



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° 155-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 002

EXPEDIENTE N° : 155-2013-TSC-OSITRAN
APELANTE : AGROINDUSTRIA SANTA MARÍA S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CS/659-2013

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 8 de julio 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 AGROINDUSTRIA SANTA MARÍA S.A.C. (en adelante, AGROINDUSTRIA o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/659-2013 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Mediante escritos de fecha 6 y 8 de agosto 2013, AGROINDUSTRIA solicitó la anulación de la factura N° 003-0011641 cuyo importe asciende a US\$ 18 172,00 (dieciocho mil ciento setenta y dos con 00/100 dólares de Estados Unidos de América), emitida por el concepto de compensación de cuadrilla no utilizada, argumentando que nunca solicitó el servicio de cuadrilla y desconociendo los servicios solicitados a través de la junta de operaciones del puerto, para la atención de la nave Oslo Bulk6. Agregó que correspondía a APM demostrar que la apelante requirió el referido servicio.
- 2.- Por Carta N° 916-2013-APMTC/CS, de fecha 26 de agosto de 2013, APM comunicó a AGROINDUSTRIA la ampliación del plazo de 15 días adicionales para dar respuesta al reclamo interpuesto por esta última.
- 3.- El 18 de septiembre de 2013 APM expidió la Resolución N° 1 declarando infundado el reclamo presentado por AGROINDUSTRIA, por los siguientes argumentos:



- i.- De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 5.4.2.1 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, se aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes, dependiendo del contrato de fletamento.
 - ii.- 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 Oslo Bulk6, las que ascendieron a un aproximado de 44 horas, durante los tres turnos programados entre el 12 y el 14 de junio de 2013, y que fueran originadas por la falta de medios de transporte que debieron ser enviados por el dueño de la mercancía para su retiro.
 - iii.- De la información que figura en el Reporte de Estado de Hechos, se puede verificar el tiempo total de paralización de las operaciones de la nave Oslo Bulk 6 como consecuencia de la falta de camiones, lo que resulta ser responsabilidad directa de AGROINDUSTRIA.
- 4.- Con fecha 3 de octubre de 2013, AGROINDUSTRIA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- Las unidades de transporte no pudieron ingresar al puerto por falta de balanza, lo que demostraría que las operaciones no se realizaron de manera regular por razones que deben ser imputables a APM, lo que ha quedado demostrado por los reportes GPS de los camiones que estuvieron en espera fuera del puerto.
 - ii.- Los camiones estuvieron disponibles en todo momento, sin embargo, las excesivas colas formadas en las inmediaciones del Terminal Portuario, así como la falta de balanzas (como parte de la operación), fueron obstáculos que no les permitieron disponer de su mercancía.
 - iii.- Recae en APM la carga de la prueba de demostrar la existencia de balanzas disponibles en los días en cuestión. Se puede afirmar que las demoras en el recojo de la carga, que originaron la utilización de la cuadrilla, fueron responsabilidad de la Entidad Prestadora.
 - iv.- Asimismo, no resulta suficiente que APM presente como única prueba de sus alegaciones, el respectivo reporte de hechos para acreditar los sucesos materia de cuestionamiento, por lo que debió de generar medios probatorios suficientes para sustentar su pronunciamiento, habiéndose vulnerado el principio de verdad material recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.



- v.- Finalmente, señaló que la resolución emitida por APM era nula al no estar debidamente motivada, ello de conformidad con el numeral 10.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 5.- El 28 de octubre de 2013, 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 AGROINDUSTRIA, añadiendo lo siguiente:
- i.- Los recargos se cobran excepcionalmente a los usuarios del Terminal Portuario de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Tarifas de APM. En ese sentido, dichos recargos serán cobrados cuando en el transcurso de una relación comercial, existente entre el operador portuario y los mencionados usuarios, surge uno de los hechos generadores comprendidos dentro de los supuestos regulados en la sección 5.4 del referido reglamento.
 - ii.- Siendo así, APM se encuentra facultada a cobrar los siguientes tipos de recargos: i) Generales, ii) por los servicios prestados a la nave y iii) por los servicios prestados a la carga, encontrándose dentro de este último, el supuesto referido a la compensación de cuadrilla no utilizada.
 - iii.- El recargo por Compensación de Cuadrilla es un recargo y no una solicitud que se aplica al usuario cuando se comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave ésta se perjudica por causas ajenas a su responsabilidad.
 - iv.- De la verificación de la Autorización de Descarga Directa Internacional N° 11647 solicitada por AGROINDUSTRIA, para la descarga de 6 112.300 toneladas de granel sólido llegadas de la nave Oslo Bulk 6, se comprobó que la apelante no envió unidades de transporte de manera constante, lo que posteriormente originó que no pudiera realizar el retiro de su carga de manera regular, incurriendo en paralizaciones.
 - v.- Asimismo se verificó que AGROINDUSTRIA utilizó un mismo vehículo hasta en 5 oportunidades, comprobándose con ello que al realizar dicho camión diferentes viajes, la apelante no contaba con las unidades suficientes para realizar una descarga regular de su mercancía.
 - vi.- Del reporte de todos los camiones que ingresaron para el recojo de la mercancía, se pudo verificar que de las 219 unidades de transporte que dispuso AGROINDUSTRIA para el retiro de su carga, 186 fueron distribuidas para realizar varios viajes en un solo día, y solo 69 camiones ingresaron una sola vez al Terminal Portuario.



