



EXPEDIENTE N° : 35-2015-TSC-OSITRAN  
APELANTE : MOLINOS & CIA S.A.  
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.  
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N°  
APMTC/CL/1256-2014

### RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 31 de marzo de 2017

**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 o no existe prolongación de la jornada de trabajo como consecuencia de las paralizaciones atribuibles al usuario; no resulta válido que se imponga el recargo por cuadrilla no utilizada.*

### VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por MÓLINOS & CIA S.A. (en adelante, MOLINOS o el apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/1256-2014 (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.- Mediante reclamo remitido a APM el 11 de diciembre de 2014, MOLINOS solicitó se anule la factura N° 003-0052537, cuyo importe asciende a US \$ 2,065.00 (Dos mil sesenta y cinco con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), emitida por el concepto de Compensación de Cuadrilla No Utilizada, argumentando lo siguiente:
  - i.- El día 10 de octubre de 2014, a las 10:08 horas, arribó al Terminal Norte Multipropósito del Callao la nave MN CANVASBACK que transportaba la mercancía de MOLINOS, conformada por 1,500.000 TM de urea agrícola y 8,174.065 TM de nitrato de amonio, distribuidos en las bodegas N° 1, N° 2, N° 3 y N° 5 de la MN CANVASBACK, cuyo uso era compartido con la carga de otros consignatarios. Las operaciones de descarga de la mercancía de MOLINOS iniciaron el día 11 de octubre de 2014 a las 00:55 horas y culminaron el 12 de Octubre de 2014, a las 21:00 horas.



- ii.- El apelante envió un correo electrónico a los responsables de Operaciones de APM, señores Enrique del Águila, Jorge Ormeño y Eduardo Moleros, mediante el cual se atribuyó responsabilidad a la Entidad Prestadora por un servicio ineficiente, debido a la falta de equipos y mal estado de los mismos, pues en las bodegas N° 1 y N° 2, las jaibas habían estado cargando productos en la cubierta de la nave y en el muelle, lo cual le ocasionaba mermas al apelante. Señaló que nunca obtuvieron una respuesta de parte de APM, lo que evidenciaría un gran desinterés en brindar un buen servicio al usuario.
- iii.- El 12 de octubre de 2014 remitió un nuevo correo electrónico a APM, en el cual reportó la existencia de una gran cantidad de productos regados en el Terminal Portuario debido a fallas técnicas de los equipos pertenecientes a APM.
- iv.- Indicó que no se realizó la Junta Pre-Operativa correspondiente al no existir ninguna comunicación con los consignatarios de la nave para planificar las operaciones de descarga de su mercancía.
- v.- APM no remitió directamente a los consignatarios la información sobre el plan de trabajo de la nave, sino que se la envió al Agente Marítimo South Shipping LTD. Adicionalmente, MOLINOS no recibió correo electrónico alguno de APM en el que se le comunique el desempeño de las operaciones realizadas por el personal de la Entidad Prestadora, ni siquiera al momento de culminación de la descarga.
- vi.- Se cumplió con realizar la descarga en un número menor de jornadas a las previstas en el Plan de Descarga de APM. En efecto, si bien la Entidad Prestadora había indicado en el punto 8 de dicho Plan que las operaciones de descarga se llevarían a cabo en un total de 8 jornadas de 8 horas cada una, MOLINOS culminó con la descarga de su mercancía en aproximadamente 5.5 jornadas.
- vii.- MOLINOS cumplió con enviar un flujo constante de camiones durante las operaciones de descarga de la mercancía contenida en la MN CANVASBACK, para lo cual adjuntó un reporte elaborado por el apelante basado en los tickets de balanza registrados en el horario de ingreso y salida de las unidades de transporte, el cual también demuestra la existencia de demora en la atención de sus camiones, ya que en promedio, son atendidos en periodos de hasta 1 hora y hora y media por cada unidad.
- viii.- La factura materia de reclamo ha sido indebidamente gravada con el Impuesto General a las Ventas – IGV, en la medida que el Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada es una penalidad, la cual no se encontraría gravada con dicho impuesto. Indicó que de acuerdo al Oficio N° 493-14-GS-OSITRAN y el Informe N° 030-14-GREGAJ-OSITRAN, el concepto de Compensación de Cuadrilla No Utilizada no constituía un servicio 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 que hayan sido previa y debidamente difundidas.

- ix.- El Plan de Operaciones de APM no guardaba relación con el área de tráfico de la Entidad Prestadora, ya que los cambios constantes que se han producido en la programación de muelles imposibilitan que se lleve a cabo una logística eficiente con el transporte de los camiones, lo que queda evidenciado en los Programas de Amarraderos de fechas 7, 9 y 10 de octubre de 2014 en los que se observa los constantes cambios en el atraque de la nave.
  - x.- APM ha brindado un servicio deficiente, en la medida que es responsable de: (i) las demoras en la atención en las balanzas ubicadas al interior del Terminal Portuario, al no tener certeza del tiempo de atención por cada unidad de transporte así como por no contar con un número suficiente de balanzas, (ii) la congestión generada al interior del Terminal Portuario por las unidades de transporte que desean ingresar y/o salir para recoger la mercancía, (iii) las malas condiciones en las que se encuentran los equipos para la descarga, (iv) el recorte unilateral de las horas de trabajo de los colaboradores de la Entidad Prestadora, y (v) la imposibilidad de acceso al Terminal Portuario por las demoras generadas en las balanzas y la congestión interna.
  - xi.- La factura N° 003-0052537 debería estar sustentada en alguna prueba objetiva que demuestre la existencia de presuntas demoras por falta de camiones que sean de responsabilidad exclusiva de MOLINOS. En su condición de concesionario, APM era responsable de contar con todas las pruebas y sustento que la habilite a emitir una factura en contra de un usuario, incluyendo aquellas referidas a la comisión de actos negligentes por parte del usuario.
- 2.- El 7 de enero de 2015, APM notificó la Resolución N° 1, declarando infundado el reclamo presentado, de acuerdo con los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo con lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos versión 3.0, vigente al momento de la prestación del servicio, APM se encontraba facultada a cobrar por los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el "Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada", el cual se aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.
  - ii.- El cobro de compensación de cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud, aplicable cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
  - iii.- En el presente caso, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se aplicó ante la existencia de 05:13 horas de paralizaciones ocurridas durante las labores de



- descarga de 1,500.000 TM de urea agrícola y 8,174.065 TM de nitrato de amonio de la nave CANVASBACK, hecho que resulta responsabilidad de MOLINOS.
- iv.- El análisis de las paralizaciones por falta de camiones fue elaborado de acuerdo a la información registrada en los Controles de Tarja, la que a su vez se consigna en los Reportes de Estados de Hechos de APM. Indicó que en la medida que las paralizaciones son imputables a MOLINOS, por no haber enviado camiones de manera constante para el recojo de su mercancía, corresponde la aplicación del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada.
  - v.- MOLINOS fue informado del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga, considerando que la Entidad Prestadora había publicado en su página web la información sobre las operaciones de las naves que acoderan en el Terminal Norte, en la Programación de Amarraderos.
  - vi.- APM comunicó al agente marítimo de la nave CANVASBACK y al consignatario de la carga mediante correo electrónico del 10 de octubre de 2014, el Plan de Descarga para la mercancía de MOLINOS, indicando el ETB, inicio de operaciones, bodegas a descargar, cantidad de cuadrillas a trabajar y la secuencia de las mismas.
  - vii.- En consecuencia, si el total de la carga sólida a descargar era de 1,500.000 TM de urea agrícola y 8,174.065 TM de nitrato de amonio y la descarga se realizaría en 13 jornadas, considerando que cada camión podía trasladar 30 toneladas, entonces MOLINOS tenía conocimiento de que la descarga por jornada sería de 1,209.25 toneladas, equivalentes a 41 camiones por jornada.
  - viii.- En relación a la alegación de MOLINOS, sobre la existencia de productos regados por fallas técnicas en los equipos de APM, indicó que las fotografías remitidas por el reclamante no permiten verificar que la mercancía que aparece en las mismas sea de su propiedad ni tampoco la fecha y hora en las que fueron tomadas.
  - ix.- Los tickets de ingreso de camiones no demuestran el flujo continuo de las unidades como lo ha afirmado MOLINOS, ya que presenta tiempos de espera de hasta 4 horas. Asimismo, se debe considerar que solo se están analizando los tickets vinculados a la mercadería de MOLINOS, correspondientes a las Autorizaciones N° 37761 y 37793.
  - x.- El Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada está vinculado a la compensación por la asignación de personal, el cual tiene relación directa con la contraprestación de una operación (carga o descarga), por lo que dicho monto integrará el valor de la retribución por el servicio, estando gravado con el I.G.V. de acuerdo al Informe N° 140-2009-SUNAT/2B0000.
  - xi.- La Factura N° 003-0052537 materia de reclamo, tiene como base fundamental la prestación efectiva del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada por parte de APM, en la medida que la Entidad Prestadora está realizando un cobro por un



