

EXPEDIENTE N° : 92-2014-TSC-OSITRAN

APELANTE : ALICORP S.A.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CS/
APMTC/CS/156-2014

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 18 de agosto de 2015

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

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ALICORP S.A.A. (en adelante, ALICORP o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/156-2014 (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 carta remitida a APM el 30 de enero de 2014, ALICORP solicitó la anulación de la factura N° 003-0032940 cuyo importe asciende a US\$ 4 130,00 (cuatro mil ciento treinta con 00/100 dólares de Estados Unidos de América), emitida por el concepto de compensación de cuadrilla no utilizada. Al respecto, argumentó que su empresa no está dentro de ninguno de los supuestos establecidos en el numeral 5.4.2.1 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM.
- 2.- A través de la Carta N° 471-2014-APMTC/CS, de fecha 05 de marzo de 2014, APM comunicó a ALICORP la ampliación del plazo a 30 días para dar respuesta al reclamo interpuesto por esta última.

- 3.- El 24 de marzo de 2014, APM notificó la Resolución N° 1 declarando infundado el reclamo presentado por ALICORP, de acuerdo con los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, se aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, o el consignatario.
 - ii.- APM señala que el cobro de compensación de cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud, que se aplica 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 como consecuencia de las paralizaciones ocurridas durante las labores de descarga de la nave Global Aker Mfto.2013-2273, las que ascendieron a un aproximado de 10 horas, originadas por la falta de camiones, inconveniente que es de entera responsabilidad de ALICORP.
 - iv.- La falta de camiones afectó la normal operación de la descarga de lubricantes (carga líquida) en la bodega N° 1 de la nave Global Aker los días 30 y 31 de diciembre de 2013, circunstancias que se encuentran registradas en el Reporte de Estado de Hechos de dicha nave, con lo que se comprueba que el cobro del recargo por compensación de cuadrilla facturado a ALICORP es correcto.
 - v.- Respecto a la información que APM debe proporcionar a los usuarios, mencionan que es el agente marítimo de la nave, en este caso, Cosmos Agencia Marítima S.A.C. quien informa a APM acerca del arribo de la nave, indicando el manifiesto, muelle, tipo de carga, toneladas a descargar e información referencial de la nave; luego de lo cual, APM asigna muelle para el atraque de acuerdo a sus características
 - vi.- Asimismo, mencionan que APM tiene la 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.
 - vii.- En ese sentido, al contar con la información de las características de la mercancía a descargar, el agente marítimo de la nave Global Aker, así como la empresa ALICORP, fueron informados del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga (08 jornadas aproximadamente). En

consecuencia, si el total de descarga era de 4,725.00 toneladas; entonces se puede afirmar que ALICORP tenía pleno conocimiento de que el desembarque por jornada sería de 590 toneladas por jornada equivalente a 20 camiones por jornada.

- viii.- Se debe considerar que los usuarios conocen los términos y condiciones del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, así como del Reglamento de Operaciones, los cuales son de conocimiento público. Por ello, los usuarios podrían calcular el periodo máximo en el que deberán desarrollar sus operaciones con la finalidad de evitar el pago por costos adicionales y/o innecesarios, los cuales pueden generarse por el desarrollo ineficiente de las operaciones.
- ix.- Precisamente, los recargos se encuentran regulados en la sección 5.4 del Reglamento de Tarifas de APM y cuentan con una naturaleza similar a la de una penalidad, la cual será cobrada en caso algún usuario incurra en cualquiera de los supuestos detallados en dicha sección. Siendo ello así, el cálculo del monto a cobrar se efectúa como un resarcimiento.
- x.- El artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios, establece que los usuarios deberán utilizar la infraestructura portuaria y los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas establecidas para dicha infraestructura, siempre que estas sean debidamente informadas.
- xi.- De esta manera, se puede concluir que en caso los usuarios del Terminal Portuario no respeten las normas y reglas internas dictadas por APM, en su calidad de Entidad Prestadora, estos deberán asumir las responsabilidades que les compete por no haber actuado conforme a los lineamientos que rigen las operaciones dentro de dicho Terminal Portuario.
- 4.- Con fecha 08 de abril de 2014, ALICORP interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando el argumento de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- En el contrato de concesión se reconoce que es facultad de APM, organizarse, gestionar y programar la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente; por lo que APM es el único responsable de planear las operaciones y determinar los recursos necesarios para ello.
- ii.- En ese sentido, de acuerdo a lo establecido en la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN, para el caso particular de compensación por cuadrilla no utilizada, APM debe comunicar al usuario las características de la operación, tanto el

tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria y otros que le permitan al usuario calcular la cantidad de camiones que debe proveer para poder llevar a cabo la operación de descarga que se ajuste al plan de operaciones elaborado por APM.

- iii.- Si APM pretende que un usuario pague el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, resulta necesario que las pruebas demuestren que se trata de una situación que no ha sido inducida por el terminal portuario, o que éste ha otorgado las herramientas necesarias para poder impedir la generación de sobrecostos.
 - iv.- En ese sentido, resultaría poco razonable para el presente caso, que se pretenda el cobro por cuadrilla no utilizada cuando el origen del mismo ha sido motivado por una acto u omisión del usuario que no pudo ser evitado, ya que APM no cumplió con remitir información suficiente que permita el envío de los camiones necesarios para poder cubrir la operación de desembarco y el manejo de la carga de manera efectiva.
- 5.- El 02 de mayo de 2014, 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 que declaró infundado el reclamo de ALICORP, añadiendo lo siguiente:
- i.- El problema que generó retraso en el desarrollo de las operaciones y que ocasionó que las mismas no puedan realizarse de manera continua y fluida, obedeció a que existieron periodos de falta de camiones y/o envío insuficiente para la atención de las operaciones de la nave Global Aker.
 - ii.- La falta de camiones afectó la normal operación de la descarga en la bodega N° 1 de la nave Global Aker los días 30 y 31 de diciembre de 2013, las que se encuentran en el Reporte de Estado de Hechos de dicha nave y en el reporte de camiones que ingresaron para el recojo de la mercancía perteneciente a las autorizaciones N° 23860 y 23861.
 - iii.- A manera de ejemplo de la falta de camiones, indicó lo siguiente:
 - El camión de placa T2Y88g ingresó el 05 de enero de 2014 a las 16:29 horas, ocurriendo que desde esa hora no se generó el ingreso de ningún camión hasta las 17:42 horas en las que ingresó el camión de placa T1Y858, generando un tiempo de espera de 01 hora con 13 minutos.



- El camión de placa T1Y852 ingresó el 05 de enero de 2014 a las 21:33 horas, ocurriendo que desde esa hora no se generó el ingreso de ningún camión hasta las 22:32 horas en las que ingresó el camión de placa T4R935, generando un tiempo de espera de 58 minutos.
- iv.- 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 y en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM.
- v.- Asimismo, el cobro de los recargos no responden a la prestación de un servicio, sino que son cobrados como parte del derecho con el que cuenta el administrador portuario para organizar sus operaciones de manera eficiente al interior del Terminal. En ese sentido, el cálculo del monto a cobrar por recargo es similar al pago de una compensación, puesto que responde a los daños y perjuicios ocasionados por los usuarios durante el desarrollo de las operaciones a cargo de APM.
- vi.- Siendo así, 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 antes señalado, 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.
- vii.- Por otro lado, los usuarios cuentan con toda la información necesaria y suficiente para realizar la planificación de sus operaciones al interior del terminal. Además, se debe tener en cuenta que los usuarios son quienes manejan la información conveniente y necesaria para el desarrollo de sus operaciones, dependiendo del tipo de carga y de las particularidades de la misma.
- viii.- Para el presente caso, Cosmos Agencia Marítima S.A.C. fue quien comunicó a APM el arribo de la nave, sus características y el total de la carga a descargar. Dicha información fue transmitida a la Entidad Prestadora mediante la solicitud de atraque de la nave Global Aker, manifiesto 2013-2273. Es después de recibida dicha información, que APM asigna un muelle para el atraque de la nave de acuerdo con sus características, la cual fue oportunamente confirmada por el agente marítimo (Cosmos).

- ix.- Con toda esa información, el Agente Marítimo, así como los demás operadores y usuarios intervinientes en la operación, fueron informados por APM del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga (08 jornadas aproximadamente). Siendo así, si 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 4,725.00 toneladas; y, iii) que cada camión podía movilizar treinta (30) toneladas, por lo que se puede afirmar que ALICORP tenía pleno conocimiento de que el desembarque por jornada sería de 590 toneladas equivalente a 20 camiones por jornada.
- x.- Asimismo, recalcó que el número de camiones a enviar siempre se encontrará en relación directa con la capacidad de carga de los mismos, el cual solo puede ser definido por el consignatario o responsable de retirar la carga del Terminal Portuario.
- 6.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 21 de julio de 2015 con la asistencia de la parte apelante. El 22 de julio de 2015, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de ALICORP quien realizó el informe oral correspondiente reiterando los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento, quedando la causa al voto.
- 7.- A través del Oficio N° 403-15-STSC-OSITRAN (en adelante, el Oficio del TSC), notificada el 22 de julio de 2015, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a APM remita los documentos que acrediten que cumplieron con lo establecido en el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios y su Reglamento de Operaciones, e informaron los niveles de descarga que se realizarían por operación para la atención de la carga a granel de la apelante, referida a la nave Global Aker.
- 8.- Mediante escrito de fecha 30 de julio de 2015, APM presentó alegatos finales, reiterando los argumentos esgrimidos en su Resolución N° 1 y en su escrito de absolución, señalando, además, lo siguiente:
- i.- La falta de camiones, los cuales deben ser contratados y proporcionados directamente por el usuario, generó paralizaciones innecesarias en las operaciones portuarias, lo cual afectó el procedimiento de descarga de las diferentes bodegas de las naves que arribaron al Terminal Portuario y cuyas operaciones son objeto de revisión. De esta manera, debido a la naturaleza de la carga, y considerando que ésta no podía ser depositada en el área operativa del puerto, se prolongaron las horas de trabajo del personal de APM y se tuvieron muchos tiempos muertos, durante la operación de descarga, hecho que generó la aplicación del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada a ALICORP.

- ii.- 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, 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.
 - iii.- Lo indicado en el párrafo anterior, ha sido respaldado en la Resolución Final emitida en el expediente N° 115-2013-TSC-OSITRAN, la cual señaló que a partir de la información remitida por el agente marítimo, APM asigna los amarraderos y muelles, determina la prioridad de atención, así como las horas de ingreso, permanencia y salida de las naves en el puerto.
 - iv.- APM 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 cual se realiza tres veces al día de acuerdo con el desarrollo de las operaciones.
 - v.- En base a la información que le comunican los agentes marítimos, así como la información publicada vía website por el Administrador Portuario, los usuarios se encuentran en la capacidad de calcular el período en el que se realizarán las operaciones de una nave, así como de determinar el número de camiones que requieren para recoger su carga, con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales.
- 9.- A través de la Carta N° 978-2015-APMTC/CL, recibida por OSITRAN el 11 agosto de 2015, APM remitió, entre otros documentos, el "*Stowage Plan*" (Plan de estiba o desembarque) correspondiente a la nave Global Aker, señalando lo siguiente:
- i.- En relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega, señaló que son los usuarios quienes poseen dicha información, al ser quienes solicitan (a través de su Agente Marítimo) los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque o descarga, lo que se puede acreditar en el referido "*Stowage Plan*". Agregó que, en el referido documento se puede verificar información referente a la cantidad de mercadería que contiene cada bodega y a qué consignatario pertenece.
 - ii.- La información relacionada con el número de jornadas que necesitará cada nave para culminar las operaciones, se puede encontrar en su página web www.apmterminalscaillao.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 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.- Sin embargo, en el caso de las coordinaciones para las operaciones de la nave Global Aker, el agente marítimo y consignatarios de la mercancía no solicitaron asistir a la junta de puertos, a pesar de la importancia de la información que se brinda en la misma.
- v.- En consecuencia, señalan que de lo alegado en los párrafos precedentes, no es posible sostener que APM no informa de las características de cada operación.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

10.- 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° 003-0032940, 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

11.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM¹, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución



¹ Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN.

3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)², el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

- 12.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 1 de APM, que contiene la decisión de declarar infundado el reclamo, fue notificada a ALICORP el 24 de marzo de 2014.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 11 de abril de 2014.
 - iii.- ALICORP presentó su recurso de apelación el 08 de abril de 2014, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.
- 13.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG³, 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.
- 14.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

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

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

² Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

³ Ley N° 27444

"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".

- 15.- 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."

- 16.- 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).
- 17.- 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.
- 18.- 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.]

- 19.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁴. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada"

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

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

Este cargo se aplica también en el caso que la nave o el consignatario 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".

- 20.- 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.
- 21.- 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.



⁴ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>

- 22.- 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".

- 23.- 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]

- 24.- 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.
- 25.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que la Entidad Prestadora deja de percibir por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.
- 26.- En el presente caso, ALICORP alega que debe anularse el cobro por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada durante las operaciones de descarga directa de carga a granel, aduciendo que fue APM quien no remitió la información necesaria relacionada a las características de la operación que le permitiese organizarse a fin de enviar los camiones suficientes para el retiro de su carga.
- 27.- Por otro lado, APM afirma 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.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 28.- 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]

- 29.- 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]

- 30.- 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.⁵

- 31.- 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.
- 32.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios⁶, 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".

