



EXPEDIENTE : 177-2014-TSC-OSITRAN
APELANTE : GRANELES DEL PERÚ S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CS/261-2014

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 25 de enero de 2017

SUMILLA: *En caso el cobro del recargo por cuadrilla no utilizada por paralizaciones en la descarga, ocurra como consecuencia de la no observancia de las normas legales respectivas por parte del usuario, como es la no obtención del levante aduanero de la mercadería, no corresponderá amparar el reclamo formulado por este último.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por GRANELES DEL PERÚ S.A.C. (en adelante, GRANELES o la apelante) contra la resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CS/261-2014 (en lo sucesivo, la resolución N° 2) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 12 de marzo de 2014, GRANELES presentó un reclamo ante APM solicitando la anulación de la factura N° 003-0033676, emitida por concepto de Compensación de cuadrilla no utilizada, en base a los siguientes argumentos:
 - i.- El 14 de febrero de 2014, APM emitió la factura N° 003-0033676, bajo el concepto de "Compensación de Cuadrilla", por un total de US\$ 3 304.00 dólares americanos, incluido IGV, correspondiente a la motonave Monte Azul, atendida por la Entidad Prestadora en agosto de 2012. El Agente Marítimo para tal operación fue SERPAC.
 - ii.- GRANELES asistió a las reuniones pre-operativas realizadas un día antes de las operaciones a fin de realizar las coordinaciones pertinentes antes del inicio de la descarga de sus motonaves (Plan de Operaciones).





- iii.- La motonave Monte Azul arribó al Terminal Portuario el 8 de agosto de 2014 a las 14:00 horas, constando de los Reportes Generales de Descarga de la Empresa Supervisora INSPECTORATE y de SERPAC que el inicio de las operaciones de descarga para el lote de 16 226.000 TM, ubicado en las Bodegas N° 2, 3 y 5 de la nave, fue el 9 de agosto de 2012 a las 18:00 horas, habiendo culminado el día 11 de agosto del mismo año a las 17:50 horas, ocupando un tiempo total de 47 horas con 50 minutos.
 - iv.- Durante la descarga hubieron periodos de tiempo donde se presentaron diversos problemas como la congestión al ingreso y salida del Terminal Portuario, la presencia de varias motonaves graneleras trabajando durante esos días y la existencia de tiempos muertos por cambio de personal entre jornadas.
 - v.- La factura fue recibida por su Agente de Aduanas el 6 de marzo de 2014, pese a que se trata de una operación del mes de agosto de 2012 (periodo 2012 contablemente cerrado).
- 2.- Mediante carta N° 619-2014-APMTC/CS notificada el 2 de abril de 2014, APM prorrogó el plazo para resolver el reclamo presentado, por un período de 15 días hábiles.
 - 3.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 28 de abril de 2014, APM resolvió el reclamo presentado por GRANELES, declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
 - i.- Con fecha 14 de febrero de 2014, APM emitió la factura N° 003-0033676, cuyo importe asciende a US\$ 3 304.00 (Tres mil trescientos cuatro y 00/100 dólares americanos), correspondiente al recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada de la nave Monte Azul de Mfto. 2012-1601. Con fecha 12 de marzo de 2014, GRANELES presentó su reclamo formal ante APM mediante el cual manifestó su disconformidad con la emisión de la factura antes referida.
 - ii.- El Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM establece en su artículo 5.4.2 que APM tiene derecho a realizar el cobro por recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada, cuando al disponer de personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o se paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.
 - iii.- En el presente caso, de la comunicación electrónica del 10 de agosto de 2013 enviada por CANOPUS S.A. (en calidad de Agencia de Estiba) a APM, se verificó que en la reunión pre-operativa de la nave Monte Azul se acordó iniciar las operaciones de descarga con tres (03) cuadrillas para el desarrollo de las operaciones en las Bodegas N° 2, 3 y 5; en las cuales se encontraba la mercadería de GRANELES. Sin embargo, el 9 de agosto de 2012, se trabajó únicamente con dos (02) cuadrillas debido a que la mercadería (sorgo) de la Bodega N° 5 no contaba con el levante aduanero, motivo





por el cual se mantuvo una cuadrilla paralizada durante la jornada de 15:00 a 23:00 horas.

- iv.- La paralización de las operaciones por 8 horas en la Bodega N° 5 se corrobora de la Solicitud de Servicios N° 12004785 y la Solicitud Provisional de Servicio Extraordinario de Tráfico N° 0014616, llenada a mano y firmada por un representante de GRANELES consignando el RUC de la empresa, y mediante la cual solicitó se genere el referido recargo.
- v.- En cuanto a la congestión en la balanza que el usuario atribuye a la atención de varias naves graneleras, señaló que APM atiende a sus usuarios de acuerdo a su orden de llegada, no teniendo la facultad ni posibilidad de dar preferencias en el ingreso o salida de las unidades de sus instalaciones.
- vi.- Agregó que es responsabilidad de APM establecer medidas que permitan brindar seguridad y acceso fluido a los usuarios que utilicen las instalaciones internas del Terminal Portuario, por lo que los inconvenientes en las áreas externas del Puerto resultan de exclusiva responsabilidad del Gobierno y Autoridades locales. Reiteró que el cobro del recargo se generó por la falta de levante aduanero para la mercadería de la Bodega N° 5 y no por la falta de camiones por parte de GRANELES.
- vii.- Respecto de los tiempos muertos generados por el cambio de personal entre jornadas, señaló que del Reporte Final de Operaciones de la nave Monte Azul, se verifica que el tiempo total de paralización en las operaciones de descarga de las Bodegas N° 2, 3 y 5 fue mayor al cobrado mediante la Factura N° 003-0033676, lo que evidencia que las paralizaciones que no resultaban atribuibles a GRANELES no fueron motivo de facturación.
- viii.- Con fecha de notificación 10 de septiembre de 2013, SERPAC, Agente Marítimo de la nave Monte Azul, presentó ante APM un reclamo formal por su desacuerdo con el cobro de 15 facturas emitidas por el concepto de Compensación de Cuadrilla No Utilizada, entre las cuales, se encontraba la Factura N° 001-0062116 correspondiente al cobro de 8 horas por cuadrilla no utilizada de la nave Monte Azul. En dicho reclamo, SERPAC no cuestionaba el cobro del recargo sino únicamente el direccionamiento del mismo en la medida que indicada que el cobro debía dirigirse a GRANELES.
- ix.- Como consecuencia de lo anterior, la factura N° 003-0033676, materia de reclamo, corresponde a la refacturación del cobro realizado con anterioridad a SERPAC, debido a que luego de lo expuesto por el Agente Marítimo, se comprobó que correspondía redirigir el cobro del recargo a GRANELES.
- x.- 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 cuando alguno de los usuarios incurra en los supuestos de hecho detallados en la sección antes señalada. Asimismo, el cálculo del monto a cobrar por los recargos se calcula como un resarcimiento equivalente a los daños y perjuicios ocasionados por los usuarios a la Entidad Prestadora durante el desarrollo de las operaciones portuarias.

- xi.- El artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminal Aeroportuarios y Portuarios, establece que los usuarios deberán de utilizar la infraestructura portuaria y los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas establecidas siempre que estas hayan sido debidamente informadas.
 - xii.- Finalmente, el artículo 3.4 de dicho Reglamento precisa que no existe excepción alguna que señale que una persona que hubiese utilizado la infraestructura o los servicios portuarios puede ser exonerada de su pago, ocurriendo que la tarifa reflejada en la emisión de la factura objeto de cuestionamiento, tiene como base fundamental la efectiva prestación del servicio de Uso de Amarradero.
- 4.- Con fecha 20 de mayo de 2014, GRANELES interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, argumentando lo siguiente:
- i.- Como la Resolución N° 1 señala, correspondería girar la factura en caso se hubiese suspendido el servicio por decisión o responsabilidad de GRANELES, sin embargo, en el presente caso, ninguno de estos supuestos ocurrió en la medida que la descarga de la Bodega N° 5 fue paralizada por un hecho que escapó de su control, como es, el hecho que a su mercadería se le haya asignado, de acuerdo al procedimiento aduanero, el canal de control color rojo, por lo que para el levante de la misma resultaba necesaria la presencia de un representante de Aduanas para su reconocimiento físico.
 - ii.- El Agente de Aduana solicitó oportunamente la presencia de dicho representante, sin embargo, la Entidad Aduanera demoró en su designación, lo que constituye un acto de gobierno y hecho de tercero que escapa de su control, configurando un caso fortuito o de fuerza mayor.
 - iii.- La Declaración Aduanera de Mercancías (DAM) fue numerada el 6 de agosto de 2012 y cancelada el 7 de agosto de 2012, es decir, tres y dos días antes del inicio de operaciones (9 de agosto de 2012), ocurriendo que recién se obtuvo el levante el 9 de agosto de 2012 a las 21:42 horas, tal y como consta de las consultas de la Declaración Única de Aduanas (DUA) realizadas.
 - iv.- APM sustentó su resolución en hechos falsos, en la medida que CANOPUS no representa a GRANELES, siendo solamente el Agente de desestiba que como tal prestó sus servicios. Asimismo, indicó que ningún representante de GRANELES



suscribió la solicitud provisiones de servicios N° 0014616 aceptando la imposición del recargo.

- v.- El hecho de que SERPAC, en su calidad de Agente Marítimo de la nave, no haya cuestionado el cobro y haya solicitado su direccionamiento no les afecta, en la medida que dicha empresa representa a la nave y no al consignatario.
- vi.- Los anexos que APM presenta como sustento documentario de su Resolución son extendidos, por un lado, por terceros que no comprometen a GRANELES, y por otro, por la propia Entidad Prestadora.
- 5.- Mediante Resolución N° 2 notificada el 16 de junio de 2014, APM resolvió el recurso de reconsideración presentado por GRANELES, declarándolo infundado, reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1 y agregando lo siguiente:
- i. La realización de trámites aduaneros correspondientes a la carga son de entera responsabilidad del consignatario, por lo que los imprevistos que puedan originarse en el proceso de los mismos resultan de su exclusiva responsabilidad.
 - ii. La demora en la obtención del levante aduanero de la mercadería de la Bodega N° 5 es una situación no imputable a APM, por el contrario, le causó perjuicio debido a la imposibilidad de continuar con la descarga que originó, generando la paralización de la cuadrilla asignada durante un turno completo, esto es, entre las 15:00 y 23:00 horas del 9 de agosto de 2012.
 - iii. La falta de levante aduanero para una mercadería no constituye un caso fortuito o de fuerza mayor, por lo siguiente:
 - No es un acto extraordinario: es un requisito que todos los importadores, sin excepción, deben de cumplir para poder disponer de su mercadería, siendo un evento ordinario.
 - No es un hecho imprevisible: luego de proceder a realizar la numeración de la DUA solo existen tres opciones de asignación de canal aduanero, motivo por el cual los importadores y sus agentes de aduanas están preparados para recibir cualquiera de ellos y tomar las acciones correspondientes. En el presente caso, haber recibido un canal aduanero color rojo está dentro del orden normal de los sucesos.
 - No es un hecho irresistible: No resulta ser una materia superior a los recursos y posibilidades de contención, como lo define el Código Civil.
 - iv. Precisó que en la Resolución N° 1 no señalaron a CANOPUS como representante de GRANELES, sino como la Agencia de Estiba que prestó sus servicios a APM y



participó de la junta de puertos y reunión pre-operativa en la cual se acordó el Plan de Trabajo de la nave Monte Azul, teniendo una participación activa en el desarrollo de operaciones de la misma; resultando válido analizar la información que proporcionó.

- v. Mediante comunicación electrónica del 10 de agosto de 2012, CANOPUS informó al Área de Tráfico de APM que en la reunión pre-operativa de la nave Monte Azul se pactó iniciar operaciones con 3 cuadrillas, sin embargo, finalmente se operó con 2 durante toda la jornada debido a que la mercadería de la Bodega N° 5 no contaba con levante aduanero.
- vi. La Solicitud Provisional de Servicios N° 00114616 fue llenada a mano consignando lo siguiente "*Compensación por cuadrilla no utilizada a solicitud*". Asimismo, la información de la referida solicitud fue completada señalando que dicho recargo correspondía al turno de las 15:00 horas hasta las 23:00 horas del día 9 de agosto de 2012. En el documento se aprecia el RUC N° 20431534046, el cual corresponde a GRANELES, además de la firma de un representante de la empresa.
- vii. Es el Agente Marítimo quien comunica a APM la información correspondiente a la mercancía con la finalidad de que programe el desarrollo de las operaciones, manteniendo una coordinación interna y constante con el consignatario de la carga para tenerlo informado, por lo que resultan poco creíbles las afirmaciones de GRANELES referidas a que la información brindada por SERPAC no les afecta.
- viii. Respecto al supuesto cobro extemporáneo emitido mediante la factura N° 003-0033676, señalaron que mediante Oficio N° 337-12-STSC-OSITRAN, OSITRAN señaló lo siguiente:

"Si la Entidad Prestadora, al momento de emitir una factura incurrió en error en la facturación, está facultada a corregirlo, considerando que tiene el derecho a recibir la contraprestación por los servicios que efectivamente brindó al usuario".

En ese sentido, APM tiene el derecho de emitir una factura con posterioridad a la fecha de prestación del servicio, encontrándose el cliente en la obligación de cancelarla.

- ix. Asimismo, de acuerdo a los numerales 3.4 y 4.2 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, se entiende que el usuario se encuentra en la obligación de pagar por los servicios prestados en la infraestructura portuaria, en la medida que el uso de esta constituye la aceptación implícita de las Tarifas o precios aplicables.
- 6.- Con fecha 7 de julio de 2014, GRANELES interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2, reiterando los argumentos expuestos en su recurso de reconsideración. Agregó que la descarga de la Bodega N° 5 había sido paralizada como consecuencia de que tras asignarse el color rojo a su mercadería, y para efectuar el levante de la misma, resultaba necesaria la presencia de un representante de Aduanas para su reconocimiento



físico; sin embargo, en la medida que Aduanas demoró en asignarlo, se configuró un caso fortuito o de fuerza mayor que no se originó por decisión suya.

- 7.- El 30 de julio de 2014, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.
- 8.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), en la audiencia de conciliación programada para el 26 de noviembre de 2015, no se pudo llegar a un acuerdo debido a la inasistencia de la Entidad Prestadora. Por su parte, el 27 de noviembre de 2015 se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de GRANELES, quedando la causa al voto.
- 9.- El 2 de diciembre de 2015, APM presentó un escrito con sus alegatos finales, en el cual reiteró los argumentos expuestos en las Resoluciones N° 1 y 2.
- 10.- El 4 de diciembre de 2015, GRANELES presentó un escrito con sus alegatos finales, el cual reiteró los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento, agregando lo siguiente:
 - i. APM no puede pretender cobrar por compensación de cuadrilla no utilizada por falta de camiones, cuando el flujo de camiones durante las operaciones de descarga se vio afectado por la congestión vehicular generada al ingreso y salida del Terminal Portuario, así como, al momento del pesaje de la mercancía. El flujo de camiones se vio afectado por hechos imputables a APM, los cuales afectan toda la logística creada para las operaciones de descarga.
 - ii. APM emitió la factura en base a liquidaciones de tiempo que no reflejaron lo que realmente sucedió en el proceso de descarga, sin descontar las paralizaciones que le son imputables.
 - iii. APM debe de demostrar ante el ente regulador que el ratio de productividad en cuanto a la permanencia de camiones en el Terminal Portuario fue el correcto, es decir, que en promedio alcanzó los 30 minutos que señala su Contrato de Concesión.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 11.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de APM.
 - ii.- Determinar si corresponde que GRANELES pague la factura cuyo cobro es efectuado por APM por el concepto de recargo por Compensación de cuadrilla no utilizada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

12.- Como se puede apreciar del artículo 33¹ del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

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

13.- En ese sentido, dado que en el presente caso el reclamo del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada requerirá analizar si el servicio fue prestado de manera idónea y, consecuentemente, si el cobro derivado de dicho servicio fue correctamente realizado, se evidencia que dichos extremos involucran los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM², así como el literal b) del artículo 2³ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

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

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

- a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora
- (...)
- c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
- (...)

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

"1.5.3 Materia de Reclamos

(...)

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

³ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

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

- 1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:
 - a) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN,
 - b) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN.
 - c) Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;
 - d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.

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

⁴ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias



- 14.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 15.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 1 materia de impugnación fue notificada a GRANELES el 16 de junio de 2014.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que GRANELES interponga el recurso de apelación venció el 7 de julio del 2014.
 - iii.- GRANELES presentó el recurso administrativo el 7 de julio de 2014, es decir, dentro del plazo legal.
- 16.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁷, 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.

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

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

5 Reglamento Reclamos de APM

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

6 Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 039 y 034-2013-CD-OSITRAN

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

7 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".



- 17.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

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

- 18.- Es menester recalcar, previamente, que el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) establece en sus cláusulas 1.23.97, 1.23.98 y 1.23.99, las definiciones de Servicios, Servicio Estándar y Servicios Especiales, respectivamente, de la siguiente manera:

1.23.97. Servicios

Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales.

1.23.98. Servicios Especiales

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.

1.23.99. Servicios Estándar

Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

- 19.- Asimismo, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se brindan a la nave (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).
- 20.- De la lectura de las cláusulas citadas se puede advertir que el Contrato de Concesión prevé que los servicios que se brindan en el Terminal Portuario son, en principio, servicios portuarios, respecto de los cuales la Entidad Prestadora se encuentra legitimada a cobrar una tarifa o un precio.



- 21.- Asimismo, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5, y (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23:

"1.23.102 Tarifa

Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables."

"8.20 **SERVICIOS ESPECIALES**

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5. (...)"

- "8.23 *Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.*

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de competencia económica.

(...)

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones."



[El subrayado es nuestro]

- 22.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁸. 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".

[El subrayado y resaltado son nuestros]

- 23.- En tal sentido, el "recargo por compensación de cuadrilla no utilizada", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM para la prestación del servicio estándar, cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
- 24.- Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera, por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.

⁸ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784.Precios-y-recargos-deotrosservicioso8o72013.pdf>



- 25.- Con relación al recargo por Compensación de cuadrilla no utilizada, conviene tener presente que mediante informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas de OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica), opinaron lo siguiente:

"(...) este cobro no se realiza como contraprestación económica por algún servicio brindado por el Concesionario. Por el contrario, se trata de un mecanismo resarcitorio cuya función es que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora y que hayan sido previa y debidamente difundidas por este último".

[El subrayado es nuestro]

- 26.- Asimismo, respecto a la facultad de APM para requerir el referido cobro señaló lo siguiente:

"(...) el Concesionario se encuentra facultado a realizar un cobro por concepto de recargo por "Compensación de cuadrilla no utilizada" en tanto se verifique que el despacho de la carga ha sido interrumpido por decisión o responsabilidad del usuario y no por causas imputables al Concesionario."

[El subrayado es nuestro]

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

- 28.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que 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.

Sobre el cobro de la factura N° 003-0033676

- 29.- En virtud del Contrato de Concesión⁹ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹⁰. Así, en las cláusulas 8.1 y 8.2 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

⁹ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao entre APM y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.

¹⁰ Contrato de Concesión

**"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA**

8.1.- La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho (...) 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. Para el cumplimiento de tal obligación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá observar, como mínimo, los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos.

(...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene 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 y resaltado son nuestros]

- 30.- Según lo citado, en virtud del derecho de concesión que le asiste, APM tiene la facultad de explotar el Terminal Norte con la finalidad de brindar servicios a los usuarios de acuerdo con aquello que planifique, observando los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos, asumiendo la responsabilidad por ello.
- 31.- Como contrapartida, el artículo 29 del Reglamento de Operaciones de APM establece que para la prestación de los servicios dentro del Terminal Portuario, los usuarios se encuentran obligados al cumplimiento de los requisitos y disposiciones vigentes expedidas por la autoridades pertinentes:

"Artículo 29º.- El cumplimiento de las normas establecidas en el presente Reglamento, no exonera a los usuarios y autoridades, del cumplimiento de los requisitos y de las disposiciones vigentes expedidas por la APN, y demás autoridades que ejercen funciones específicas en las actividades portuarias conforme a la ley, tales como autoridades de inmigración, sanitarias, fitosanitarias, marítimas, antinarcóticos, control del medio ambiente, entre otros".

[El subrayado es nuestro]

* DEFINICIONES

1.23. En este Contrato de Concesión, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

1.23.26. Concesión

Es la relación jurídica de derecho público que se establece entre el CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA a partir de la Fecha de Suscripción de los Contratos, mediante la cual el CONCEDENTE otorga a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el derecho a explotar y la obligación de diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito, durante el plazo de vigencia del Contrato de Concesión"(...)

SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

4.1. La Concesión del Terminal Norte Multipropósito, se otorga por un plazo de treinta (30) años, contado desde la Fecha de Suscripción de los Contratos".



- 32.- Ahora bien, en el presente caso, GRANELES solicitó que APM dejara sin efecto el cobro de la factura N°003-0033676, emitida por concepto de Cuadrilla No Utilizada, señalando en el recurso de apelación que la paralización en la descarga de la Bodega N° 5 de la nave Monte Azul, se debió a la demora en la asignación del representante de ADUANA que se encargaría de realizar la inspección física de su mercadería, la cual correspondía fuera realizada en la medida que a su mercancía se le había asignado canal de control rojo; lo que constituía un acto de gobierno y hecho de tercero que escapaba a su control.
- 33.- Por su parte, la Entidad Prestadora señaló que el recargo se generó a causa de la paralización en la descarga en la Bodega N° 5 como consecuencia de la no obtención del levante aduanero por parte del consignatario, alegando que la realización de los trámites aduaneros correspondientes y cualquier situación que pudiera ocurrir durante dicha tramitación resulta responsabilidad del consignatario. Asimismo, señaló que la no asignación del representante de Aduanas y la consecuente falta de levante aduanero no constituían un caso fortuito o de fuerza mayor al no ser un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible.
- 34.- Si bien en el escrito de reclamo, GRANELES también alegó la congestión en el ingreso y salida del Terminal Portuario y la presencia de varias motonaves graneleras trabajando al mismo tiempo, como causas de la falta de camiones para el retiro de la mercadería que originó la paralización en las operaciones de la nave Monte Azul; en la Resolución N° 1 APM indicó que la generación del recargo no se había producido como consecuencia de tales alegaciones, por lo que no corresponderá pronunciarse al respecto. Consecuentemente, en la medida que ambas partes han coincidido en indicar que la paralización de las operaciones de descarga, se debió a que la mercadería transportada en la Bodega N° 5 de la nave Monte Azul no contaba con el levante aduanero correspondiente, el presente análisis consistirá en evaluar la responsabilidad de dicha demora.
- 35.- En cuanto a la realización de las operaciones en el Terminal Portuario, el artículo 28 del Reglamento de Operaciones de APM dispone lo siguiente:

"Artículo 28º.- Podrán desembarcar, embarcar y manipular por los muelles o cualquier otra área del Terminal Portuario, mercancías, provisiones, materiales, equipajes u otros elementos, cualesquiera que sean su clase o forma, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la APN, Aduana, Migraciones y APM TERMINALS, así como las normas contenidas en el presente Reglamento y los Procedimientos por cada tipo de carga de APM TERMINALS".

[El subrayado es nuestro]

- 36.- Como se observa, para desembarcar o manipular toda mercancía dentro del Terminal Portuario, el usuario interesado deberá de cumplir con todos los requisitos establecidos en la normatividad vigente y los exigidos por las Entidades pertinentes, como es el caso de SUNAT-ADUANAS.



- 37.- En ese sentido, el artículo 2 de la Ley General de Aduanas define el requisito del "levante" de la siguiente manera:

"Levante.- Acto por el cual la autoridad aduanera autoriza a los interesados a disponer de las mercancías de acuerdo con el régimen aduanero solicitado".

[El subrayado es nuestro]

- 38.- En el presente caso, la mercadería de GRANELES fue sometida al Régimen Aduanero de Importación para el consumo, el cual se encuentra regulado por el Procedimiento INTA-PG.01-A (versión 1), que señala en su numeral VI.2 lo siguiente:

"Definición

2. La Importación para Consumo es el régimen aduanero que permite el ingreso de mercancías al territorio aduanero para su consumo, luego del pago o garantía, según corresponda, de los derechos arancelarios y demás impuestos aplicables, así como el pago de los recargos y multas que hubieren y del cumplimiento de las formalidades y otras obligaciones aduaneras".

[El subrayado es nuestro]

- 39.- Dentro de dicho procedimiento, el numeral 16 regula la asignación de canales de control que determinan la manera cómo será sometida a verificación la información consignada en la Declaración Única de Aduanas (DUA). Dichos canales de control pueden ser los siguientes:

"Canales de Control

16. Los canales de control son:

a) Canal verde:

La declaración seleccionada a canal verde no requiere de revisión documentaria ni de reconocimiento físico.

En este canal, el despachador de aduana no presenta ninguna documentación, pero debe guardarlos en su archivo, el cual debe estar a disposición de la SUNAT para las acciones de control que correspondan.

b) Canal naranja:

La declaración seleccionada a canal naranja es sometida a revisión documentaria.

Los envíos de socorro sólo están sujetos a revisión documentaria.

c) Canal rojo:

Si en la declaración seleccionada a canal rojo, está sujeta a reconocimiento físico de acuerdo a lo previsto en el procedimiento de Reconocimiento Físico - Extracción y Análisis de Muestras INTA-PE.00.03.

El despachador de aduanas puede solicitar el examen físico o reconocimiento físico de las mercancías amparadas en declaraciones seleccionadas a canal verde y naranja antes de su retiro de la zona primaria".



[El subrayado es nuestro]

- 40.- Como ha sido señalado previamente, a la mercadería de GRANELES le fue asignado el canal de control rojo, el cual exigía la realización de un reconocimiento físico, que de acuerdo al Procedimiento INTA-PE.00.03 aplicable al momento de los hechos, implicaba lo siguiente:

3. El reconocimiento físico es la operación que consiste en verificar lo declarado, mediante una o varias de las siguientes actuaciones: reconocer las mercancías, verificar su naturaleza, origen, estado, cantidad, calidad, valor, peso, medida o clasificación arancelaria.

- 41.- En cuanto a la programación del reconocimiento físico y la asignación del representante de Aduanas para su realización, el numeral 6 del punto B del Procedimiento INTA-PE.00.03 señala lo siguiente:

Programación de Reconocimientos Físicos

6. La Administración Aduanera programa la fecha del reconocimiento físico de la mercancía por cada declaración dentro del horario establecido por cada intendencia de aduana y asigna al funcionario aduanero encargado del mismo.

[El subrayado es nuestro]

- 42.- De acuerdo con los textos antes citados, para la obtención del Levante Aduanero, el usuario se encuentra en la obligación de cumplir con las formalidades previstas para el Régimen de Importación para el consumo, el cual, una vez realizada la Declaración Única de Aduanas (DUA) y a fin de comprobar la veracidad de lo consignado en esta, ha establecido un sistema de control que comprende la asignación de canales de control, entre ellos el rojo, el cual implica la realización de un reconocimiento físico de la mercadería declarada que debe de ser realizado de acuerdo a la programación efectuada por Aduanas y por el funcionario aduanero que se asigne.
- 43.- Al respecto, si bien GRANELES ha señalado que Aduanas se habría demorado en asignar al funcionario aduanero que realizaría el reconocimiento físico de su mercadería; de la revisión del Procedimiento INTA-PE.00.03, vigente a la fecha de ocurridos los hechos, se ha verificado que no se encuentra establecido un plazo en el cual la Autoridad Aduanera se encuentra obligada a hacerlo.
- 44.- Cabe señalar que GRANELES no ha presentado medio probatorio alguno que acredite la no asignación del representante de Aduanas para realizar el reconocimiento físico de su mercadería, que la referida no asignación del representante haya producido la no obtención del levante aduanero y que dicha demora se haya debido a hechos atribuibles a la Autoridad Aduanera.

45.- Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en el numeral 17 del Procedimiento INTA-PG.01-A, la asignación de los canales de control a los cuales serán sometidas las mercancías que arriben al país ocurre en los siguientes momentos:

"17. El canal de control asignado por el SIGAD a que se sujetan las mercancías se muestra:

a) En el despacho anticipado, cuando:

- *La deuda tributaria aduanera, recargos y la liquidación de cobranza complementaria por aplicación del ISC o percepción del IGV relacionados a la declaración hayan sido cancelados, garantizados o impugnados; y*
- *La declaración contenga la información del manifiesto, tratándose de la vía aérea con el registro de llegada del medio de transporte y en la vía marítima al momento de la numeración de la declaración; o*
- *El despachador de aduana haya transmitido la información complementaria de la declaración relacionada con la información del manifiesto de carga, cuando corresponda; o*
- *En la vía terrestre o fluvial, se cuente con la recepción del medio de transporte conforme a lo señalado en el procedimiento de Manifiesto de Carga INTA-PG.09;*

b) En el despacho excepcional y urgente, cuando:

- *Se cuente con declaración numerada y la deuda tributaria aduanera, recargos y la liquidación de cobranza complementaria por aplicación del ISC o percepción del IGV relacionados a la declaración hayan sido cancelados, garantizados o impugnados".*

[El subrayado es nuestro]

46.- En el presente caso, considerando que de acuerdo con la Consulta de DUA adjuntada por la apelante¹¹, se trataba de un despacho urgente, correspondía asignar a GRANELES el canal de control una vez realizada la declaración numerada y cancelados o garantizados todos los conceptos correspondientes.

47.- Al respecto, tal y como lo ha señalado la apelante en los escritos de reconsideración¹² y apelación¹³, ello ocurrió el 06 y 07 de agosto de 2012 respectivamente, esto es, de 2 a 3 días antes del inicio de operaciones en la Bodega N° 5 de la nave Monte Azul.

48.- En tal sentido, GRANELES tuvo la posibilidad de prever las consecuencias que podían derivarse de dicha asignación de canal de control, lo que la obligaba a realizar e impulsar los trámites aduaneros correspondientes a fin de obtener el levante de su mercadería con la finalidad de cumplir con lo acordado en el Terminal Portuario respecto del Plan de Operaciones que consideraba el empleo de 3 cuadrillas en la descarga de la mercadería transportada en la nave Monte Azul.

¹¹ Folio 19

¹² Folios 26 y 27

¹³ Folios 29 y 40

- 49.- Cabe señalar que en cuanto a las obligaciones a cargo de los usuarios de la infraestructura portuaria, el artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, establece lo siguiente:

"Artículo 9.- De las Obligaciones del Usuario

(...)

b) Conducta debida

* Utilizar la ITUP aeroportuaria y portuaria, o los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas en general establecidas para cada una de ellas y la normativa nacional correspondiente, siempre y cuando estas hayan sido debidamente informadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20.

* El Usuario asumirá la responsabilidad en caso no observe las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora que hayan sido debidamente difundidas.

** En caso se presente algún inconveniente con los servicios portuarios o aeroportuarios, se deberá utilizar el mecanismo de Reclamo contemplado en el presente Reglamento, sin que en ningún caso sea válido realizar acciones u omisiones que dificulten o impidan el uso de dichos servicios por parte de otros usuarios".*

[El subrayado es nuestro]

- 50.- Como se aprecia, al utilizar la infraestructura portuaria o los servicios derivados de su explotación, los usuarios tienen la obligación de respetar las condiciones, plazos y reglas en general establecidas para cada una de ellas y la normativa nacional correspondiente, asumiendo la responsabilidad de su incumplimiento.
- 51.- Lo señalado resulta congruente con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento de Operación de APM que señala que para la prestación de servicios dentro del Terminal Portuario, los usuarios se encuentran en la obligación de cumplir los requisitos establecidos por la propia Entidad Prestadora y las disposiciones vigentes expedidas por las autoridades pertinentes.
- 52.- Al respecto, cabe señalar que siguiendo el criterio ya establecido por el TSC¹⁴ y lo determinado en el artículo 1392 del Código Civil¹⁵, el Tarifario, la Política Tarifaria y cualquier "reglamento interno" de las Entidades Prestadoras dirigido a los usuarios de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, constituyen cláusulas generales de contratación, puesto que en estos documentos se encuentran las condiciones preestablecidas de manera general y abstracta por una de las

¹⁴ Expediente N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN y 028-2010-TSC-OSITRAN.

¹⁵ Código Civil

"Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación

Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos".



partes, en este caso APM, y que van dirigidas a regular sus relaciones contractuales futuras con sus usuarios quienes únicamente se adhieren a dichas condiciones.

- 53.- En ese sentido y considerando lo anteriormente expuesto, resultaba de obligación de GRANELES cumplir con lo prescrito tanto en la Ley General de Aduanas y los procedimientos que esta Entidad establece, como con lo señalado por los Reglamentos de la propia Entidad Prestadora, los cuales indicaban que para la manipulación de su mercancía resultaba necesaria la obtención del levante aduanero.
- 54.- Finalmente, cabe señalar que la demora en la asignación del representante de ADUANA y consecuente obtención del levante aduanero no resultan ser un caso fortuito o de fuerza mayor, en la medida que tales circunstancias no configuran un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, debido a que como se ha desarrollado precedentemente, la asignación de canales de control y obtención del levante aduanero son procedimientos comunes a las operaciones de importación, de modo que el tipo de control que se asignara (canal verde, naranja o rojo) así como sus implicancias, resultan previsibles para los agentes involucrados en operaciones de carga y descarga de mercancías; consecuencia de lo cual la no obtención del levante aduanero puede ser evitada cumpliendo los procedimientos correspondientes.
- 55.- En tal sentido, considerando que el recargo de cuadrilla no utilizada 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 y que en el presente caso, GRANELES no cumplió con obtener el levante aduanero de la mercadería transportada en la Bodega N° 5 de la nave Monte Azul, incumpliendo con el Plan de Operaciones que asignaba 3 cuadrillas a las operaciones; correspondía el cobro de la factura N° 003-0033676 por parte de APM.

Sobre la demora en la emisión de la factura cuestionada.

- 56.- GRANELES también ha cuestionado la demora en la emisión de la factura del recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.
- 57.- Al respecto, el artículo 4.3 del Reglamento de Tarifas APM, establece que la obligación de realizar oportunamente los pagos que devienen de cualquier servicio prestado en el Terminal Portuario, recae en las personas naturales y jurídicas registradas ante la Entidad Prestadora, precisando que para el caso de los servicios brindados a la carga, estos serán cancelados por el consignatario, dueño de la carga, agente de aduana, agente de carga u otro designado.
- 58.- Sin embargo, cabe señalar que el hecho de que APM haya emitido la factura cuestionada tardíamente, no exime a la apelante de su responsabilidad de realizar el pago por aquellos conceptos que puedan resultar de la relación contractual que ésta mantenga con la Entidad Prestadora, pues como ha sido señalado precedentemente, APM se encuentra



facultada por el Contrato de Concesión, a realizar el cobro del recargo de cuadrilla no utilizada.

- 59.- Asimismo, la obligación de realizar el pago de dicho concepto ha sido recogido por la Lista de Precios y Recargos de APM, no habiendo señalado GRANELES qué norma sustentaría que la emisión no oportuna de la factura respectiva invalida el cobro por el recargo de cuadrilla no utilizada.
- 60.- En consecuencia con lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde desestimar el reclamo presentado por el usuario en este extremo.
- 61.- Sin perjuicio de lo indicado en el numeral anterior, de ocurrir situaciones de demora en la facturación de los servicios a cargo de APM, éstas podrían ocasionar perjuicio a los usuarios; por lo que el TSC considera que correspondería a la Entidad Prestadora remitir sus facturas en un plazo razonable contabilizado desde la fecha de ocurrido los hechos que las generen.
- 62.- Al respecto, cabe señalar que el Reglamento General de Supervisión de OSITRAN establece como una de las materias a supervisar las obligaciones referidas a "Aspectos Económicos y Comerciales" vinculados a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, tal como se aprecia a continuación:

"Artículo N° 07.- Supervisión De Aspectos Económicos y Comerciales

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público. Las actividades de supervisión de los aspectos económicos y comerciales comprenden:

- a) Verificar la difusión del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, del tarifario respectivo y la política comercial;*
- b) Verificar el cumplimiento del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, realizando un seguimiento a la atención de solicitudes de acceso a la infraestructura, las negociaciones directas, los procesos de subastas la revisión de sus bases y proyectos de contrato respectivos;*
- c) Verificar el cumplimiento del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias y del Reglamento de Solución de Reclamos de Usuarios de la Entidad Prestadora;*
- d) Verificar la aplicación y difusión de las tarifas reguladas y de las políticas comerciales respectivas, así como el respeto a los principios de no discriminación y neutralidad;*
- e) Verificar el cumplimiento de cualquier otra obligación de naturaleza análoga que resulte exigible a las Entidades Prestadoras."*

[El subrayado es nuestro]

63.- Por lo expuesto, resulta necesario solicitar a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización¹⁶ realizar las verificaciones que correspondan en el ejercicio de sus funciones, concernientes a la tardía emisión de facturas por parte de APM a sus usuarios.

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 OSITRAN¹⁷;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la resolución N° 02 emitida en el expediente N° APMTC/CS/261-2014 por APM TERMINALS CALLAO S.A., que declaró **INFUNDADO** el reclamo presentado por GRANELES DEL PERÚ S.A.C. contra la Entidad Prestadora respecto del cobro de la Factura N° 003-0033676, emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada; quedando así agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- ORDENAR la **REMISIÓN** de los actuados en el expediente N° 177-2014-TSC-OSITRAN a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, a fin de que actúe conforme a sus facultades de acuerdo a los considerandos 59 y 6o de la presente Resolución.

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa GRANELES DEL PERÚ S.A.C. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

¹⁶ Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones
(...)

g) Órgano Supervisor: Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras".

"Artículo N° 07.- Supervisión De Aspectos Económicos Y Comerciales

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Las actividades de supervisión de los aspectos económicos y comerciales comprenden:

(...)

e) Verificar el cumplimiento de cualquier otra obligación de naturaleza análoga que resulte exigible a las Entidades Prestadoras

¹⁷ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 6o.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Integrar la resolución apelada;
- Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda".

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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



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° 277-2014-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 3

CUARTO.- 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.

ANAMARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

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