servicio que efectivamente brindó y por el cual el apelante se habría visto beneficiado, perjudicando las operaciones de descarga de la nave.

- 3.- Con fecha 27 de enero de 2015, MOLINOS interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos de su escrito de reclamo, los cuales se señalan a continuación.
- i.- Las unidades de transporte de MOLINOS estuvieron disponibles, pero no podían circular de manera fluida debido a los grandes obstáculos que se generan dentro y fuera del puerto, situación que resulta de responsabilidad de APM.
  - ii.- Durante el desarrollo de las operaciones de descarga no han recibido ningún correo electrónico en el que se les haya comunicado el desempeño de las operaciones realizadas por el personal de APM.
  - iii.- MOLINOS debió de recibir las comunicaciones por parte de APM sobre la operación de descarga o la eventual existencia de problemas en dicho proceso, considerando que la Entidad Prestadora está obligada a brindar información al consignatario; siendo irrelevante lo indicado por APM en la Resolución N° 1, en relación a que había cumplido con informar todo lo concerniente a la operación de descarga al agente marítimo.
  - iv.- Respecto al correo electrónico de fecha 10 de octubre de 2014, que la Entidad Prestadora refirió haber remitido tanto al agente marítimo como a MOLINOS a fin de informarles sobre el Plan de Descarga correspondiente; indicó que únicamente tiene como destinatarios a los representantes del agente marítimo, sin que el mismo haya sido dirigido al apelante.
  - v.- El Plan de Operaciones de APM entregado al agente marítimo no guarda relación con el Área de Tráfico de APM, ya que los cambios constantes que se han producido en la programación de muelles imposibilitan que se lleve a cabo una logística eficiente para el transporte de los camiones. Los constantes cambios antes señalados fueron publicados en la web de APM los días 7, 9 y 10 de octubre de 2014.
  - vi.- MOLINOS reconoció que no hubo fluidez en los camiones enviados, pero ello se debió a la ineficiencia en la atención del Terminal Portuario, lo que provocó que sus unidades vehiculares estén a la espera de ser atendidas durante horas.
  - vii.- Para efectos de la aplicación del I.G.V. al Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada solo se integrará al valor de venta por el servicio prestado, no estando afecto al pago del I.G.V., según el Informe N° 140-2009-SUNAT/2B0000.
  - viii.- Reiteró que la Entidad Prestadora es responsable de la mala calidad del servicio que ha venido prestando, relacionado con demoras en la balanza, tráfico interno en el Terminal Marítimo Norte, equipos en malas condiciones, tiempo de retraso de las





jornadas y la imposibilidad de acceso al Terminal por las demoras que provocan que los vehículos no lleguen a la hora que deberían.

- ix.- La Entidad Prestadora no cumple con el tiempo máximo de entrega de la carga, que de acuerdo al Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Peruano y APM, es de 30 minutos.
  - x.- El Estado de Hechos presentado por APM como prueba de las presuntas paralizaciones, solo constituye una declaración de parte en la medida que no cuenta con las firmas, ni del capitán de la nave, ni del dueño de la carga, lo que no le otorga valor probatorio; criterio que ha sido reconocido en la Resolución N° 2 del Expediente N° 149-2013-TSC-OSITRAN.
- 4.- El 16 de febrero de 2016, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1, añadiendo lo siguiente:
- i.- APM está facultada a realizar el cobro del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada, cuando las operaciones quedan paralizadas por actos que no son de responsabilidad de la Entidad Prestadora, habiéndose comprobado en el presente caso que existió un total de 05:13 horas de paralizaciones durante las operaciones de descarga de la nave CANVASBACK, originadas por la falta de camiones responsabilidad de MOLINO EL TRIUNFO.
  - ii.- APM señaló que el análisis de las paralizaciones por falta de camiones fue elaborado de acuerdo a la información registrada en los Controles de Tarja, la que a su vez se consigna en los Reportes de Estados de Hechos. Agregó que en la medida que las paralizaciones son imputables a MOLINOS por no haber enviado camiones de manera constante para el recojo de su mercancía, correspondía la aplicación del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada.
  - iii.- MOLINOS fue informado del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga, considerando que la Entidad Prestadora había publicado en su página web la información sobre las operaciones de las naves que acoderan en el Terminal Norte, así como que dicha información también le fue remitida al agente marítimo de la nave CANVASBACK, mediante correo electrónico de fecha 8 de octubre de 2014.
  - iv.- APM comunicó al agente marítimo de la nave CANVASBACK, el Plan de Descarga para la mercancía de MOLINOS, mediante correo electrónico del 10 de octubre de 2014, indicando el ETB, inicio de operaciones, bodegas a descargar, cantidad de cuadrillas a trabajar y la secuencia de las mismas; con lo que la Entidad Prestadora cumplió con su deber de información.



- 5.- Mediante Oficio N° 152-17-TSC-OSITRAN del 21 de febrero de 2017, la Secretaría Técnica de los Tribunales del OSITRAN remitió a APM un requerimiento de información, mediante el cual solicitó a la Entidad Prestadora remita las Notas de Tarja que sustenten la aplicación del recargo de Cuadrilla No Utilizada cobrado mediante la Factura N° 003-0052537, correspondiente a las operaciones de descarga de las bodegas N° 1, N° 2, N° 3 y N° 5 de la nave MN CANVASBACK.
- 6.- Mediante Carta N° 0178-2017-APMTC/CL de fecha 24 de febrero de 2017, APM remitió a la Secretaría Técnica, el Reporte Final de Operaciones, Estado de Hechos, Notas de Tarja Granel, así como fotografías de Listados de Verificación, Tickets de Ingreso y Tickets de salida de la nave CANVASBACK, mfto. 2014-32384, con ocasión de lo solicitado mediante Oficio N° 152-17-TSC-OSITRAN del 21 de febrero de 2017.
- 7.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, la audiencia de conciliación programada para el 27 de febrero de 2017 no pudo llevarse a cabo debido a la inasistencia de ambas partes. El 28 de febrero de 2017 se realizó la audiencia de vista contando únicamente con la asistencia de MOLINOS, cuyo representante informó oralmente, quedando la causa al voto.
- 8.- Con fecha 3 de marzo de 2017, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores y añadiendo lo siguiente:
  - i.- Existieron tiempos muertos durante las operaciones, en las cuales las cuadrillas de trabajadores portuarios no realizaron la descarga de las bodegas N° 1, N° 2, N° 3 y N° 5 de la nave CANVASBACK, debido a la falta de camiones, los cuales debieron de haber sido contratados y proporcionados directamente por el apelante. Ello afectó el procedimiento de descarga, prolongando innecesariamente las horas de trabajo del personal de APM, lo que generó la aplicación y cobro válido del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada.
  - ii.- El cobro del recargo no corresponde a la prestación de un servicio al interior del Terminal Portuario, sino que se encuentra vinculado al derecho del Administrador Portuario de organizar sus operaciones de manera eficiente, así como al derecho a explotar los bienes de la concesión. Asimismo, de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, aprobado mediante Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN, el Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada es equivalente al pago de una compensación a favor de la Entidad Prestadora, el que se puede ejercer de diversas maneras, siendo una de ellas el acuerdo al que puedan arribar las partes.
  - iii.- La Lista de Precios, así como los lineamientos y reglamentos internos aprobados por APM, contienen cláusulas generales de contratación que los usuarios aceptan al momento de solicitar los servicios prestados por la Entidad Prestadora; y en caso de que estos últimos no realicen sus operaciones cumpliendo con las disposiciones del



Administrador Portuario, serán responsables de asumir los pagos correspondientes a las compensaciones pactadas y previstas en la página web de la Entidad Prestadora.

- iv.- El apelante contaba con la información necesaria y suficiente para realizar la planificación de sus operaciones de descarga al interior del Terminal Portuario, de manera fluida, evitando paralizaciones innecesarias, toda vez que: (i) la Entidad Prestadora remitió por correo electrónico al Agente Marítimo de MOLINOS la información sobre el detalle de las operaciones de descarga, (ii) el apelante tenía conocimiento del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga, por los diferentes correos electrónicos remitidos con la Programación de Amarraderos, información que además se encontraba publicada en el sitio web de APM; y, (iii) los representantes de la nave CANVASBACK tuvieron pleno conocimiento del número de toneladas programadas para ser descargadas, a través de las comunicaciones efectuadas por APM, así como de las reuniones sostenidas con los representantes de la Entidad prestadora.
- v.- No resultaría válido que por una supuesta 'no idoneidad' sobre la información brindada a los usuarios, se autorice que MOLINOS no cumpla con pagar a APM el Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada, toda vez que: (i) la determinación de los recargos no se encuentra bajo el ámbito de competencias del OSITRAN, (ii) se ha comprobado la existencia real de paralizaciones que generan la ineficiencia de las operaciones portuarias programadas al interior del Terminal Portuario, y (iii) existe una regulación expresa de los supuestos que conllevan a la aplicación del referido Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada, lo cual es de público conocimiento por todos los usuarios que utilizan la infraestructura del Terminal Norte Multipropósito a cargo de APM.
- vi.- El cobro del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada solo requiere la constatación de tiempos muertos imputables al usuario en el procedimiento de descarga de mercancía, de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión. En ese sentido, señaló que APM ha actuado dentro de los límites que le son atribuidos en su Contrato y las regulaciones del sector portuario, haciendo respetar y valer los alcances y términos en los que MOLINOS aceptó contratar los servicios portuarios a cargo de la Entidad Prestadora.

## II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 9.- 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° 003-0052537, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.





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

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

- 10.- En el presente caso el usuario alega que el cobro de la factura N° 003-0052537, por concepto de Recargo por Compensación de Cuadrillas no Utilizadas, no tiene sustento objetivo toda vez que MOLINOS habría cumplido con realizar la descarga de su mercancía en un número de jornadas menor a la planificada por APM, y que además, la Entidad Prestadora habría prestado un servicio deficiente, al no haber remitido al apelante la información sobre el Plan de Operaciones ni ninguna otra sobre el avance y estado de los servicios de descarga prestados por la Entidad Prestadora, siendo además que en las operaciones de descarga se presentaron problemas de falta de equipos y el mal estado de los mismos, demoras en la atención en las balanzas, la presencia congestión vehicular interna y externa del Terminal, el recorte unilateral de las horas de trabajo, y la imposibilidad de acceso oportuno por la congestión imputable a la Entidad Prestadora.
- 11.- 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. Asimismo, en atención a los argumentos expuestos por las partes a lo largo del presente procedimiento, los cuales se refieren a si existió o no alteración de la jornada de trabajo acordada por las partes en el respectivo Plan de Operaciones; corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio estándar efectivamente se prestó o no conforme a lo previsto en el señalado Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
- 12.- Cabe recordar que el artículo 2° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 13.- En ese sentido, el artículo 33<sup>1</sup> del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

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

**\*Artículo 33.-**

(...) *Los reclamos que versen sobre:*

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

(...)

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

(...)



- i) Facturación y el cobro se 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.
- 14.- Siendo así, dado que en el presente caso, se requerirá analizar la idoneidad de la prestación del servicio en atención a lo establecido en las normas que regulan las obligaciones a cargo de la Entidad Prestadora, así como lo acordado por las partes en el Plan de Operaciones, a efectos de determinar la pertinencia del cobro del recargo; se evidencia que ello involucra los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM<sup>2</sup>, así como el literal b) del artículo 2<sup>3</sup> del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento<sup>4</sup>, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 15.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM<sup>5</sup>, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del

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

<sup>1</sup> 1.5.3 Materia de Reclamos

(...)

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

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

<sup>3</sup> Reglamento de Reclamos de OSITRAN

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

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

a) *Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;*

b) *Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN*

c) *Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;*

d) *El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.*

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

<sup>4</sup> Reglamento de Reclamos de OSITRAN

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

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

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

<sup>5</sup> Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

**3.1.2 Recurso de Apelación**

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

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

*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”.*



OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)<sup>6</sup>, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

- 16.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 materia de impugnación fue notificada a MOLINOS el 7 de enero de 2015.
  - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 28 de enero de 2015.
  - iii.- MOLINOS presentó su recurso de apelación el 27 de enero de 2015, es decir, dentro del plazo legal.
- 17.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG<sup>7</sup>, 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.
- 18.- 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

#### III.2.1 Sobre la naturaleza del cobro por concepto de "recargo por cuadrilla no utilizada"

- 19.- 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:

<sup>6</sup> Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

*"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación*

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

<sup>7</sup> 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".*

**1.23.97 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."*

- 20.- 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).
- 21.- 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.
- 22.- 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]

23.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en las notas ampliatorias de la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"<sup>8</sup>. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

*"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada*

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

<sup>8</sup> <http://www.apmterminalsallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios.y.recargos-deotrosservicios08072013.pdf>





*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 soliciten el término de operaciones antes del término de la jornada.*

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

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

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

- 24.- 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.
- 25.- 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 se utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
- 26.- 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]

- 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” 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.



- 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 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.
- 29.- Ahora bien, a fin de conocer la responsabilidad de APM es conveniente analizar la forma mediante la cual la Entidad Prestadora se organiza dentro del Terminal Portuario.

### III.2.2 Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 30.- 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]

- 31.- 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]

- 32.- 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.<sup>9</sup>

- 33.- 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.
- 34.- Asimismo, en relación a lo manifestado por MOLINOS sobre el hecho de que APM no cumplió con remitirles la información del Plan de Descarga, el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios<sup>10</sup>, 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"**

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

- 35.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos<sup>11</sup>, 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".

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

<sup>11</sup> Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 486-2011-APN/GG y sus modificatorias.



36.- 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".*

37.- 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.

38.- 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.

39.- 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.

40.- Al respecto, cabe señalar que 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.

- 41.- 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.
- 42.- 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. Dicho Plan de Operaciones debe ser informado previamente al usuario, por correo electrónico, a fin de que organice sus recursos y pueda enviar unidades de transporte para el recojo de su mercancía.

### III.2.3 Sobre el cobro de la factura N° 003-0052537

- 43.- 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.
- 44.- Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, 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.
- 45.- Al respecto, cabe señalar que el establecimiento del nivel de descarga en cada operación individual es parte de la facultad de APM de organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente, según considere pertinente y 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.

#### *Sobre el incumplimiento del deber de información a cargo de APM*

- 46.- Sobre el particular, 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 y cuadrillas de estibadores a utilizar por jornada), 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.

- 47.- 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 Aeroportuarios<sup>12</sup>, según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 48.- 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.
- 49.- Siendo esto así, se hace necesario acreditar que el usuario había sido informado por APM sobre 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, a través de los medios previstos en la normativa vigente.
- 50.- 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 la nave, 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.
- 51.- 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

<sup>12</sup> Aprobado por la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.



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.

- 52.- 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 determinada mercancía para la nave CANVASBACK.
- 53.- Ahora bien, APM indicó, tanto en la Resolución N° 1 como en sus descargos, haber remitido al Agente Marítimo y a MOLINOS correo electrónico de fechas 8 y 10 de octubre de 2014, con la Programación de Amarraderos desde la fecha de publicación de la nave hasta la fecha de inicio de sus operaciones, así como el Plan de Descarga, indicando el ETB, inicio de operaciones, bodegas a descargar, cantidad de cuadrillas a trabajar y la secuencia de las mismas. En ese sentido, APM afirmó que en la medida que tanto MOLINOS como el Agente Marítimo de la nave CANVASBACK, habían sido informados del peso total de la carga, el periodo para la descarga y el peso que podía trasladar cada camión, ello determina que MOLINOS tenía pleno conocimiento del nivel de descarga y del número de camiones por jornada.
- 54.- Al respecto, cabe manifestar que tal y como se ha señalado anteriormente, el Reglamento de Operaciones establece el deber de la Entidad Prestadora de comunicar a los usuarios respecto de los detalles de las operaciones en la nave, no existiendo ningún dispositivo legal que traslade tal responsabilidad a los Agentes Marítimos.
- 55.- 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.
- 56.- En relación a este punto, si bien APM ha manifestado que envió correos electrónicos con la Programación de Amarraderos y el Plan de Descarga al agente marítimo y a MOLINOS, de la revisión de dichos documentos no se ha podido apreciar que los mismos hayan estado dirigidos a algún representante de MOLINOS, sino únicamente a los representantes del agente marítimo y a las áreas operativas internas de APM; por lo que la Entidad Prestadora no ha presentado pruebas que acrediten que comunicó a MOLINOS cuál sería el nivel de descarga respecto de la nave antes detalladas. En tal sentido, correspondía a APM informar el referido nivel de descarga, puesto que se encontraba en mejor condición de establecer las condiciones y la forma en que realizará el desembarque de una determinada mercancía por operación; incumpliendo así con su deber de información, que forma parte de las obligaciones a su cargo en la prestación de sus servicios.



- 57.- Cabe resaltar que si bien MOLINOS 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.
- 58.- En ese sentido, APM no prestó los servicios a su cargo cumpliendo con las obligaciones que le correspondían como Entidad Prestadora, en la medida que 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 por jornada), a efectos de permitirle al usuario, en este caso MOLINOS, calcular el número de unidades vehiculares a enviar, así como la frecuencia en que debía enviarlos en un determinado lapso de tiempo.

***Sobre la carga de la prueba de las paralizaciones y la prolongación de la jornada***

- 59.- Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, es preciso señalar que aunque APM indicó que el cálculo de las paralizaciones se llevó a cabo considerando la información contenida en los Controles de Tarja y en los Reportes de Estados de Hecho, este Tribunal ha podido observar que la Entidad Prestadora únicamente adjuntó a la Resolución N° 1 copias de los Estados de Hechos de la nave CANVASBACK, sin adjuntar las copias de los Controles de Tarja correspondientes.
- 60.- Asimismo, en la medida que las bodegas N° 1, N° 2, N° 3 y N° 5 de la nave CANVASBACK contenían mercancía tanto de la apelante como de otras empresas consignatarias, a fin de poder determinar si existieron las paralizaciones alegadas por APM, era necesario contar con algún medio probatorio aportado por la Entidad Prestadora que acreditara que las paralizaciones en cuestión eran imputables a la presunta falta de camiones correspondiente a la mercancía a descargar por parte de MOLINOS y que además, ellas hubieran originado una prolongación de las horas de trabajo.
- 61.- Sobre el particular, si bien se observa que en las copias de los Estados de Hechos la Entidad Prestadora registró la existencia de paralizaciones en la descarga de la mercancía correspondiente a las bodegas N° 1, N° 2, N° 3 y N° 5, la información contenida en dichos documentos no permite identificar si dichas paralizaciones corresponden a la ausencia de camiones imputables al apelante o a otro usuario, considerando justamente que dichas bodegas eran compartidas por diversas empresas consignatarias; máxime si los documentos en mención presentados por APM solo constituyen una declaración de parte, en la medida que no cuentan con la firma del representante del navío ni del consignatario.
- 62.- En ese sentido, con la finalidad de poder contar con los elementos de juicio necesarios para resolver el presente recurso, mediante Oficio N° 154-17-TSC-OSITRAN del 22 de febrero de 2017, la Secretaría Técnica de los Tribunales del OSITRAN solicitó a APM remita las Notas de Tarja que sustenten la aplicación del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada, cobrado mediante la Factura N° 003-0052537, correspondiente a las operaciones de descarga de las bodegas N° 1, N° 2, N° 3 y N° 5 de la nave CANVASBACK.



- 63.- Al respecto, mediante Carta N° 0178-2017-APMTC/CL de fecha 24 de febrero de 2017, APM únicamente remitió a la Secretaría Técnica el Reporte Final de Operaciones, Estado de Hechos, Notas de Tarja Granel, así como fotografías de Listados de Verificación, Tickets de Ingreso y Tickets de salida, correspondiente a la nave CANVASBACK, mfto. 2014-32384.
- 64.- En relación a ello, considerando que las bodegas N° 1, N° 2, N° 3 y N° 5 eran compartidas por el apelante junto con otras empresas consignatarias, este Tribunal ha podido observar que de los documentos presentados por APM no es posible identificar ni acreditar que las paralizaciones de 05:13 horas en las operaciones de descarga aludidas por la Entidad Prestadora, sean de responsabilidad o imputables a MOLINOS, así como tampoco que de la información contenida en los documentos presentados por APM, sea posible determinar la existencia de prolongación de las horas de trabajo del personal de la Entidad Prestadora asignado para la descarga de la mercancía como consecuencia de las paralizaciones que se imputan al apelante.
- 65.- A mayor abundamiento, es preciso destacar además que tanto en su escrito de reclamo como en el de apelación, MOLINOS manifestó expresamente que la descarga la había realizado en un número menor de jornadas que las que habían sido previstas en el Plan de Descarga; afirmación que no ha sido negada o contradicha por APM.
- 66.- Ahora bien, corresponde recordar que en el Tarifario de APM se indican los supuestos en los cuales se aplica el Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada. Así, en dicho documento se establece lo siguiente:

"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 soliciten el término de operaciones antes del término de la jornada.

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

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



[El subrayado es nuestro]

- 67.- Conforme se puede apreciar, de acuerdo con el tarifario de APM, el Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada se aplica cuando el servicio estándar se suspende o cancela por decisión o responsabilidad de la nave o del consignatario, precisándose que en caso de suspensión, procederá el recargo siempre y cuando la suspensión prolongue las horas de trabajo del personal asignado por la entidad prestadora de acuerdo al Plan de Operaciones.
- 68.- Teniendo en cuenta dicha disposición, para que proceda un Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada consecuencia de una suspensión, resulta necesario que dicha paralización haya generado una extensión o prolongación de la jornada de trabajo del personal asignado por APM para realizar la descarga de la nave.
- 69.- Consecuentemente, se desprende que aun cuando se haya presentado demora al inicio de la jornada o paralizaciones posteriores, si las labores de descarga se realizan dentro de una misma jornada o dentro de las jornadas inicialmente previstas, sin que exista una prolongación de las jornadas de trabajo; no se configurará el supuesto de cobro del recargo previsto en el tarifario de APM.
- 70.- Ello tiene sentido en la medida que ante la inexistencia de la extensión de la jornada o jornadas de trabajo inicialmente previstas, carecería de sustento el cobro de un Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada, al no haberse constatado un perjuicio económico para la entidad prestadora, en la medida que el Plan de Operaciones no se ha visto modificado y no se han producido "tiempos muertos" imputables al usuario que hayan prolongado las jornadas de trabajo inicialmente previstas, no existiendo costo de oportunidad que compensar.
- 71.- Siendo así, de la revisión del expediente no se ha acreditado que respecto de las operaciones de descarga realizadas por el apelante sobre la mercancía contenida en las bodegas N° 1, N° 2, N° 3 y N° 5 de la nave CANVASBACK, se hayan generado paralizaciones que hayan producido una prolongación de la jornada de trabajo del personal de APM.
- 72.- En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto entre los considerandos 46 a 71 de la presente resolución, no corresponde el cobro del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada recogido en la factura N° 003-0052537.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN<sup>13</sup>;

<sup>13</sup> **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...) La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;

a) Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;

b) Integrar la resolución apelada;

c) Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda."



**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.- REVOCAR** la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/1256-2014, y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por MOLINOS & CIA S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., referido a la factura N° 003-0052537, emitida por recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, dejando sin efecto su cobro; quedando agotada la vía administrativa.

**SEGUNDO.- NOTIFICAR** a la empresa MOLINOS & CIA S.A. 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](http://www.ositran.gob.pe).

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

**ANA MARÍA GRANDA BECERRA**

Vicepresidenta

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

*"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia*

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

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