- vii.- En cuanto a la alegación de la reclamante referido a que no hubieron balanzas suficientes para el ingreso regular de las unidades de transporte, indicó que APM atiende a sus usuarios de acuerdo a su orden de llegada, no teniendo la facultad ni la posibilidad de dar preferencias en el ingreso o salida de las unidades del Terminal Portuario. Por ello, el acceso a las instalaciones (balanzas) de APM se encuentra disponible las 24 horas del día y los 365 días del año. En ese sentido, a través del reporte de todos los camiones y tickets emitidos, se puede constatar que la atención a las unidades de transporte de AGROINDUSTRIA se realizó en forma regular y continua entre el 12 y 14 de junio de 2013, tiempo en el cual se desarrollaron las operaciones de descarga de la mercancía proveniente de la nave Oslo Bulk 6.
- viii.- Respecto al argumento de AGROINDUSTRIA relativo a que no se le solicitaron pruebas adicionales para corroborar los hechos suscitados, en supuesta falta al principio de verdad material, indicó que debía considerarse que independientemente de la forma mediante la cual la reclamante hubiera puesto en conocimiento del administrador portuario un supuesto cobro indebido, la Entidad Prestadora debía evaluar la razón por la cual los usuarios cuestionaban o se negaban a cancelar las facturas emitidas con ocasión de la prestación de un determinado servicio. En el presente caso, AGROINDUSTRIA solicitó se dejara sin efecto la emisión de la factura N° 003-0011641 por un presunto cobro indebido, por lo que teniendo en cuenta la pretensión inicialmente planteada por el usuario, APM procedió a realizar el análisis correspondiente a tal pretensión, a efectos de determinar si el cobro realizado a AGROINDUSTRIA fue indebido o no.
- ix.- Por ello, APM señaló que el recargo no correspondía a una solicitud de servicio sino a un recargo conforme lo establece su Reglamento de Tarifas. Asimismo, brindó a la apelante los medios probatorios con los que sustentó su respuesta.
- x.- APM rechaza lo señalado por AGROINDUSTRIA referidos a que los argumentos indicados en la Resolución N° 1 no constituyen una motivación adecuada para fundamentar su decisión correspondiente respecto al objeto del reclamo, motivo por el cual dicho acto administrativo debe ser declarado nulo.
- 6.- A través del Oficio N° 275-15-STSC-OSITRAN (en adelante, el Oficio del TSC), de fecha 9 de junio de 2015, la Secretaría Técnica del TSC solicitó a APM precise si había cumplido con informar a la apelante, el nivel de descarga que resultaría necesario realizar por operación, para efectuar el desembarque de la carga de granel sólido de ADM con el fin de verificar si cumplió con lo señalado en el Plan de Operaciones o reuniones Pre-operativas.
- 7.- Mediante Carta N° 672-2015-APMTC/CL, de fecha 23 de junio de 2015, APM remitió, entre otros documentos, el "Stowage Plan" (Plan de estiba o desembarque) correspondiente a la nave Oslo Bulk6, 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.- Por otro lado, la información relacionada con el número de jornadas que necesitará cada nave para culminar las operaciones, se puede encontrar en su página web www.apmterminalscallao.com a través de la opción "programa de naves", la cual es actualizada tres veces al día, precisando que el área de tráfico es la encargada de enviar directamente a los usuarios tal información.
 - iii.- Con relación a la información referida a la cantidad de cuadrillas que APM dispone para cada operación, ésta es transmitida a los agentes marítimos que participan en las reuniones pre-operativas, realizadas diariamente desde las 10: horas en sus instalaciones, a fin de 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.- En el caso de las coordinaciones para las operaciones de nave Bunga Lotus, el agente marítimo y consignatarios de la mercancía no solicitaron asistir a las reuniones pre-operativas a pesar de la importancia de la información a brindarse en ella respecto a las operaciones de su mercadería, motivo por el cual no cuentan con la firma de ningún representante en la asistencia a la junta de puertos.
 - v.- Si bien APM no cuenta con un documento con el detalle de la información que se brinda en las mencionadas reuniones, resulta lógico que al ser una reunión de coordinación de operaciones, en aquella se informan las características propias de cada operación, de no ser así, son los mismos agentes marítimos o consignatarios que se encuentren presente, las encargadas de solicitarla, pues las líneas navieras son las principales interesadas, al realizar las labores de supervisión, respecto del cumplimiento de las operaciones ejecutadas por APM.
 - vi.- En consecuencia, no es posible sostener que APM no informa de las características de cada operación.
- 8.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), las partes no asistieron a la audiencia de conciliación que se llevó a cabo el 19 de junio de 2014. El 23 de junio de 2014, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de los representantes de ambas partes quienes realizaron el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.



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° 003-0011641, emitida por el servicio de compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 10.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM¹, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)², el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 11.- 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 AGROINDUSTRIA el 18 de septiembre de 2013.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 10 de octubre de 2013.
 - iii.- AGROINDUSTRIA presentó su recurso de apelación el 3 de octubre de 2013, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.

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

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

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

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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



- 12.- 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.
- 13.- 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 falta de motivación y validez de la Resolución N° 1

- 14.- Al respecto, es importante recalcar que ADUAMÉRICA manifestó que la Resolución N° 1 emitida por APM era nula al no estar debidamente motivada, ello de conformidad con el numeral 10.2 de la LPAG.
- 15.- Sobre el particular, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN, dentro del procedimiento de reclamos las empresas prestadoras tienen el carácter de "Entidad de la Administración Pública" conforme al numeral 8 del artículo I de la LPAG⁴, siéndoles exigibles las disposiciones de dicho reglamento y en lo no previsto, las de la referida ley.
- 16.- Por consiguiente, según lo prescrito en el artículo 3 de la LPAG⁵, la motivación es uno de los requisitos de validez que APM debe observar cuando emite actos administrativos que resuelven los reclamos de los usuarios⁶.

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".

⁴ LPAG

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

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

(...)

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

⁵ LPAG

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico

- 17.- Asimismo, el numeral 6.1 del artículo 6 de la LPAG prescribe que la motivación deberá ser expresa, mediante:
- a) Una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico; y,
 - b) La exposición de las razones jurídicas y normativas que, con referencia directa a los hechos alegados, justifican el acto adoptado.
- 18.- Por otro lado, y en la línea de lo antes señalado, de acuerdo con el artículo 10 de la LPAG, una causal de nulidad del acto administrativo es el defecto u omisión de uno de sus requisitos de validez, siendo uno de dichos requisitos el relativo a la motivación del acto administrativo, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación a los que se refiere el artículo 14 de la misma norma.
- 19.- En el presente caso, AGROINDUSTRIA a través del reclamo de fecha 6 de agosto de 2013, solicitó la anulación de la factura N° 003-0011641 señalando que nunca requirió de algún servicio relacionado con la cuadrilla y además correspondía a APM demostrar que la apelante lo requirió.
- 20.- Siendo así, en la Resolución N° 1 se señaló como primer punto, el sustento legal de cuáles podrían ser las causales que originan la aplicación del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada. Asimismo, se verificó que APM explicó cuál sería el motivo que habría generado que se aplique el referido recargo.
- 21.- Como se puede apreciar, la Resolución N° 1 sí se pronunció respecto a los puntos alegados por AGROINDUSTRIA en su reclamo (referidos al motivo y origen por el cual aplicaba el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada). Asimismo, contiene los fundamentos jurídicos que sustentaron la decisión adoptada.
- 22.- Por otro lado, AGROINDUSTRIA también manifestó que el reporte de hechos no podía ser considerado como único medio probatorio para acreditar el suceso materia de cuestionamiento, situación por el cual se habría vulnerado el principio de verdad material recogido en la LPAG, pues la apelante consideró que APM debió de generar medios probatorios suficientes para sustentar su pronunciamiento.
- 23.- Al respecto, no se verifica que APM haya vulnerado el principio de verdad material, pues en atención a lo estrictamente requerido por AGROINDUSTRIA, señaló claramente las condiciones que consideraba justificaban la aplicación del referido recargo, siendo el Reporte de Hechos, un documento que se constituyó en un sustento

(...)"

⁶ Sobre este tema ver la Resolución Final emitida en el Expediente N° 012-2011-TSC-OSITRAN.

más de la Entidad Prestadora para indicar cómo es que dicho recargo se habría originado. En tal sentido, este Tribunal considera que para tal efecto, no resultaba necesaria una petición de información adicional, pues lo que corresponderá evaluar seguidamente, es la pertinencia de la aplicación del referido recargo atendiendo a los hechos alegados por ambas partes y a la normativa vigente.

- 24.- En ese sentido, la Resolución N° 1 cumple con todos los requisitos de validez para la emisión de un acto administrativo, por lo que corresponde a este Tribunal desestimar en este extremo la pretensión planteada por AGROINDUSTRIA, y proceder a realizar el análisis de fondo y verificar si correspondía que APM efectuara el cobro de la factura N° 003-0011641.

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

- 25.- 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.”

- 26.- 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).

- 27.- 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.
- 28.- 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.]



29.- El artículo 1.5.21 del Reglamento de Tarifas de APM, vigente a la fecha de sucedidos los hechos⁷, define al recargo de la siguiente manera:

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

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

"5.4.2.1 Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

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

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

De la misma forma, este recargo será aplicado en caso la línea naviera requiera ser atendida fuera del horario programado por el Terminal, o cuando se dispongan las cuadrillas para la atención a la nave y ésta por razones no imputables al terminal, demore su atraque e inicio de operaciones⁸

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".

31.- En tal sentido, el "recargo por compensación de cuadrilla no utilizada", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, es una compensación que 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.

32.- Como se puede advertir, el cobro por un recargo no deviene de una contraprestación económica por algún servicio brindado por la Entidad Prestadora a un usuario, sino que se genera, a modo de compensación, por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que

⁷ Versión 1.7, vigente desde el 23 de abril de 2013.

⁸ El cobro se realizará desde que la cuadrilla está disponible hasta el inicio de operaciones. (Nótese que las Jornadas son las siguientes 7:00, 15:00 y 23:00 horas)

no utilice un personal asignado para el servicio solicitado, puesto 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.

- 33.- En el presente caso, AGROINDUSTRIA 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 brindó un servicio idóneo al no contar con los recursos necesarios para la atención de los camiones que envió al Terminal Portuario, lo que originó que se proceda indebidamente al cobro de dicho recargo.
- 34.- 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

- 35.- 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]

- 36.- 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]

- 37.- 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.⁹

- 38.- 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.
- 39.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁰, 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”.

- 40.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹¹, señala en su artículo 6 que “es responsabilidad de APM Terminals:

⁹ 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.

¹⁰ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

¹¹ Aprobado por la APN el 11 de octubre de 2011. En: http://www.apmterminals.com/uploadedFiles/americas/callao_es-PE/terminalinfo/RO%20APMT.pdf.



planificar, coordinar, **comunicar** y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión”.

41.- En los artículos 49 y 51 del mencionado Reglamento de Operaciones se establece:

“Artículo 49.- 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 51.- 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.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento”.

42.- 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.

43.- 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.

44.- 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.

45.- 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° 003-0011641

- 46.- El artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN prescribe que en los reclamos relacionados con facturación, 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.
- 47.- 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.
- 48.- En el caso bajo análisis, conforme se desprende de su escrito de absolución del Recurso de Apelación, APM realizó desde directamente desde el buque Oslo Bulk 6 la descarga de carga sólida a granel de manera directa a los vehículos de transporte terrestre que AGROINDUSTRIA dispuso para el retiro de dicha carga del Terminal Portuario.
- 49.- Con relación al nivel de Servicio y productividad para la carga a sólida granel, en el Anexo 3 del Contrato de Concesión se exige que APM realice en promedio trimestral la descarga de 400 toneladas/hora¹², no habiéndose fijado un nivel de servicio por operación, como si sucede en otros servicios¹³.
- 50.- APM sostiene que durante la operación de descarga materia de análisis hubo un retraso de 44 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.
- 51.- Al respecto, como se indicó anteriormente, para la desestiba de carga sólida a granel en el Contrato de Concesión, el nivel de productividad y servicio exigido no se mide por operación, sino por promedio trimestral, el cual no debe ser menor a 400 toneladas por hora.

¹² Este nivel se incrementará en función a la Ejecución de la Etapa correspondiente, conforme al siguiente detalle establecido en el Numeral II del mencionado Anexo 3:

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

(...)

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

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

¹³ Como ejemplo de lo dicho, en el mencionado Anexo 3 del Contrato de Concesión se establece que el tiempo de inicio de descarga y de zarpe de la nave por operación individual no podrá ser mayor a treinta minutos.



- 52.- Por lo tanto, el Contrato de Concesión permite a APM organizar y determinar de manera libre su capacidad de descarga en cada operación individual, y cumplir con sus obligaciones, siempre que dicha descarga no sea menor al referido promedio trimestral. Esto significa que en cada operación individual, el usuario deberá respetar el nivel de descarga decidido por APM.
- 53.- Dicho de otro modo, el establecimiento del nivel de descarga en cada operación individual es parte de la facultad de APM para organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente, según considere pertinente, de acuerdo con los recursos (operativos, humanos, financieros) con los que cuente y respetando los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico.
- 54.- Al respecto, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través de la Nota N° 073-2013-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.
- 55.- 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.
- 56.- Ello es concordante con lo establecido en el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁴, según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 57.- 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.
- 58.- 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, de conformidad con el artículo 5.4.2.1 del Reglamento de Tarifas de APM.

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



- 59.- 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 que la Entidad Prestadora probara que informó del nivel de descarga al usuario al momento de determinar y comunicar o el Plan de Operaciones o en alguna de las reuniones pre-operativas que la Entidad Prestadora tuvo con el usuario.
- 60.- Al respecto, APM presentó la Carta N° 672-2015-APMTC/CL, la cual contiene, entre otros documentos, el plan de estiba y/o descarga de la nave Oslo Bulk 6. En esta carta, APM reiteró que con relación a la cantidad de toneladas a descargar por bodega los usuarios cuentan con tal información pues a través de sus agentes de aduanas solicitan los servicios a la nave y detallan las especificaciones de cada operación de embarque y desembarque. Consecuentemente, en este caso ADM tenía conocimiento sobre las características de las operaciones a realizarse respecto de su carga. Agregó, que para el caso de la nave Oslo Bulk 6, la apelante no solicitó asistir a las reuniones pre-operativas.
- 61.- Asimismo, APM señaló que al agente marítimo contaba con información sobre las operaciones portuarias de embarque, tales como cantidad de toneladas, jornadas que necesitará para que cada nave pueda culminar sus operaciones y cantidad de cuadrillas a utilizar.

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 (ADM) 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 ADM pueda asignar de manera eficiente la cantidad de vehículos a enviar para su retiro.
- La ausencia del usuario a las reuniones pre-operativas, no exime la obligación de APM de informar a éste los detalles referidos a los aspectos de una determinada operación, pues de conformidad con el Reglamento de Operaciones es su responsabilidad planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones portuarias.
- Finalmente, respecto de la programación de atraques que se encuentran en la página web de APM, en dicha programación no se verifica que se consigne



información respecto de la cantidad de cuadrillas a utilizar, tampoco establece el nivel de descarga en las cuales se efectuará el desembarque de una determinada mercancía.

- 62.- Siendo así, de los medios probatorios presentados en el expediente, no se observa documento alguno que acredite que APM comunicó a AGROINDUSTRIA cuál sería el respectivo nivel de descarga, a fin de poder exigirle al usuario un número determinado de camiones, máxime si fue la propia Entidad Prestadora quien manifestó que los 219 camiones enviados por AGROINDUSTRIA, no fueron suficientes para la atención de la descarga de su mercancía. 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.
- 63.- Al respecto, cabe señalar que si bien los usuarios tienen pleno conocimiento de la cantidad de mercancía a descargar, ello no implica que éstos conozcan cómo ejecutará tal operación APM, dado que aquella es la única entidad en condiciones de establecer las características de la descarga de mercancía. En efecto, APM al detentar el control y manejo de la actividad, puede establecer cuántas toneladas podrá atender por camión y los recursos que requiere para una determinada operación.
- 64.- En el presente caso, la Entidad Prestadora debió brindar la información adecuada y detallada respecto de las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), a efectos de permitirle al usuario, en este caso AGROINDUSTRIA, calcular el número de unidades vehiculares a enviar, así como la frecuencia en que debía enviarlos en un determinado lapso de tiempo.
- 65.- Cabe resaltar que si bien AGROINDUSTRIA es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones, también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas de APM, empresa que finalmente conoce de antemano la prioridad, velocidad, día y hora en la que puede ser realizada la descarga.
- 66.- En este sentido, no resulta razonable que APM realice un cobro por concepto de cuadrilla no utilizada al no haber informado debidamente al usuario, las obligaciones que AGROINDUSTRIA debía de cumplir a efectos de que las operaciones de descarga no se vieran interrumpidas, omisión de información que finalmente provocó que la paralización de dichas operaciones sea atribuible a la Entidad Prestadora.

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



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° 155-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 002

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/659-2013 y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por AGROINDUSTRIA SANTA MARÍA S.A.C. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° 003-0011641, por concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada dejando sin efecto su cobro; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa AGROINDUSTRIA SANTA MARÍA S.A.C. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN