo al Plan de Operaciones.

Asimismo, se aplicará el recargo cuando la operación es concluida antes del horario programado en el Plan de Operaciones, como consecuencia del recorte del volumen de la carga embarcada/descargada o en el caso que la línea naviera o consignatario solicite ser atendido al arribo de la nave al terminal, y esto ocurra después de la hora de inicio de cada jornada de trabajo.

Este cargo se aplica también en el caso que la nave o el consignatario solicite el término de operaciones antes del término de la jornada.

De la misma forma, este recargo será aplicado en caso la línea naviera requiera ser atendida fuera del horario programado por el Terminal, o cuando se dispongan las cuadrillas para la atención a la nave y ésta por razones no imputables al terminal, demore su atraque e inicio de operaciones.

⁹ <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios98072013.pdf>

El importe del recargo será asumido por la línea naviera o el consignatario de ser el caso, siendo el importe de US\$ 350 (Trescientos Cincuenta con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cuadrilla/hora o fracción de hora”.

- 23.- 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.
- 24.- Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera, por el incumplimiento de aquellas cláusulas que fueron aceptadas al establecer la relación contractual; en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
- 25.- 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”.

- 26.- 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]

- 27.- Como se verifica en el mencionado informe, las áreas técnicas de OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de “Compensación de cuadrilla no utilizada” no es sino un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
- 28.- 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.

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

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

32.- Vinculado con lo anterior, el numeral 8.2 de la cláusula 8 del referido Contrato señala:

"Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Terminal Norte Multipropósito de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico".

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

33.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado.¹⁰

34.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el Contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

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

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

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

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

¹⁰ Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", Law & Society Review, Volume 37, Issue 4, pp. 691-730.

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

Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

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

a) A la información

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

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

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

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

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

Contempla las siguientes acciones:

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

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

c.- Planear la asignación de amarraderos.

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

38.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre

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



la forma en que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.

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

Sobre el cobro de la factura N° 003-0020626

- 42.- El artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN prescribe que en los reclamos relacionados con facturación, información e idoneidad del servicio corresponde a la Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron de conformidad con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.
- 43.- De acuerdo con lo expuesto anteriormente, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se alteren por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 44.- En el caso bajo análisis, conforme se desprende de su escrito de absolución del Recurso de Apelación, APM realizó directamente la descarga de carga sólida a granel desde la nave Crane Island hacia los vehículos de transporte terrestre que M & CÍA dispuso para el retiro de dicha carga del Terminal Portuario.
- 45.- Con relación al nivel de servicio y productividad para la carga sólida a granel, en el Anexo 3 del Contrato de Concesión se exige que APM realice en promedio trimestral la descarga de

400 toneladas/hora¹³, no habiéndose fijado un nivel de servicio por operación, como si sucede en otros servicios¹⁴.

- 46.- APM sostiene que durante la operación de descarga materia de análisis hubo un retraso de 14 horas debido a la falta de vehículos de transporte que debió enviar el usuario para el retiro de su carga, por lo que el cobro del recargo por cuadrilla no utilizada estuvo justificado.
- 47.- Al respecto, como se indicó anteriormente, para la desestiba de carga sólida a granel en el Contrato de Concesión, el nivel de productividad y servicio exigido no se mide por operación, sino por promedio trimestral, el cual no debe ser menor a 400 toneladas por hora.
- 48.- Por lo tanto, el Contrato de Concesión permite a APM organizar y determinar de manera libre su capacidad de descarga en cada operación individual, y cumplir con sus obligaciones, siempre que dicha descarga no sea menor al referido promedio trimestral. Esto significa que en cada operación individual, el usuario deberá respetar el nivel de descarga decidido por APM.
- 49.- Dicho de otro modo, el establecimiento del nivel de descarga en cada operación individual es parte de la facultad de APM para organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente, según considere pertinente, de acuerdo con los recursos (operativos, humanos, financieros) con los que cuente, respetando los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico.
- 50.- Al respecto, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través de la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN indicó que para el supuesto de descarga, una vez determinada la planificación, APM debe comunicar al usuario las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), lo que le permitirá a este último, especialmente en el caso de descarga directa, calcular cuántos vehículos está obligado a enviar y con qué frecuencia con la finalidad de retirar la carga del puerto.

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

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

(...)

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

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

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

- 51.- En consecuencia, si bien APM tiene la facultad de determinar cuál será el nivel de descarga de mercadería a granel en cada operación individual, esta prerrogativa exige como contrapartida que informe las características de dicha operación al usuario para que este pueda organizarse y enviar los vehículos suficientes.
- 52.- Ello es concordante con lo establecido en el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁵, según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 53.- En el caso de que APM no determine un nivel de descarga general y fijo para todas las operaciones, sino que más bien depende de los recursos con los que cuenta y de la organización para cada operación; entonces, de acuerdo con el Reglamento de Operaciones, la oportunidad para informar a los usuarios cuál será el volumen de descarga individual será al momento de establecer y comunicar el respectivo Plan de Operaciones.
- 54.- Lo indicado es coherente con el establecimiento del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, puesto que para su aplicación se requiere que se haya incumplido con el Plan de Operaciones por causas imputables al usuario.
- 55.- Siendo esto así, se hace necesario acreditar que el usuario conocía cuál iba a ser el nivel de descarga, a efectos de que programara qué cantidad de camiones debía llevar como mínimo para que la atención se realizara sin contratiempos. En tal sentido, en el presente caso, en aplicación del artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, correspondía a la Entidad Prestadora probar que informó del nivel de descarga al usuario al momento de determinar y comunicar el Plan de Operaciones o en alguna de las reuniones pre-operativas que la Entidad Prestadora tuvo con el usuario.
- 56.- Como se ha mencionado anteriormente, APM reiteró que con relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega los usuarios cuentan con tal información pues solicitan a través de sus agentes de marítimos, los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque y desembarque, consecuencia de lo cual, M & CÍA tenía conocimiento de las características de las operaciones a realizarse respecto de su carga, ya que el agente marítimo debió cumplir con informarle.
- 57.- Al respecto, a través del Oficio N° 480-15-STSC-OSITRAN se solicitó a APM remita los documentos que acrediten si habrían cumplido con informar los niveles de descarga que se realizaría por operación para la atención de la carga a granel de la apelante, referida a la nave Crane Island. En virtud a ello, la Entidad Prestadora presentó la Carta N° 1065-2015-APMTC/CL, la cual contiene, el plan de estiba y/o descarga de la referida nave, reiterando que con relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega los usuarios cuentan

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

con tal información pues a través de sus agentes marítimos solicitan los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque o descarga, y agrega que la información sobre el número de jornadas que necesita cada nave para culminar las operaciones fue informada a través de su página web.

58.- Asimismo, APM señaló que al agente marítimo contaba con información sobre las operaciones portuarias de embarque, tales como cantidad de toneladas, jornadas que necesitará para que cada nave pueda culminar sus operaciones y cantidad de cuadrillas a utilizar.

59.- Al respecto cabe señalar lo siguiente:

- Si bien es posible que el "Stowage Plan" (Plan de estiba o desembarque) puede que sea presentado por el Agente Marítimo, en dicho documento solo se indica qué cantidad de carga se encuentra en cada bodega de la nave, sin establecer el nivel de descarga a efectuar por parte de la Entidad Prestadora para el desembarque de dicha mercancía, pues ello es de entera discreción de APM.
- Debemos precisar que la obligación de informar los detalles del plan de operaciones le corresponde, únicamente, a la entidad prestadora; adicionalmente a ello, la información a la que hace alusión APM no acredita que haya informado al usuario (M & CÍA) las condiciones en las cuales APM efectuaría las operaciones de desembarque a efectos de que la apelante pueda saber a ciencia cierta cuál era el nivel de descarga que por operación se realizaría, ello con el fin de que M & CÍA asigne de manera eficiente la cantidad de vehículos a enviar para su retiro.
- APM no informó a los usuarios para que sean participantes de la junta pre operativa, por lo que M & CÍA no asistió, hecho que les impide tener conocimiento de las coordinaciones efectuadas respecto de las características de las operaciones para la descarga de su mercancía.
- Finalmente, respecto de la programación de atraques que se encuentran en la página web de APM, cabe acotar que en dicha programación no se verifica que se consigne información referida a la cantidad de cuadrillas a utilizar, no habiéndose establecido tampoco el nivel de descarga conforme al cual se efectuará el desembarque de una determinada mercancía.

60.- Siendo así, de los medios probatorios presentes no se observa documento alguno que acredite que APM comunicó a M & CÍA cuál sería el respectivo nivel de descarga, a fin de poder exigirle al usuario un número determinado de camiones, máxime si fue la propia Entidad Prestadora quien manifestó que por lo menos se debió disponer de 17 camiones a fin de realizar una descarga de 500 toneladas por jornada. En tal sentido, correspondía a APM informar el referido nivel de descarga, puesto que se encuentra en mejor condición de

establecer las condiciones y la forma en que realizará el desembarque de una determinada mercancía por operación.

- 61.- Ahora bien, APM ha señalado que el agente marítimo es el encargado de brindar las características de la mercancía a descargar, toneladas a trabajar e información referencial de la nave, hecho que supondría que todos los usuarios e intervinientes en esta operación de descarga ya deberían de haber contado con la información suficiente que les permitiera establecer como sería el nivel de descarga y por ende, disponer de los vehículos necesarios para su atención.
- 62.- Al respecto, cabe señalar que si bien los usuarios tienen pleno conocimiento de la cantidad de mercancía a descargar, ello no implica que conozcan cómo ejecutará tal operación APM, dado que aquella es la única entidad en condiciones de establecer las características de la descarga de mercancía. En efecto, APM al detentar el control y manejo de la actividad, puede establecer cuántas toneladas podrá atender por camión y los recursos que requiere para una determinada operación.
- 63.- En ese sentido, la Entidad Prestadora debió brindar la información adecuada y detallada respecto de las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), a efectos de permitirle al usuario, en este caso M & CÍA, calcular el número de unidades vehiculares a enviar, así como la frecuencia en que debía enviarlos en un determinado lapso de tiempo.
- 64.- Cabe resaltar que si bien M & CÍA es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones, también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM, empresa que finalmente conoce de antemano la prioridad, velocidad, día y hora en la que puede ser realizada la descarga.
- 65.- En consecuencia, no resulta razonable que APM realice un cobro por concepto de cuadrilla no utilizada al no haber informado debidamente al usuario, las obligaciones que M & CÍA debía de cumplir a efectos de que las operaciones de descarga no se vieran interrumpidas, omisión de información que finalmente provocó que la paralización de dichas operaciones sea atribuible a la Entidad Prestadora, correspondiendo declarar fundada la apelación interpuesta.

Cuestiones Finales

- 66.- Sin perjuicio de lo resuelto en los párrafos precedentes, cabe precisar que M & CÍA afirmó que existió demora en el ingreso y salidas de las unidades de transporte del terminal portuario; sin embargo, cabe notar que no ha demostrado que la demora en el ingreso de las unidades de transporte se deba a problemas en la balanza de APM.

- 67.- Asimismo, M & CÍA alegó la existencia de una ineficiente labor de los trabajadores portuarios que habían generado la reducción de tiempos efectivos del uso de la cuadrilla y paralizaciones que dieron como resultado el cobro del mencionado recargo. Al respecto, debemos mencionar que de los tickets de salida de los camiones que constan en el expediente¹⁶ se verifica que existieron tiempos mayores de 10 minutos entre el ingreso de camiones y que dichas paralizaciones se habían producido por la ausencia de camiones para efectuarse la descarga directa, más no por causas atribuibles a la actividad de los estibadores.
- 68.- Finalmente, teniendo en cuenta que no procede el cobro de la factura impugnada, carece de sentido que el TSC se pronuncie respecto del argumento de M & CÍA referido a la ganancia extraordinaria que estaría recibiendo APM al gravar con IGV el recargo materia del reclamo, en la medida que dicho argumento está dirigido a cuestionar la validez de la factura.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

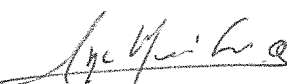
SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/1223-2013 y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por MOLINOS & CÍA S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° 003-0020626, por concepto de recargo por "compensación de cuadrilla no utilizada" dejando sin efecto su cobro; quedando agotada la vía administrativa.

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

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional: www.ositran.gob.pe.

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.


ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN

¹⁶ Folios 85-184.