- 33.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos⁷, 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".

⁵ 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.

⁶ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

⁷ Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 486-2011-APN/GG y sus modificatorias.

34.- 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".

35.- 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.

36.- 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.

37.- 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.

38.- 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° 003-0032940

- 39.- 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.
- 40.- 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.
- 41.- En el caso bajo análisis, conforme se desprende de su escrito de absolución del recurso de apelación, APM realizó directamente la descarga de carga a granel desde la nave a los vehículos de transporte terrestre que ALICORP dispuso para el retiro de dicha carga del Terminal Portuario.
- 42.- APM sostiene que durante la operación de descarga hubo un retraso de 10 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.
- 43.- 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.
- 44.- 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.

- 45.- 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.
- 46.- Ello es concordante con lo establecido en el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios⁸, según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 47.- En el caso de que APM no determine un nivel de descarga general y fijo para todas las operaciones, sino que más bien depende de los recursos con los que cuenta y de la organización para cada operación; entonces, de acuerdo con el Reglamento de Operaciones, la oportunidad para informar a los usuarios cuál será el volumen de descarga individual será al momento de establecer y comunicar el respectivo Plan de Operaciones.
- 48.- 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.
- 49.- 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.
- 50.- Como se ha mencionado anteriormente, a través del Oficio N° 403-15-STSC-OSITRAN se solicitó a APM remita los documentos que acrediten si habrían cumplido con informar a la apelante los niveles de descarga que se realizaría por operación para la atención de la carga a granel de ALICORP, referida a la nave Global Aker. En virtud a ello, la Entidad Prestadora presentó la Carta N° 978-2015-APMTC/CL, la cual contiene, el plan de estiba y/o descarga de la referida nave, reiterando que con relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega los usuarios cuentan con tal información pues a través de sus agentes marítimos solicitan los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque o descarga, y agrega que la información sobre el número de jornadas que

⁸ Aprobado por la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

necesita cada nave para culminar las operaciones fue informada a través de su página web.

51.- 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 (ALICORP) 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 ALICORP 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, cabe acotar que en dicha programación no se verifica que se consigne información referida a la cantidad de cuadrillas a utilizar, no habiéndose establecido tampoco el nivel de descarga conforme al cual se efectuará el desembarque de una determinada mercancía.

52.- De los medios probatorios presentes no se observa documento alguno que acredite que APM comunicó a ALICORP cuál sería el respectivo nivel de descarga (máxime si fue la propia Entidad Prestadora quien manifestó que por lo menos se debió disponer de 20 camiones a fin de realizar una descarga de 590 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.

53.- Ahora bien, APM ha señalado que es el agente marítimo el encargado de brindar las características de la mercancía a descargar, toneladas a trabajar e información referencial de la nave, hecho que supondría que todos los usuarios e intervinientes en esta operación de descarga ya 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.

54.- Al respecto, cabe señalar que si bien los usuarios tienen pleno conocimiento de la cantidad de mercancía a descargar, ello no implica que conozcan cómo ejecutará tal operación APM, dado que aquella es la única entidad en condiciones de

establecer las características de la descarga de mercancía. En efecto, APM al detentar el control y manejo de la actividad, puede establecer cuántas toneladas podrá atender y los recursos que requiere para una determinada operación.

- 55.- 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 ALICORP, calcular el número de unidades vehiculares a enviar, así como la frecuencia en que debía enviarlos en un determinado lapso de tiempo.
- 56.- Cabe resaltar que si bien ALICORP 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 de APM, empresa que finalmente conoce de antemano la prioridad, velocidad, día y hora en la que puede ser realizada la descarga.
- 57.- Finalmente, en cuanto a los tickets 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 al apelante. Por ello, mal hace APM al pretender exigir la obligación del usuario de enviar medios de transporte para el retiro de su carga, cuando éste nunca tuvo conocimiento de las condiciones ni el momento en que debía enviar los referidos camiones.
- 58.- 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 ALICORP 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.

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/156-2014 y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por ALICORP PERÚ S.R.L. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° 003-



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 92-2014-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 002

0032940 emitida 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 ALICORP PERÚ S.R.L. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución, así como el Oficio N° 018-14-GRE-OSITRAN.

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