



EXPEDIENTE N° : 076-2014-TSC-OSITRAN
APELANTE : AGROINDUSTRIA SANTA MARIA S.A.C.
EMPRESA PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CS/059-2014

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 16 de setiembre de 2016

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 AGROINDUSTRIA SANTA MARIA S.A.C. (en adelante, AGROINDUSTRIA o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida dentro del expediente N° APMTC/CS/059-2014 (en lo sucesivo, la resolución N°1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- El 15 de enero de 2014, AGROINDUSTRIA solicitó la anulación de la factura N° 003-0028958 cuyo importe asciende a US \$ 1 652.00 (mil seiscientos cincuenta y dos y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) emitida por el concepto de compensación por cuadrilla no utilizada, argumentando lo siguiente:
 - i.- La nave M/N Union Explorer, de manifiesto N° 2013-1463, arribó al terminal Norte Multipropósito, a fin de realizar las operaciones de descarga de su mercadería consistente en 2200 toneladas métricas de carga granel; sin embargo, nunca tuvimos conocimiento de los servicios que demandó la recalada de la nave o aquellos que fueron solicitados durante la junta de operaciones del puerto.
 - ii.- Asimismo refiere que para el ingreso de las unidades de transporte al puerto, es de carácter obligatorio pasar por las balanzas del terminal a fin de controlar el peso de



los camiones. Afirmó que el inconveniente de esta parte de la operación, radica en la demora constante u excesiva de cada unidad de transporte para el ingreso a la balanza; debido a la falta de balanzas y los problemas que se suscitan en el interior del terminal portuario, lo que no permite un tráfico fluido de las unidades de transporte. Agregó que la consecuencia de no corregir dicho problema se traduce en cobros innecesarios a los usuarios del servicio, por causas cuya responsabilidad es atribuible al concesionario. En ese sentido, la planificación de los actos necesarios para el ingreso de los camiones, como es el paso de éstos por las balanzas, es de entera responsabilidad de APM.

- iii.- Señala que la factura reclamada, se emitió cuando se encontraba vigente la versión 2.0 del Reglamento de Tarifas y política Comercial de APM, en el cual se establece que se realizará tal recargo siempre que se trate de una decisión o responsabilidad – en este caso- del representante. En tal sentido, corresponde a la Entidad Prestadora la carga de probar que fue responsabilidad de la empresa las demoras operativas que causaron la paralización de las operaciones y la emisión de la factura materia de reclamo.
 - iv.- Finalmente, indicó que de conformidad a los reglamentos de APM, resulta necesario que al momento de emitir una factura ésta tenga un sustento suficiente; es decir, que se comunique oportunamente al usuario cuáles son las causas que originan su cobro. En tal sentido, resulta poco razonable que se pretenda imputar el pago de una factura cuya motivación se desconoce.
- 2.- Mediante carta N° 266-2014-APMTC/CS, notificada a AGROINDUSTRIA el 05 de febrero de 2014, APM prorrogó el plazo para resolver el reclamo presentado por un período de 15 días hábiles.
 - 3.- Mediante resolución N° 1, notificada el 26 de febrero de 2014, APM resolvió el reclamo presentado por AGROINDUSTRIA, declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
 - i.- Conforme con lo dispuesto por el numeral 5.4.2.1 del 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, el consignatario o sus representantes.
 - ii.- El proceso de descarga directa de la mercadería a granel se realiza de la bodega de la nave a las unidades de transporte 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 continua. 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 las unidades de transporte al costado de la nave para poder realizar una descarga fluida.

- iii.- En el presente caso, APM emitió la factura N° 003-0028958 debido a que se comprobó que durante el día 22 de agosto de 2013, existió paralización de operaciones en la bodega 1, debido a la falta de camiones que debió enviar la apelante para el retiro de su carga, lo que fue consignado en el Reporte de Estado de Hechos de la nave.
- iv.- A manera de ejemplo de la forma como se ha realizado el cálculo del recargo por compensación por Cuadrilla No Utilizada indicó lo siguiente:
 - El camión de placa D71896 ingresó el 22 de agosto a las 00:41 horas, ocurriendo que desde esa hora no ingresó ningún camión, sino hasta las 05:00 horas en las que ingresó el camión de placa D7F879, generando un tiempo de espera de 04 horas y 18 minutos.
 - El camión de placa D71896 ingresó el 21 de agosto a las 17:12 horas, ocurriendo que desde esa hora no ingresó ningún camión, sino hasta las 20:17 horas en las que ingresó el camión de placa YQ2450, generando un tiempo de espera de 03 horas y 5 minutos.
- v.- Respecto al desconocimiento de los servicios que haya demandado 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.
- vi.- Asimismo, señaló que tanto APM como los responsables de las naves, en el presente caso, la agencia marítima Trabajos Marítimos S.A. (en adelante, TRAMARSA), tienen información permanente y constante de las operaciones y situaciones que acontecen en el puerto, siendo responsabilidad de dichas agencias informar a sus clientes de la existencia de algún acontecimiento no previsto que pueda afectarles.
- vii.- En el presente caso, la agencia marítima TRAMARSA fue quien comunicó a APM el arribo de la nave, sus características y el total de la carga a desembarcar, información transmitida a la Entidad Prestadora mediante la solicitud de atraque de la nave Union Explorer de manifiesto 2013-1468. Es después de recibida dicha información, que APM asigna un muelle para el atraque de la nave de acuerdo con sus características.
- viii.- Con dicha 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). En tal sentido, 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 2 200.00 toneladas; y, iii) que cada camión podía movilizar treinta (30) toneladas, por lo que se puede afirmar que AGROINDUSTRIA tenía pleno conocimiento de que el desembarque por jornada sería de 244 toneladas equivalente a 08 camiones por jornada.

- ix.- En la junta de puertos, que el área de operaciones de APM realiza diariamente, se observó la asistencia de los representantes de TRAMARSA, con lo que se confirma que el usuario conocía acerca del número de toneladas programadas para la nave Union Explorer. Lo antes mencionado se puede comprobar en la lista de asistencia a la junta de puertos de los días 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20 y 21 de agosto de 2013¹.
 - x.- En cuanto al argumento señalado por AGROINDUSTRIA y relacionado con la existencia de factores ajenos a los descargadores como la congestión en el ingreso y salida de las unidades de transporte, indicó que ello es 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.
 - xi.- Finalmente, precisó 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.
- 4.- Con fecha 19 de marzo de 2014, AGROINDUSTRIA presentó su recurso de apelación contra la resolución N° 1, reiterando los argumentos de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- Para imputar el cobro al usuario por el recargo facturado, es fundamental que se compruebe su responsabilidad en el entorpecimiento de la operación; en ese sentido, APM debía demostrar la responsabilidad de su representada respecto de las demoras en la descarga de la mercadería.
 - ii.- APM no realizó el Plan de Operaciones conjuntamente con los involucrados en la descarga de la mercadería, por lo que al no estar cumpliendo con un correcto planeamiento de las operaciones, no puede imputarse al usuario la responsabilidad de ello, pues corresponde al concesionario, en su posición de agente de estiba, hacer todo cuanto sea necesario para que las labores de descarga se realicen en las mejores condiciones posibles. En ese sentido, al no efectuarse el Plan de Operaciones de manera conjunta, no se pudo planear de manera eficiente la descarga.

¹ Folios 175-182 del expediente.



- v.- Asimismo, señaló que la celebración de las reuniones pre operativas y los comunicados del Estado de la operación son piezas claves para un correcto desenvolvimiento de las labores del concesionario. Sin embargo, en el presente caso AGROINDUSTRIA no participó de dicha reunión ni recibió aviso oportuno respecto de su realización, habiendo APM realizado únicamente una programación que no permite realizar un planeamiento del envío de unidades de transporte, lo que generó la emisión de la factura reclamada.
- vi.- En cuanto a la emisión de la factura, resulta necesario que tenga un respaldo de hechos, es decir, que pueda haber constancia de la demora por responsabilidad del destinatario de la factura y pueda constar que hubo diligencia del concesionario.
- iii.- Finalmente con relación a los problemas en la balanza, indicó que los mismos se presentan por la ineficiencia en el ingreso de los vehículos y su paso por las balanzas del Muelle Norte, siendo incorrecto el argumento de APM en el cual responsabiliza al gobierno regional y local de la zona por los sucesos que son consecuencia de sus propios actos deficientes.
- 5.- El 8 de abril de 2014, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación reiterando los argumentos esgrimidos en la resolución N° 1 que declaró fundado en parte el reclamo de AGROINDUSTRIA, 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 4 horas de paralización de las operaciones como consecuencia de la falta de unidades de transporte que debió enviar la apelante para recoger su mercadería.
- ii.- Los recargos tienen una naturaleza similar a la de una penalidad, puesto que son cobrados bajo determinados supuestos, los cuales han sido taxativamente considerados-en la fecha de ocurridos los hechos – en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM.
- iii.- Conforme a lo antes expuesto, el cobro de los recargos no responde a la prestación de un servicio al interior del terminal, 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. Agregó que el enviar información más detallada y formal, respecto de la cantidad de unidades de transporte 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.
- vi.- Sobre la demora en el ingreso de las unidades de transporte, indica que APM atiende a los usuarios de conformidad a su orden de llegada, no teniendo la facultad ni posibilidad de dar preferencias en el ingreso y/o salida de las unidades a las instalaciones. Asimismo, no se cuenta con un registro que indique que durante los días 21 al 22 de agosto, período en el que se realizaron las operaciones de la nave Union Explorer, existieron problemas para el ingreso de las unidades de transporte en las balanzas; en tal sentido, la apelante no ha adjuntado medio probatorio alguno que permita acreditar lo alegado por esta, y que demuestren que la demora en el ingreso de las unidades de transporte de responsabilidad de APM.
- 6.- Con oficio N° 586-15-TSC-OSITRAN del 15 de setiembre de 2015,² la Secretaría Técnica del TSC solicitó a APM que remita los documentos que acrediten que informó respecto del nivel de descarga que se realizaría por operación para la atención de la carga de granel de AGROINDUSTRIA que arribó en la nave Union Explorer.
- 7.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 29 de setiembre de 2015, no pudiendo arribarse a un acuerdo debido a la inasistencia de las partes. El 30 de setiembre de 2015, se realizó la audiencia de vista con la asistencia del representante de AGROINDUSTRIA, quien realizó el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.
- 8.- El mismo 30 de setiembre de 2015, a través de la Carta N° 1334-2015-APMTC/CL, APM remitió, entre otros documentos, el "Stowage Plan" (Plan de estiba o desembarque) correspondiente a la nave Union Explorer, señalando lo siguiente:

² Folios 186 del expediente



- i.- En relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega, señaló que son los usuarios quienes poseen dicha información, al ser quienes solicitan (a través de su Agente Marítimo) los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque o descarga, lo que se puede acreditar en el referido "Stowage Plan". Agregó que, en el referido documento se puede verificar información referente a la cantidad de mercadería que contiene cada bodega y a qué consignatario pertenece.
 - ii.- La información relacionada con el número de jornadas que necesitará cada nave para culminar las operaciones, se puede encontrar en su página web www.apmterminalscallao.com a través de la opción "programa de naves", la cual es actualizada tres veces al día, precisando que el área de tráfico es la encargada de enviar directamente a los usuarios tal información.
 - iii.- Con relación a la información referida a la cantidad de cuadrillas que APM dispone para cada operación, ésta es transmitida a los agentes marítimos o consignatarios que participan en las reuniones pre-operativas que se realizan diariamente a las 10:00 horas, dentro del Terminal Portuario, y que son realizadas para que los involucrados en la operación tengan conocimiento sobre los aspectos relevantes de dichas operaciones, como es el caso de la cantidad de cuadrillas.
 - iv.- 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 encuentran presentes, los encargados de solicitarla, pues las líneas navieras son las principales interesadas, al realizar las labores de supervisión del cumplimiento de las operaciones ejecutadas por APM.
 - v.- En consecuencia, no es posible sostener que APM no informa de las características de cada operación.
- 9.- Con fecha 5 de octubre de 2015, APM presentó escrito de alegatos reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores y añadiendo lo siguiente:
- i.- En atención a lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento de Operaciones de APM, con relación a las naves que transportan carga a granel sólido, los agentes marítimos tienen la obligación de comunicar al Administrador Portuario con un mínimo de 72 horas de anticipación, los datos correspondientes a la nave, hora y fecha de arribo, el calado, el tipo operación, así como la información preliminar correspondiente a la operación de carga y descarga, según corresponda, ello con el fin de que APM pueda distribuir los recursos que se encuentran a cargo en el interior del Terminal Portuario a efectos de atender los requerimientos de una nave en particular. 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. Sin embargo, consideran que no forma parte de las funciones de APM el planificar el número de las unidades de transporte que necesita enviar el usuario, puesto que éste tiene una relación directa con el Agente Marítimo, y éstos son los encargados de comunicarle cuando y bajo qué parámetros podrán retirar su carga desde el TNM.

- ii.- APM ha cumplido con la obligación de informar a los usuarios, entre ellos a los agentes marítimos y clientes en general, las características de la operación mediante la publicación de la Programación de Amarraderos, vía *website*, lo que se realiza tres veces al día de acuerdo con el desarrollo de las operaciones.
 - iii.- De acuerdo al material probatorio aportado por APM respecto del expediente objeto de controversia, se concluye que el usuario fue debidamente informado del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga, a través de los diferentes correos electrónicos, la Programación de Amarraderos y Planes de Descarga de las Naves.
 - iv.- Finalmente, señaló que se encuentra obligada a aplicar las normas con criterio y razonabilidad, por lo que no resultaría válido que por una supuesta falla al deber de información se autorice a los usuarios a no pagar al Administrador Portuario, considerando que la determinación de los recargos no se encuentra bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, más aún si se ha comprobado la existencia real de paralizaciones que generan la ineficiencia de las operaciones programadas al interior del TNM, por causas ajenas a APM, y considerando que existe regulación expresa de los supuestos que conllevan a la aplicación del referido recargo por Compensación por Cuadrilla no Utilizada.
- 10.- Con fecha 12 de octubre de 2015, AGROINDUSTRIA presentó un escrito de alegatos, reiterando los argumentos señalados en sus escritos anteriores y añadiendo lo siguiente:
- i.- La factura N° 003-0028958, tiene como único sustento el documento denominado "Statment of Facts", el cual es elaborado por la propia Entidad Prestadora y no cuenta con la firma de los sujetos involucrados en las operaciones tales como el consignatario de la carga, el agente de estiba (APM) y el capitán de la nave. En ese sentido, al no contar con la firma de todos los involucrados en las operaciones de descarga de la nave, carece de validez a efectos de sustentar el cobro por el recargo de cuadrilla no utilizada.
 - ii.- OSITRAN ya se ha pronunciado determinando que la Entidad Prestadora tendrá la facultad de facturar por el recargo materia de reclamo siempre que se demuestre que asignó personal para las labores de carga o descarga de la nave y que fue por responsabilidad de la línea naviera o el consignatario que se detuvieron las



operaciones programadas en la nave; señalando en los expedientes N° 073-2014-TSC-OSITRAN y 155-2013-TSC-OSITRAN, que en los casos en los que la descarga se realiza en la modalidad de "descarga directa", si la Entidad Prestadora no comunicó al usuario el nivel programado para las operaciones de retiro de la carga, no resulta válido que imponga el recargo por cuadrilla no utilizada.

- iii.- El recargo facturado no es un servicio utilizado por el usuario, y como tal, no debería encontrarse gravado con el IGV de conformidad con la Ley del Impuesto General a la Ventas (IGV). Al respecto, la SUNAT indicó en oficio N° 222-2015-SUNAT/600000 que la indemnización por resolución unilateral del contrato (tal como el presente recargo), no es una retribución por una venta, servicio o contrato de construcción, por lo que aquella no se encuentra afecta al IGV por tener carácter indemnizatorio.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

11.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N°1.
- ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la factura N° 003-0028958, emitidas por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 12.- En el presente caso el usuario alega que el servicio de descarga brindado por APM no habría sido adecuado en la medida que no le habría comunicado el detalle de las características de la operación, indicando que ello habría generado que no pudiera enviar las unidades de transporte terrestre necesarias para la descarga de su mercadería y consecuentemente, se les efectúe el cobro del mencionado recargo.
- 13.- En ese sentido, corresponderá analizar si el cobro de dicho recargo resulta consecuencia de un servicio que no fue prestado de manera idónea, lo que necesariamente implicará realizar un análisis de calidad respecto del servicio de descarga brindado por APM, que a su vez conducirá a analizar si la facturación y cobro derivados de dicho servicio de descarga fue correctamente realizado.
- 14.- Ahora bien, como se puede apreciar del artículo 33³ del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de

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

⁴ 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



Reclamos de OSITRAN), los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura, siempre que estos deriven de la prestación efectiva de servicios brindados por las Entidades Prestadoras.
- ii) La calidad en que se brinden dichas prestaciones de servicios.

15.- 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 consecuentemente 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 APM⁴, así como el literal b) del artículo 2⁵ 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 Reglamento⁶, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

(...)

c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.

(...)

⁴ 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 INFRAESTRUCTURA⁵.

⁵ 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.

⁶ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

Artículo 10 - El Tribunal de Solución de Controversias

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

Asimismo es competente para resolver las quejas que se presenten durante los procedimientos de primera instancia. Su resolución pone fin a la instancia administrativa y puede constituir precedente de observancia obligatoria cuando la propia resolución así lo disponga expresamente conforme a ley⁷.



- 16.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁷, 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)⁸, 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.
- 17.- 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 AGROINDUSTRIA el 26 de febrero de 2014.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que AGROINDUSTRIA interponga su recurso de apelación fue el 19 de marzo de 2014.
 - iii.- AGROINDUSTRIA presentó su recurso administrativo el 19 de marzo de 2014, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.
- 18.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁹, 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.
- 19.- 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.

⁷ Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 062-2011-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".

⁸ 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".

⁹ Ley N° 27464

"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".



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"

- 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).
- 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.- El artículo 1.5.21 del Reglamento de Tarifas de APM, vigente a la fecha de sucedidos los hechos¹⁰, define al recargo de la siguiente manera:

"1.5.21 **Recargo.**- Es el monto dinerario que deberá pagar el usuario para compensar determinada actividad/inactividad, rendimiento, entre otros, que se encuentran establecidos en el presente reglamento".

25.- Asimismo, el artículo 5.4.2.1 del mencionado reglamento prescribe lo siguiente:

"5.4.2.1 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.

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".

[El subrayado es nuestro]

26.- 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.

27.- Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera, por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.

¹⁰ Versión 2.0, publicado el 28 de junio de 2013.



- 28.- 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".

[El subrayado es nuestro]

- 29.- 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]

- 30.- 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.
- 31.- 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 genera la Entidad Prestadora por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.
- 32.- En el presente caso, la apelante alegó que correspondía a APM demostrar que fueron de responsabilidad de AGROINDUSTRIA las demoras operativas que causaron la paralización de las operaciones y la emisión de la factura materia de reclamo. Señaló que al no efectuar APM el Plan de Operaciones de manera conjunta con AGROINDUSTRIA, no se pudo planear eficientemente la descarga, agregando que si la entidad Prestadora no comunicó al usuario el nivel programado para las operaciones del retiro de la carga, no correspondía el cobro del recargo. Finalmente, señaló la existencia de problemas al interior del terminal que impedían el ingreso de los camiones.
- 33.- Por otro lado, APM afirmó que la apelante no contó con la cantidad de unidades de transporte suficiente para atender la descarga de su mercancía, correspondiendo el cobro por la compensación de cuadrilla no utilizada. Agregó que AGROINDUSTRIA contaba con la



información necesaria a fin de poder programar el envío de camiones necesarios para el retiro de su mercadería. Finalmente, en cuanto a los problemas en las balanzas para el ingreso y salida de las unidades alegadas por el usuario, refirió que ello era de responsabilidad de los gobiernos regionales y locales, ocurriendo que en su calidad de administradora del terminal portuario, respondía únicamente por aquello que ocurriera dentro de sus instalaciones.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 34.- 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]

- 35.- 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]

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

Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado.¹¹

- 37.- 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.
- 38.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹², 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..."

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".

- 39.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹³, 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"*.
- 40.- En los artículos 54 y 56 del mencionado Reglamento de Operaciones se establece:

¹¹ 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.

¹² Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

¹³ Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 486-2012-APN/GG y sus modificatorias.



"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".*
- 41.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.
- 42.- 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.
- 43.- 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.
- 44.- 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° 003-0028958**

- 45.- 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.
- 46.- 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.
- 47.- 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 Union Explorer hacia los vehículos de transporte terrestre que AGROINDUSTRIA dispuso para el retiro de dicha carga del Terminal Portuario.
- 48.- APM sostiene que durante la operación de descarga materia de análisis hubo un retraso de 04 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.
- 49.- Sin embargo, cabe señalar que 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.
- 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, de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y 7 del Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁴,

¹⁴ Aprobado por la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.



según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.

- 52.- En el caso de que APM no determine un nivel de descarga general y fijo para todas las operaciones, sino que más bien depende de los recursos con los que cuenta y de la organización para cada operación; entonces, de conformidad con el Reglamento de Operaciones de APM, 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, criterio que también ha sido recogido en la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN.
- 53.- Lo indicado es coherente con el establecimiento del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, puesto que para su aplicación se requiere que se haya incumplido con el Plan de Operaciones por causas imputables al usuario.
- 54.- Siendo esto así, se hace necesario acreditar que el usuario conocía cuál iba a ser el nivel de descarga, a efectos de que programara qué cantidad de camiones debía llevar como mínimo para que la atención se realizara sin contratiempos. En tal sentido, en el presente caso, en aplicación del artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, correspondía a la Entidad Prestadora probar que informó del nivel de descarga al usuario al momento de determinar y comunicar el Plan de Operaciones o en alguna de las reuniones pre-operativas que la Entidad Prestadora tuvo con el usuario.
- 55.- Al respecto, cabe señalar el artículo 55 del Reglamento de Operaciones de APM, establece expresamente que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o cualquier otro medio documentado en aspectos relacionados con las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios. En tal sentido toda información vinculada a las operaciones portuarias debe ser transmitidas a todos los usuarios de los servicios a través del correo electrónico o medio documentado, puesto que se considera que a través de este medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que efectivamente APM cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a los intereses de éstos.
- 56.- Con respecto a la asignación de amarraderos, el artículo 61 establece nuevamente la obligación de comunicar por correo electrónico y además para este caso y para la publicación de la lista de arribo de naves se podrá publicar además, vía website; sin embargo el uso del website debe entenderse como un método complementario pero no alternativo ni sustituto del correo electrónico o medio documentado para el caso de información al usuario de asignación de amarraderos y lista de arribo de naves.
- 57.- Sin perjuicio de lo señalado, si bien la programación de amarraderos se encuentra en la página web de APM a disposición de los usuarios, cabe señalar que en dicha programación no se verifica que se haya consignado información referida a la cantidad de cuadrillas a utilizar, ni



que se haya establecido el nivel de descarga conforme al cual se efectuará el desembarque de una determinada mercancía para la nave M/N Union Explorer.

- 58.- Ahora bien, APM ha señalado que el agente marítimo ya tenía conocimiento acerca de 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 contaban con la información suficiente que le permitiera establecer como sería el nivel de descarga y por ende disponer lo vehículos necesarios para su atención. Al respecto, cabe manifestar que tal como se ha señalado anteriormente, es el Reglamento de Operaciones el que establece el deber de la Entidad Prestadora de comunicar a los usuarios respecto de los detalles de las operaciones en las naves, no existiendo ningún dispositivo legal que traslade tal responsabilidad a los Agentes Marítimos.
- 59.- En relación a lo anteriormente señalado, si bien los Agentes Marítimos y/o demás usuarios pueden tener conocimiento de la cantidad de mercancía a descargar, ello no implica que conozcan cómo ejecutará APM tal operación, dado que aquella es la única entidad en condiciones de establecer las características de la descarga de mercancía. En efecto, al detentar el control y manejo de la actividad, APM puede establecer cuántas toneladas podrá atender y los recursos que requiere para una determinada operación.
- 60.- Respecto a las Juntas Pre Operativas, si bien en el presente caso se aprecia que TRAMARSA, en su calidad de Agente Marítimo, asistió a las referidas reuniones, ello no acredita que AGROINDUSTRIA tomó conocimiento de los acuerdos a los que se llegaron en las mismas, ni permite demostrar que la apelante tomó conocimiento de los detalles en las que se realizaría las operaciones de descarga de la nave M/N Union Explorer; siendo APM la única obligada a comunicar tal información.
- 61.- Cabe indicar que la Secretaría Técnica del TSC, través del Oficio N° 586-15-STSC-OSITRAN solicitó a APM remitan los documentos que acrediten que había cumplido con informar a la apelante, el nivel de descarga que se realizaría por operación, para la atención de la carga a granel de AGROINDUSTRIA referida a la nave M/N Union Explorer.
- 62.- Al respecto, APM reiteró que el agente marítimo contaba con información sobre las operaciones portuarias de embarque, tales como cantidad de toneladas, jornadas que necesitará para que cada nave pueda culminar sus operaciones y cantidad de cuadrillas a utilizar.

Al respecto cabe señalar lo siguiente:

- 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.



- La información a la que hace alusión APM no acredita que haya informado al usuario (AGROINDUSTRIA) las condiciones en las cuales dicha Entidad Prestadora efectuará las operaciones de desembarque a efectos de que la apelante pueda saber a ciencia cierta cuál será el nivel de descarga que por operación deberá realizar, ello con el fin de que AGROINDUSTRIA pueda asignar de manera eficiente la cantidad de vehículos a enviar para su retiro.
 - Finalmente, respecto de la programación de atraques que se encuentran en la página web de APM, en dicha programación no se verifica que se consigne información respecto de la cantidad de cuadrillas a utilizar y tampoco establece el nivel de descarga en las cuales se efectuará el desembarque de una determinada mercancía.
- 63.- Siendo así, de los medios probatorios presentes no se observa documento alguno que acredite que APM comunicó a AGROINDUSTRIA 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 08 camiones a fin de realizar una descarga de 244 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.
- 64.- 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 AGROINDUSTRIA, calcular el número de unidades vehiculares a enviar, así como la frecuencia en que debía enviarlos en un determinado lapso de tiempo.
- 65.- Cabe resaltar que si bien AGROINDUSTRIA 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.
- 66.- En cuanto a los tickets de ingreso de los camiones adjuntados por APM a fin de acreditar la falta de envío de los camiones por parte del usuario, se debe indicar que dichos medios probatorios carecen de relevancia, en la medida que ha quedado acreditado que la Entidad Prestadora no cumplió con informar el Plan de Operaciones a la apelante.
- 67.- 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 AGROINDUSTRIA 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.



68.- Finalmente, teniendo en cuenta que corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura impugnada, carece de objeto que el TSC se pronuncie respecto del argumento de AGROINDUSTRIA referido a la presunta demora en las balanzas del terminal en la atención del ingreso de los camiones, así como el cobro del IGV en la factura materia del reclamo, en la medida que como se ha señalado, no corresponde su cobro.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 6o del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/059-2014 y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por AGROINDUSTRIA SANTA MARIA S.A.C. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° 003-0028958, 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 AGROINDUSTRIA SANTA MARIA S.A.C. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN**