



EXPEDIENTE : 004-2017-TSC-OSITRAN
APELANTE : ADM ANDINA PERÚ S.R.L.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/919-2016

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 20 de diciembre de 2017

SUMILLA: Si en las operaciones de descarga de granel sólido la Entidad Prestadora no acredita que cumplió con su deber de informar las variaciones al Plan de Operaciones y tampoco modifica el Plan de Operaciones en caso utilice un mayor número de jornadas a las programadas, no resulta válido que se imponga el recargo por cuadrilla no utilizada.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. (en adelante, ADM ANDINA o apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/919-2016 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 22 de noviembre de 2016, ADM ANDINA cuestionó el cobro de la factura N° F003-41512 por un monto de US\$ 6, 608.00 emitida por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada en las labores de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT, señalando lo siguiente:
 - i.- En las operaciones de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT existieron paralizaciones imputables a APM las cuales suman un total de 20 horas con 10 minutos, registrados por el Agente Marítimo CANOPUS S.A. en el documento denominado "Consolidado de Cuadros por Tiempos Paralizados" que APM no consideró en su Reporte Final de Operaciones.



- ii.- Las Notas de Tarja elaboradas por APM no cumplen con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Legislativo 1053 - Ley General de Aduanas, al haber sido suscritas únicamente por la Entidad Prestadora.
- iii.- APM no cumplió con realizar la descarga en el tiempo establecido en el Plan de Operaciones, debido a las reiteradas fallas de la maquinaria que utilizó para la operación de descarga, las demoras para retomar las jornadas de trabajo, en otras causas, que generaron un total de 20 horas con 10 minutos de paralizaciones que le son imputables.
- iv.- Lo expuesto fue debidamente comunicado a APM mediante los siguientes correos electrónicos:
- (a) Correo electrónico enviado el 10 de septiembre de 2016 a las 17:37 horas, remitido por el Agente Marítimo CONAPUS S.A. a APM con copia a ADM ANDINA.
 - (b) Correo electrónico enviado el 10 de septiembre de 2016 a las 17:55 horas, remitido por ADM ANDINA a APM con copia al Agente Marítimo CANOPUS S.A.
 - (c) Correo electrónico enviado el 10 de septiembre de 2016 a las 17:50 horas, remitido por APM a ADM ANDINA.
 - (d) Correo electrónico enviado el 10 de septiembre de 2016 a las 21:40 horas, remitido por ADM ANDINA a APM con copia al Agente Marítimo CANOPUS S.A.
 - (e) Correo electrónico enviado el 10 de septiembre de 2016 a las 22:26 horas, remitido por APM a ADM ANDINA.
- v.- Advirtió que la factura cuestionada contiene una inconsistencia, toda vez que por un lado se consigna que el tiempo de paralización imputado a ADM ANDINA es de cero (0) horas y por otro que existieron dieciséis (16) horas el tiempo total de paralizaciones por falta de camiones.
- vi.- La factura cuestionada ha sido emitida incluyendo el cobro del I.G.V., cuando el recargo por cuadrilla no utilizada no debe estar grabado con el referido impuesto.
- 2.- Mediante Resolución N° 1, notificada a ADM ANDINA el 14 de diciembre de 2016; APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado por los siguientes argumentos:



- i.- Con fecha 21 de septiembre de 2016, APM emitió la factura N° F003-41512 por concepto de recargo por compensación de 16 horas de cuadrilla no utilizada, cuyo importe asciende a US\$ 6, 608.00.
- ii.- Los recargos se cobran excepcionalmente a los usuarios del TNM, de acuerdo a lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos versión 4.1, vigente a la prestación del servicio. A la fecha, APM se encuentra facultada a cobrar los siguientes tipos de recargo: a) generales; b) por los servicios prestados a la nave; y, c) por los servicios prestados a la carga.
- iii.- El cobro de compensación de cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud, aplicable cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
- iv.- En el presente caso, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se aplicó ante la existencia de 16 horas de paralizaciones ocurridas durante las labores de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT con Mfto. 2016-02279, debido a la falta de envío de camiones, lo que resultó responsabilidad de ADM ANDINA. Estas paralizaciones se encuentran registradas en el Reporte de Estado de Hechos de la nave con el código 107.
- v.- La Gerencia de Supervisión y Fiscalización emitió la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN, documento en el cual se establece que en los casos de descarga, una vez culminada la planificación, APM debe comunicar al usuario el tonelaje a movilizar, las bodegas a atender y las cuadrillas de estibadores a utilizar por jornada; lo que permitirá al usuario calcular la cantidad de vehículos y la frecuencia con la que los debe de enviar.
- vi.- En el presente caso, APM cumplió con comunicar el Plan de Trabajo al consignatario de la carga, Agente de Aduanas y Agente Marítimo de la nave indicando las precisiones correspondientes para el desarrollo del retiro de mercadería, por lo que ADM ANDINA debió de enviar el número de camiones que le permitiera descargar de manera continua 7, 218.00 TM de maíz, 6, 598.00 TM de frijol y 10, 237.00 TM de torta de soya.
- vii.- Los usuarios conocen los términos y condiciones del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, así como su Reglamento de Operaciones; por lo que podrían calcular el periodo máximo en el que deberán de desarrollarse las operaciones a su cargo con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales, debiendo asumir la responsabilidad en caso no observe las normas legales y las reglas o normas internas de la Entidad Prestadora.
- viii.- El artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, establece que los usuarios deben utilizar la infraestructura portuaria y los servicios



derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas establecidas, debiendo asumir la responsabilidad que derive de su incumplimiento. Asimismo, el artículo 11 del referido Reglamento señala que la Entidad Prestadora tiene el derecho a ser resarcida por los daños o perjuicios ocasionados por los usuarios del Terminal.

- ix.- El recargo por compensación de cuadrilla sí se encuentra estipulado en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM; además, se ha constatado la paralización por falta de camiones que debió enviar ADM ANDINA, por lo que corresponde el recargo de 16 horas de compensación de cuadrilla no utilizada.
- x.- Las Notas de Tarja son documentos que acreditan la entrega de la carga en el punto de llegada, es decir, solo evidencia la entrega de la mercadería descargada. Además, dichas Notas de Tarja son recibidas por el usuario cuando la mercadería descargada le es entregada, por lo que la aceptación y no observación a dichos documentos representan la conformidad de la entrega.
- xi.- El documento Estado de Hechos es elaborado en base a la medición de los pesos realizados en la balanza y los reportes internos realizados por el Área de Operaciones de APM; en ese sentido, las Notas de Tarja no son tomadas en cuenta al momento de elaborar el referido Estado de Hechos.
- xii.- Con relación a la falta de idoneidad de la información contenida en el Plan de Operaciones, APM cumplió con comunicar dicho plan de manera anticipada, por lo que cualquier duda u observación a la misma debió ser realizada antes del inicio de las operaciones. En ese sentido, al no haber observación alguna por parte del usuario procedió con la ejecución de la descarga conforme a lo planificado.
- xiii.- Respecto a la congestión en el ingreso del terminal portuario, señaló que APM solo asume responsabilidad por la prestación de servicios portuarios que se encuentran a su cargo dentro del terminal.
- 3.- Con fecha 27 de diciembre de 2016, ADM ANDINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 expedida por APM reiterando los argumentos expuestos en su reclamo, añadiendo lo siguiente:
- i.- APM no consideró en su Reporte Final de Operaciones las 20 horas con 10 minutos de paralizaciones registradas en el documento "Consolidado de Cuadros por Tiempos Paralizados" emitido por el Agente Marítimo CANOPUS S.A.
- ii.- El Reporte Final de Operaciones no está firmado por ningún representante de APM ni contiene información veraz, de acuerdo al siguiente detalle:



- (a) En el documento elaborado por el Agente Marítimo CANOPUS S.A. se registró una paralización el 7 de septiembre de 2016, desde las 23:00 hasta las 23:20 horas por concepto de reinicio de jornadas; mientras que en el Reporte Final de Operaciones, APM registró una paralización desde las 23:15 hasta las 23:30 horas en el mismo día y jornada por falta de envío de camiones.
- (b) De igual forma, el Agente Marítimo CANOPUS S.A. registró una paralización el 8 de septiembre de 2016, desde las 08:50 hasta las 09:15 horas, por concepto de mantenimiento de tolva de tierra; mientras que en el Reporte Final de Operaciones, APM registró una paralización desde las 09:00 hasta las 09:20 horas en el mismo día y jornada por la falta de envío de camiones.
- iii.- Las Notas de Tarja no cumplen con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1053 - Ley General de Aduanas, toda vez que han sido suscritas unilateralmente por APM, debido a ello los documentos "Hoja de Resumen / Nota de Tarja" y "Nota de Tarja a Granel", donde APM registró las paralizaciones, no resultan válidos para sustentar el cobro del recargo por cuadrilla no utilizada.
- iv.- APM no cumplió el Plan de Operaciones que elaboró para desarrollar la operación de descarga debido a los siguientes motivos:
- (a) La existencia de 20 horas con 10 minutos de paralizaciones por causas imputables a APM generada, entre otros, por averías de los equipos utilizados para la descarga y la demora de la cuadrilla para retomar la jornada.
- (b) La operación de descarga no inició en la hora ni jornada programada.
- (c) APM no cumplió con el deber de informar la variación del Plan de Operaciones.
- (d) El número de jornadas utilizadas para la descarga no coincide con el número de jornadas planificadas en el Plan de Operaciones.
- (e) APM no cumplió con ejecutar la descarga en el orden programado, como en el caso de la Bodega N° 2 donde no realizó descargas en las jornadas N° 4, 5 y 6.
- v.- APM reconoció a través de un correo electrónico la posibilidad de congestión vehicular en los puntos de acceso al terminal portuario, por lo que no cumplió con su obligación de facilitar el acceso de los camiones en el menor tiempo posible.
- vi.- No le corresponde pagar la factura cuestionada toda vez que en la misma APM consignó cero (0) horas de paralizaciones.



- vii.- La Entidad Prestadora señaló que las paralizaciones por fallas y averías en sus equipos no han sido consideradas en el cobro por cuadrilla no utilizada; sin embargo, existe una inconsistencia en el cómputo de paralizaciones toda vez que existieron tiempos que fueron registrados en el reporte del Agente Marítimo CANOPUS S.A. como tiempos imputables a APM y han sido considerados por la misma APM como paralizaciones por falta de envío de camiones.
- viii.- En el tercer párrafo del considerando 2.1 de la Resolución N° 1, APM señaló que el recargo cuestionado fue generado por la cancelación del servicio y posteriormente precisó que se trató de paralizaciones provocado por la falta de envío de camiones, lo que es incongruente.
- ix.- APM no se pronunció por la no aplicación del I.G.V. para el cálculo del cobro por compensación de cuadrillas no utilizadas, debido a su carácter resarcitorio.
- 4.- El 5 de enero de 2017, 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 las Resoluciones N° 1, añadiendo lo siguiente.
- i.- En cuanto a las paralizaciones por el concepto "Reinicio de Jornadas" registradas en el reporte elaborado por el Agente Marítimo CANOPUS S.A., no se ha consignado la causa u origen que las generó, debido a lo cual dicho documento no debe ser tomado en cuenta para validar las paralizaciones que en ella se registran por no contener información completa y veraz de la operación de descarga.
- ii.- APM emite reportes de manera digital dado que mediante esta modalidad agiliza la emisión y oportuna obtención de los datos de la operación para ser trasladados a los usuarios, por lo que la falta de firma en dichos reportes no los invalida para acreditar las paralizaciones por falta de envío de camiones, dado que dichos reportes son enviados a los usuarios por personal autorizado de APM.
- iii.- Corresponde que ADM ANDINA pague el recargo de 16 horas por compensación de cuadrilla no utilizada, toda vez que la operación de descarga, que estaba programado para que culmine en 10 jornadas de trabajo, finalmente culminó en 14 jornadas como lo muestra el Reporte Final de Operaciones.
- iv.- Las paralizaciones que no son imputables a ADM ANDINA, como es el caso de paralizaciones por limpieza de bodegas (Cód. 010), avería de Clamshell (Cód. 011) y avería de Hopper (Cód. 010); no han sido consideradas en el recargo por compensación de cuadrillas no utilizada, por lo que el usuario no se ha visto perjudicado con dichas paralizaciones.



- v.- El Anexo 3 -Niveles de Servicio y Productividad- del Contrato de Concesión establece que el retiro de la mercadería no deberá ser mayor a 30 minutos, tiempo que se computará desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro del Terminal Portuario. A fin de que se verifique el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligada a presentar mensual y trimestralmente los niveles de servicio y productividad que viene alcanzando; dichos niveles se miden en función de todas las operaciones realizadas por las naves que hayan arribado en el mes y no únicamente de un solo consignatario, como en el presente caso.
- vi.- ADM ANDINA adjuntó el Acta de Inspección elaborado por OSITRAN respecto de la operación de descarga de la nave Unison Medal; no obstante, dicha acta no corresponde a la operación de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT, por lo que no debe de ser tomada en cuenta como medio probatorio en el presente procedimiento administrativo.
- vii.- Las Resolución N° 1 ha sido debidamente motivada, toda vez que se ha emitido pronunciamiento por cada uno de los argumentos expuestos en el reclamo y ha considerado todos los medios probatorios presentados por ADM ANDINA y otros documentos que sostienen su decisión.
- 5.- Mediante Oficio N° 907-17-TSC-OSITRAN notificado el 23 de noviembre de 2017, la Secretaría Técnica de los Tribunales del OSITRAN remitió a APM un requerimiento de información, mediante el cual solicitó a la Entidad Prestadora remita los documento "Resumen/Control de Tarja", así como el "Estado de Hechos" elaborado por su personal en la operación de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT. Atendiendo a ello, APM remitió lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Carta N° 1123-2017-APMT/CL recibida el 27 de noviembre de 2017.
- 6.- El 30 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de ADM ANDINA, quedando la causa al voto.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 7.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución N° 2 de APM.
 - ii.- Determinar si corresponde que ADM ANDINA pague la factura N° 003-17417, emitida 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

- 8.- En el presente caso, ADM ANDINA cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que la demora en el envío de camiones se habría debido a las variaciones al Plan de Operaciones por parte de APM, la existencia de dificultades para el acceso de sus vehículos al Terminal Portuario y paralizaciones de las operaciones provocadas por la propia APM. Asimismo, cuestionó que el Reporte de Estado de Hechos y Notas de Tarja hubieran sido emitidos unilateralmente por la Entidad Prestadora.
- 9.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas señaladas por ADM ANDINA, alegando que ellas se habrían debido a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte, precisando que las paralizaciones atribuibles a APM no habían sido cobradas.
- 10.- En atención a los argumentos expuestos, los cuales hacen referencia a si existió o no alteración de la jornada de trabajo acordada por las partes en el respectivo Plan de Operaciones y a la calidad en la prestación de los servicios brindados por la Entidad Prestadora; corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio estándar se prestó de manera idónea y si efectivamente se prestó o no conforme a lo previsto en el señalado Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
- 11.- Cabe recordar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 12.- En ese sentido, el artículo 33¹ del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:
- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura.

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.

(...)



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

- 13.- Siendo así, dado que en el presente caso, se requerirá analizar la prestación del servicio en atención a lo acordado por las partes en el Plan de Operaciones, a efectos de determinar la pertinencia del cobro del recargo; se evidencia que ello involucra los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de 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.
- 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

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

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.



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 ADM ANDINA el 14 de diciembre de 2016.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que ADM ANDINA interponga el recurso de apelación venció el 4 de enero de 2017.
 - iii.- ADM ANDINA presentó el recurso de apelación el 27 de diciembre de 2016, es decir, dentro del plazo legal.
- 16.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷, 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.
- 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.

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° 019 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 TUO de la Ley N° 27444

"Artículo 218.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".



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

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

- 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 la 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".

- 23.- En tal sentido, el "recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por el 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.
- 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 del OSITRAN

⁸ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957428784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>



(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 de 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 del mencionado informe, las áreas técnicas del 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 referida 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.

29.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁹ que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, se

⁹ PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGOS

Recargos a los Servicios prestado a la Nave

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, este se cancela, se suspende o se paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes dependiendo del contrato de fletamento. En el caso de la suspensión o paralización, se aplicará el recargo cuando este prolongue las horas de trabajo del personal asignado, de acuerdo al Plan de Operaciones.
(...)

De la misma forma, este recargo será aplicado encaso la línea naviera requiera ser atendida fuera del horario programado por el Terminal, o cuando se disponga 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.
(...)



establece entre los recargos aplicables a la nave el recargo "por Compensación de Cuadrilla No Utilizada", por lo que dicha entidad prestadora se encuentra facultada a poder repetir este cobro, no sólo a la línea naviera, sino también al consignatario de la carga, siempre y cuando se haya comprobado que la aplicación de ese recargo fue responsabilidad de éste último.

- 30.- Atendiendo a lo expuesto en los párrafos precedentes, se verifica que APM se encuentra legitimada a cobrar a los usuarios de sus servicios recargos por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada según los montos establecidos en la Lista de Precios que publicita.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 31.- En virtud del Contrato de Concesión¹⁰ 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)¹¹. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"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,

¹⁰ 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.

¹¹ Contrato de Concesión

"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 Contratos¹².



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]

32.- 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 es nuestro]

33.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuenta. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado²².

34.- 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.

35.- En ese sentido, el Contrato de Concesión le otorga a APM la facultad de regular sus actividades como administrador portuario, otorgándole la potestad de emitir sus propias políticas comerciales y operativas para la adecuada operación y funcionamiento del puerto. Así, el artículo 8.13²³ del referido contrato concesión establece la potestad de la Sociedad

²² 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.

²³ Contrato de Concesión de APM

"8.13. Asimismo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar a los tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, para la aprobación de la APN los siguientes documentos:

a) Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.



Concesionaria de presentar, para la aprobación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), su Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito y otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN.

- 36.- De acuerdo al referido Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹⁴, la Entidad Prestadora es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones desarrolladas en el Terminal Portuario, como se aprecia a continuación:

"Artículo 9°.- La Gerencia del Área de Operaciones de APM TERMINALS es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones que se desarrollan en el Terminal Portuario, verificando el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento."

[El subrayado y resaltado es nuestro]

- 37.- Siendo así, se evidencia que la Entidad Prestadora no solo tiene facultad de regular sus propias actividades, sino también la responsabilidad de controlar todos los aspectos relacionados a las operaciones que se desarrollan en el Terminal Portuario, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

Sobre el deber de información de APM

- 38.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁵, 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:

b) Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN".

¹⁴ Aprobado mediante la Resolución N° 358-2016-APN/GG de fecha 19 de julio de 2016.

¹⁵ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.



a) A la información

El Usuario debe recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente... Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios".

39.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, señala en su artículo 7 que "es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".

40.- En los artículos 56 y 58 del mencionado Reglamento de Operaciones de APM se establece:

"Artículo 56.- 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 58.- 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 coordinar con los usuarios las disposiciones para el desarrollo de las operaciones por nave.*

b.- *Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.*

c.- *Planear la asignación de amarraderos.*

d.- *Planear cantidad de equipos, cuadrilla de estibadores y determinar el número de jornadas a emplear para cada nave.*

e.- *Planear la asignación de zonas de almacenamiento.*

f.- *Programar la recepción y el despacho de la carga a través del sistema de citas".*

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



- 42.- Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora.
- 43.- El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.
- 44.- En este orden de ideas, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.

Sobre las responsabilidades de APM en Procedimiento de Descarga de Granel Sólido

- 45.- Como ha sido detallado precedentemente, el Contrato de Concesión le otorga a APM la facultad de regular sus actividades como administrador portuario, otorgándole la potestad de emitir sus propias políticas comerciales y operativas para la adecuada operación y funcionamiento del puerto.
- 46.- En virtud de esa potestad, APM ha emitido la Versión 4 de su Reglamento de Operaciones¹⁶, al cual ha incorporado procedimientos operativos aplicables a los servicios que brinda, como es el caso del "Procedimiento de Descarga de Granel Sólidos" desarrollado en el Anexo 5 del Reglamento de Operaciones de APM.
- 47.- En el numeral 5.4.1. del referido Anexo 5, APM ha establecido las responsabilidades que asume en su condición de empresa prestadora de servicios, durante toda la ejecución del procedimiento de descarga de granel sólido, entre las cuales tenemos:

"RESPONSABILIDADES

(...)

5.4. CONCESIONARIO APM TERMINALS

5.4.1. En su condición de empresa de estiba/desestiba

¹⁶ Aprobado mediante Resolución N° 358-2016-APN/GG, de fecha 19 de julio de 2016.



Es responsable de la operación integral acorde al plan de operaciones establecido en la reunión pre operativa, desde las actividades previas al arribo de la nave hasta que los camiones estén autorizados para su salida, debiendo efectuar lo siguiente:

(...)

- *Hacer cumplir el plan de operaciones y ejecutar las operaciones de descarga y despacho conforme a lo establecido en el presente procedimiento, cumpliendo los niveles de servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión.*

(...)

- *Informar a los usuarios y sus representantes las novedades sobre las condiciones de descarga, mediante correo electrónico o medio documentado, obteniendo el acuse de recibo.*

(...)

- *Modificar el plan de operaciones ante cualquier evento que determine una ampliación del número de jornadas establecidas en el referido plan, y comunicarlo al usuario dentro de la jornada en que se determinó la necesidad de ampliación del número de jornadas."*

- 48.- De acuerdo al procedimiento establecido por APM para la descarga de granel sólido, el Concesionario es responsable de la operación integral de la descarga, asumiendo la responsabilidad la de hacer cumplir el Plan de Operaciones, ejecutándolas conforme a la planificación realizada, informar al usuario cada una de las novedades que se presenten en el desarrollo de la operación de descarga, modificar el plan de operaciones ante cualquier evento que determine la ampliación del número de jornadas de trabajo que se programó en dicho plan y comunicarlo oportunamente al usuario, entre otras responsabilidades.

Sobre la paralización de las operaciones de descarga por falta de camiones y el cobro de la factura N° F003-41512

- 49.- Como se ha señalado, ADM ANDINA indicó que no se presentaron paralizaciones que le fueran atribuibles, sosteniendo que la demora en el envío de camiones se habrían debido a las variaciones al Plan de Operaciones por parte de APM, la existencia de dificultades para el acceso de sus vehículos al Terminal Portuario y las paralizaciones provocadas por APM. Asimismo, cuestionó que el Reporte de Estado de Hechos y Notas de Tarja hubieran sido emitidos unilateralmente por la Entidad Prestadora.
- 50.- Al respecto, APM negó que las paralizaciones y demoras en las tareas de descarga de la nave se hubieran debido a los factores alegados por ADM ANDINA, señalando que la causa de las paralizaciones habría sido la falta de envío de camiones por parte del apelante; agregando que las paralizaciones atribuibles a APM no habrían sido cobradas.



- 51.- De acuerdo con lo establecido en la lista de Precios por Otros Servicios y Recargos de APM, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se suspendan o paraliquen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 52.- De la revisión del expediente administrativo se aprecia que APM ha remitido los documentos denominados "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja"¹⁷ elaborados durante las operaciones de descarga de las Bodegas N° 1, 2, 3, 4 y 5 de la nave ATLANTIC SPIRIT, bodegas en las cuales se transportaba mercadería de ADM ANDINA.
- 53.- Con relación a los referidos documentos, ADM ANDINA ha señalado que al ser emitidos unilateralmente por APM no cuentan con valor probatorio para acreditar que las paralizaciones registradas en los mismos, resultaban atribuibles al usuario.
- 54.- Como se ha señalado precedentemente, el Contrato de Concesión otorga a APM la facultad de gestionar el terminal portuario, teniendo entre sus prerrogativas adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del mismo.
- 55.- En ese sentido, APM no sólo se presenta como una Entidad Prestadora de servicios sino también como la administradora del Terminal Portuario, teniendo el control integral de las operaciones que en ella se desarrollan de acuerdo al Reglamento de Operaciones, en atención a lo cual le corresponde no solo organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios, en el presente caso, de las operaciones de descarga; sino también controlar y registrar todas las contingencias que pudieran presentarse en el desarrollo de dichas operaciones, entre las cuales evidentemente se encuentran, las demoras o paralizaciones que pudieran ocurrir, por responsabilidad del usuario o de la propia Entidad Prestadora.
- 56.- Ahora bien, de la revisión de los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen/Nota de Tarja", se evidencia la existencia de paralizaciones imputables tanto a APM (paralizaciones por falta de cuadrilla al inicio de la jornada, avería de los equipos utilizados en la descarga y demora en el inicio de la jornada) como a ADM ANDINA (paralizaciones por falta de envío de camiones) en las labores de descarga de la mercadería transportada en la nave ATLANTIC SPIRIT.
- 57.- Al respecto, ADM ANDINA no ha negado la ocurrencia de las paralizaciones en las operaciones de descarga por la falta de envío de camiones, habiéndose limitado a justificarlas, entre otras razones, debido al incumplimiento del Plan de Operaciones por parte de la Entidad Prestadora, señalando que APM no cumplió con ejecutar la operación

¹⁷ Los documentos denominados "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" fueron enviados por APM en un Disco Compacto (CD) de datos, a través de la Carta N° 1123-2017-APMTC/CL, obrante en el folio 120 del expediente.



de descarga conforme a la planificación realizada por ella misma, habiendo incumplido además con su obligación de informar al usuario las variaciones al Plan de Operaciones que venían produciéndose durante el procedimiento de descarga.

- 58.- Con relación al Plan de Operaciones, el Anexo 5 del Plan de Operaciones de APM, versión 4, lo ha definido como el: "Documento elaborado por el Concesionario mediante el cual se detalla en forma específica las actividades que se han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una nave. Este Plan es Elaborado sobre la base de lo acordado en la Junta de Operaciones, debiéndose modificar cuando las circunstancias lo justifiquen en coordinación con las partes involucradas."
- 59.- En ese entendido, el Plan de Operaciones es el documento elaborado por la Entidad Prestadora donde se detalla de forma específica, todas las actividades de una operación de carga o descarga, convirtiéndose en el documento que determina la actuación, tanto de la Entidad Prestadora, como del usuario, durante la ejecución del servicio portuario.
- 60.- Cabe resaltar que el "Procedimiento de Descarga de Granel Sólidos" ha establecido que APM tiene el deber de ejecutar el Plan de Operaciones conforme ha sido elaborado antes del inicio de las operaciones de descarga; previéndose que de presentarse circunstancias que afecten o varíen la planificación realizada, tiene la obligación de comunicar las nuevas condiciones al usuario, con la finalidad de que éste tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario deberá asumir.
- 61.- En atención a lo señalado por ADM ANDINA, cabe indicar que de la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones"¹⁸, mediante el cual APM estableció la fecha y hora de inicio de las operaciones de descarga, ritmo de descarga, tonelaje a movilizar, número de jornadas y el orden de descarga planificado para cada Bodega de la nave ATLANTIC SPIRIT, conforme se aprecia a continuación:

¹⁸ Folios del 38 al 40.



Plan de Operaciones (PO)

Estimados señores buenas tardes;

A continuación, Plan de Trabajo

ETA 05/09 09:00 hrs
ETB 05/09 15:00 hrs (Supeditado al término de las operaciones de la Mv Graig Rotterdam)
IO 06/09 15:30 hrs

Muelle: 3-A

La nave tiene programado descargar 10,237.739 TM de TORTA de SOYA – 14.433.416 TM de MAIZ & 6,598.988 TM de FRIJOL a granel consignado a los Sres. ADM ANDINA PERU S.R.L., distribuidos según Plano de Estiba:

Plano de Estiba:

B/1 4,557.739 TM Torta de Soya
B/2 7,218.000 TM Malz
B/3 6,598.988 TM Frijol
B/4 7,215.416 TM Malz
B/5 5,680.000 TM Torta de Soya

Equipos: 4 cucharas – 4 tolvas & 3 cargadores frontales – 2 trimadoras y 1 excavadora (las mismas que ingresaran según requerimiento)

Consideraciones a la descarga:

- 1.- Operativo iniciará con 3 cuadrillas: B1 (Torta Soya) – B2 (Malz) & B5 (Torta Soya)
- 2.- Secuencia: ()

000031

	HOLD 1	HOLD 2	HOLD 3	HOLD 4	HOLD 5
	Torta Soya	Malz	Frijol	Malz	Torta Soya
1ra	750.00	1300.00			750.00
2da	750.00	1300.00			750.00
3ra	750.00	1300.00			750.00
4ta		1300.00	950.00	1300.00	750.00
5ta		1300.00	950.00	1300.00	750.00
6ta		718.00	950.00	1300.00	750.00
7ma	750.00		950.00	1300.00	750.00
8va	750.00		950.00	1300.00	430.00
9na	750.00		950.00	715.416	
10ma	57.739		898.988		

62.- De otro lado, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"¹⁹ emitido por APM, que también obra en el expediente, se aprecia que se registró la fecha y hora de inicio de las operaciones de descarga, ritmo de descarga, tonelaje movilizado, número de jornadas y el orden de descarga en el cual se desarrollaron las operaciones de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT, como se muestra a continuación:

¹⁹ Folio 13

**Reporte Final de Operaciones (RFO)**

		07/09 00:05	07/09 00:05	09/09 15:00	07/09 23:00	07/09 00:05	
INICIO OPS BODEGA		07/09 00:05	07/09 00:05	09/09 15:00	07/09 23:00	07/09 00:05	
TERMINO OPS BODEGA		11/09 14:10	10/09 01:10	11/09 14:15	10/09 11:40	10/09 01:25	
TOTAL MANIFESTADO BODEGA		4,557.739	7,218.000	6,598.988	7,215.416	5,680.000	
TIPO DE CARGA		SOYBEAN MEAL	CORN	SOY BEANS	CORN	SOYBEAN MEAL	
CONDICIÓN DE BODEGA		FULL	FULL	FULL	FULL	FULL	
TURNO	DE	HASTA	1	2	3	4	5
1	07/09 00:05	07/09 07:00	615.390	1,149.560			683.450
2	07/09 07:00	07/09 15:00	926.100	1,284.030			442.860
3	07/09 15:00	07/09 23:00	491.640	1,619.460			860.080
4	07/09 23:00	08/09 07:00	573.050			1,576.280	792.790
5	08/09 07:00	08/09 15:00	606.080			1,340.650	527.810
6	08/09 15:00	08/09 23:00	915.820			1,500.770	203.620
7	08/09 23:00	09/09 07:00	28.100	735.310		667.260	589.520
8	09/09 07:00	09/09 15:00		1,213.630		1,140.180	640.830
9	09/09 15:00	09/09 23:00		1,093.070	387.140		812.680
10	09/09 23:00	10/09 07:00	309.880	127.970	837.630	582.870	108.710
11	10/09 07:00	10/09 15:00	16.960		796.600	373.060	
12	10/09 15:00	10/09 23:00	22.410		1,911.580		
13	10/09 23:00	11/09 07:00			1,443.260		
14	11/09 07:00	11/09 14:15	15.170		1,231.220		
15							
ACUMULADO			4,520.600	7,223.030	6,607.430	7,181.070	5,662.350

63.- De los documentos señalados precedentemente, se desprende la siguiente información:

a. Con relación al inicio de operaciones y número de jornadas

	Bodega 1	Bodega 2	Bodega 3	Bodega 4	Bodega 5
Fecha y Hora de inicio de las operaciones de descarga <u>planificada</u> (Plan de Operaciones)	06.09.2016 (15:30)	06.09.2016 (15:30)	07.09.2016 (23:00)	07.09.2016 (23:00)	06.09.2016 (15:30)
Fecha y Hora de inicio de las operaciones de descarga <u>realizada</u> (Reporte Final de Operaciones)	07.09.2016 (00:05)	07.09.2016 (00:05)	09.09.2016 (15:00)	07.09.2016 (23:00)	07.09.2016 (00:05)
Número de Jornadas <u>programadas</u> según el Plan de Operaciones	7	6	6	6	9
Número de Jornadas <u>realizadas</u> en la operación de descarga	11	7	6	7	10

De acuerdo a lo detallado en el cuadro se evidencia lo siguiente:

- i.- Según el Plan de Operaciones, la operación de descarga debía de iniciar el 6 de septiembre de 2016 a las 15:30 horas en las Bodegas 1, 2 y 5; sin embargo, inició el 7 de septiembre de 2016 a las 00:05 horas.



- ii.- La descarga de la Bodega N° 3 debía iniciar el 7 de septiembre de 2016 a las 23:00; sin embargo, inició el 9 de septiembre de 2016 a las 15:00 horas.
- iii.- En el Plan de Operaciones se programó que la operación de descarga de las bodegas N° 1, 2, 3, 4 y 4, debían desarrollarse en 7, 6, 6, 6 y 9 jornadas de trabajo respectivamente; sin embargo, finalmente se desarrollaron en 11, 7, 6, 7 y 10 jornadas de trabajo.
- iv.- El número total de jornadas programadas para la operación descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT fueron de 10 jornadas; sin embargo, ésta se desarrolló en 14 jornadas.

b. Con relación al orden cronológico de la descarga

Jornada	Bodega 1		Bodega 2		Bodega 3		Bodega 4		Bodega 5	
	PO ²⁰	RFO ²¹	PO	RFO	PO	RFO	PO	RFO	PO	RFO
1	X	O	X	O					X	O
2	X	O	X	O					X	O
3	X	O	X	O					X	O
4		O	X		X		X	O	X	O
5		O	X		X		X	O	X	O
6		O	X		X		X	O	X	O
7	X	O		O	X		X	O	X	O
8	X			O	X		X	O	X	O
9	X			O	X	O	X			O
10	X	O		O	X	O		O		O
11		O				O		O		
12		O				O				
13						O				
14		O				O				

De acuerdo a lo detallado en el cuadro se evidencia lo siguiente:

- i.- En la Bodega N° 1 se programó descarga de mercadería en las jornadas N° 8 y 9; sin embargo, en dichas jornadas no se desarrollaron operaciones de descarga. Asimismo, en la referida bodega no se programó descarga en las jornadas N° 4, 5 y 6; sin embargo, en dichas jornadas sí se desarrollaron operaciones de descarga.

²⁰ Según Plan de Operaciones

²¹ Según Reporte Final de Operaciones



- ii.- En la Bodega N° 2 se programó descarga de mercadería en las jornadas N° 4, 5 y 6; sin embargo, en dichas jornadas no se desarrollaron operaciones de descarga. Asimismo, en la referida bodega no se programó descarga en las jornadas N° 7, 8, 9 y 10; sin embargo, en dichas jornadas sí se desarrollaron operaciones de descarga.
- iii.- En la Bodega N° 3 se programó descarga de mercadería en las jornadas N° 4, 5, 6, 7 y 8; sin embargo, en dichas jornadas no se desarrollaron operaciones de descarga.
- iv.- En la Bodega N° 4 se programó descarga de mercadería en la jornada N° 9; sin embargo, en dicha jornada no se desarrolló operaciones de descarga. Asimismo, en la referida bodega no se programó descarga en la jornada N° 10; sin embargo, en dicha jornada se desarrollaron operaciones de descarga.
- v.- En la Bodega N° 5 no se programó descarga de mercadería en las jornadas N° 9 y 10; sin embargo, en dichas jornadas sí se desarrollaron operaciones de descarga.
- 64.- Ahora bien, en los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen/Nota de Tarja", APM realizó el registro de las paralizaciones imputables, tanto a ADM ANDINA como a APM, los cuales habrían incidido en los tiempos programados de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT, los cuales se detallan a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA	CONCEPTO	TIEMPO (minutos)
1	Falta de cuadrillas (antes del inicio de las operaciones de descarga)	195
2	Falta de cuadrilla	45
	Avería de equipo	60
3	Avería de equipo	15
4	-	-
5	Demora en el inicio de la jornada	150
6	Avería de equipo	365
7	Avería de equipo	35
8	-	-
9	-	-
10	-	-
11	Demora en el inicio de la jornada	255
12	-	-
13	-	-
14	-	-
TOTAL DE PARALIZACIONES		1 120

Tiempos de paralización imputables a ADM ANDINA

JORNADA	CONCEPTO	TIEMPO (minutos)
1	Falta de camiones	85
2	Falta de camiones	120
3	Falta de camiones	65
4	Falta de camiones	324
5	Falta de camiones	365
6	Falta de camiones	75
7	Falta de camiones	640
8	Falta de camiones	415
9	Falta de camiones	375
10	Falta de camiones	230
11	-	-
12	Falta de camiones	20
13	-	-
14	-	-
TOTAL DE PARALIZACIONES		2 664

65.- De la información contenida en los cuadros precedentes se evidencia que existieron paralizaciones imputables tanto a APM (paralizaciones por falta de cuadrillas que debía disponer APM, averías de los equipos utilizados en la descarga y demoras en el inicio de las jornadas de trabajo) como a ADM ANDINA (falta de envío de camiones) las cuales se produjeron durante el desarrollo de toda la operación de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT.

66.- No obstante ello, cabe acotar que en el documento "Estado de Hechos por Bodega" correspondiente a la primera jornada de la operaciones de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT, se evidenció que desde las 23:00 horas del 6 de septiembre de 2016 hasta las 00:05 horas del 7 de septiembre de 2016 no se desarrollaron operaciones de descarga debido a que APM no asignó personal para iniciar con los trabajos de descarga; lo que evidencia que el incumplimiento inicial del Plan de Operaciones resulta imputable a APM.

67.- En atención a lo expuesto, se advierte que la operación de descarga de la nave ATLANTIC SPIRIT no se ejecutó conforme a lo planificado en el Plan de Operaciones, toda vez que se acredita que: i) no se inició la descarga en la fecha y hora programada; ii) se realizaron trabajos de descarga en jornadas donde no se había programado y no se realizaron en jornadas donde sí se había programado; iii) se utilizó un mayor número de jornadas para culminar la descarga; y, iv) se generaron paralizaciones desde el inicio de las operaciones de descarga imputables a APM.

68.- Al respecto, cabe recordar que el numeral 5.4.1. del Anexo N° 5 "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido" del Reglamento de Operaciones de APM, versión 4, ha



establecido responsabilidades al Concesionario que debe cumplir en el marco del procedimiento de descarga de gráneles sólidos. Entre dichas responsabilidades está: i) Hacer cumplir el Plan de Operaciones, ii) informar a los usuarios las novedades de las condiciones de descarga, iii) modificar el Plan de Operaciones ante la existencia de cualquier evento que determine una ampliación del número de jornadas establecidas en el Plan de Operaciones, entre otras responsabilidades.

- 69.- En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones no se ejecutó desde un inicio conforme a lo planificado y que existió una ampliación de jornadas para culminar la operación de descarga, correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar al usuario las nuevas condiciones que se estaban presentando conforme avanzaba los trabajos de descarga, así como acreditar que cumplió con su obligación de modificar el Plan de Operaciones y comunicarlo al usuario con la finalidad de que este tome conocimiento de las nuevas condiciones de descarga a fin de tener la posibilidad de organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar a efectos de que la atención de la descarga se realizara sin contratiempos y no incurrir en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- 70.- Sin embargo, de la revisión del expediente administrativo se advierte que la Entidad Prestadora no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que cumplió con su obligación de informar lo señalado precedentemente:
- 71.- En efecto, APM tenía la responsabilidad de comunicar a ADM ANDINA i) la falta de asignación de cuadrilla al inicio de la primera jornada de trabajo y cada una de las paralizaciones por fallas de sus equipo o las demoras para iniciar cada jornada de trabajo; ii) que la operación de descarga no iniciaría en la fecha y hora programada en el Plan de Operaciones, indicando la nueva fecha y hora de inicio de operaciones; iii) la modificación del orden en que se ejecutarían las operaciones de descarga en cada una de las Bodegas de la nave ATLANTIC SPIRIT; y iv) que la operación de descarga no culminaría en las jornadas programadas en el Plan de Operaciones, indicando la nueva cantidad de jornadas a realizar así como la fecha y hora de término de las operaciones de descarga.
- 72.- De acuerdo a lo expuesto, no se acredita que APM haya cumplido con sus responsabilidades para brindar el servicio de descarga de conformidad con el "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido".
- 73.- Cabe resaltar que si bien ADM ANDINA es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado, y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones; también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM y a la información que le envíe.
- 74.- De acuerdo a lo señalado, no corresponde el cobro del recargo de compensación de cuadrilla no utilizada recogido en la factura N° Foo3-41512.



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 OSITRAN²²;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. en el expediente N° APMTC/CL/919-2016, que declaró infundado el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L., contra la Entidad Prestadora respecto del cobro de la factura N° Foo3-41512, emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada y, en consecuencia, declarar **FUNDADO** el referido reclamo, dejándose sin efecto el cobro de la referida factura.

SEGUNDO.- DECLARAR que con la presente resolución queda agotada la vía administrativa.

TERCERO.- NOTIFICAR a ADM ANDINA PERÚ S.R.L., y a APM TERMINALS CALLAO S.A., la presente resolución.

CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal 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

²² **Reglamento de Reclamos del 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 6s.- 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".