



EXPEDIENTE N° : 011-2017-TSC-OSITRAN

APELANTE : ALICORP S.A.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N°
APMTC/CL/988-2016

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 20 de diciembre de 2017

SUMILLA: Si se acredita que las paralizaciones en la descarga ocurrieron por causas imputables al usuario, procederá el cobro por el recargo de cuadrilla no utilizada.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ALICORP S.A.A. (en adelante, ALICORP o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/988-2016 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Con fecha 23 de diciembre de 2016, ALICORP solicitó la anulación de la factura N° 003-47958, cuyo importe total asciende a US \$ 1, 652.00 (Mil seiscientos cincuenta y dos con 00/100 dólares de Estados Unidos de América), emitida por el concepto de compensación por cuadrilla no utilizada respecto de la descarga de mercadería de la nave STH KURE de Mfto. 2016-03000; argumentando que no incurrió en ninguno de los supuestos establecidos en el numeral 5.4.2.1 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM para el cobro de cuadrilla no utilizada.
- 2.- El 27 de diciembre de 2016, APM notificó la Resolución N° 1, declarando infundado el reclamo presentado por ALICORP, de acuerdo con los siguientes argumentos:



- i.- De acuerdo con lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos versión 3.1, vigente al momento de la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el "Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada", el cual se aplica, cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.
- ii.- En ese sentido, el cobro de la compensación por cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud, que se aplica al usuario cuando la Entidad Prestadora comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave ésta se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
- iii.- Al tratarse de una operación de descarga directa, su departamento de Operaciones realiza previamente un Plan de Descarga, incluyendo personal de estiba y maquinarias; con la finalidad de realizar una descarga de manera fluida y continua. Sin embargo, dicha operación puede ser interrumpida por situaciones ajenas a su voluntad, que impiden o dificultan continuar con el Plan de Operaciones programado, como por ejemplo, no contar con camiones al costado de la nave.
- iv.- En el presente caso, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se aplicó como consecuencia de un total de cuatro (04) horas de paralizaciones ocurridas durante las labores de descarga de la nave STH KURE de Mfto. 2016-03000, originadas por diversos motivos: 1) charlas de seguridad (Cod. 013), 2) estibadores a bordo (Cod. 014) y 3) falta de camiones (Cod. 017); sin embargo, los dos primeros no fueron considerados dentro del tiempo considerado para el establecer el recargo por cuadrilla no utilizada, sino solamente la paralización por falta de camiones.
- v.- En virtud a la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN, se establece que en los casos de descarga, una vez culminada la planificación, la Entidad Prestadora 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 cuántos vehículos está obligado a enviar y con qué frecuencia, con la finalidad de retirar la carga del puerto.
- vi.- APM cumplió con enviar la respectiva comunicación electrónica el 23 de noviembre del 2016, a las 19:51 horas, con el Plan de Descarga de la nave, tanto al Agente Marítimo como al Consignatario. En ese sentido, ALICORP debió enviar un número de camiones que le permitiera descargar de manera continua las 37,760.36 TM de trigo CWRS & trigo CWAD.
- vii.- Se debe considerar que los usuarios conocen los términos y condiciones del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, así como su Reglamento de



Operaciones, los cuales son de conocimiento público; por lo que los usuarios podrían calcular el periodo máximo en el que deberán desarrollar las operaciones a su cargo con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales. Estos recargos se encuentran regulados en la sección 5.4 del Reglamento de Tarifas y cuentan con una naturaleza similar a la de una "penalidad".

viii.- El artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios establece que los usuarios deberán utilizar la infraestructura portuaria y los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas establecidas para dicha infraestructura, siempre que éstas hayan sido debidamente informadas. En tal sentido, el usuario asumirá la responsabilidad en caso no observe las normas legales e internas impuestas por la Entidad Prestadora. 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.- En atención a lo expuesto, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada 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 ALICORP, por lo que corresponde el recargo de cuatro (04) horas de compensación de cuadrilla no utilizada.

3.- Con fecha 17 de enero de 2017, ALICORP interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando el argumento de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:

i.- APM sostiene que según su Reglamento de Tarifas y Política Comercial, el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas, previsto en el artículo 5.4.2.1, opera en el supuesto en el cual las operaciones de descarga se vieran interrumpidas por la falta de camiones que debió enviar su representada; sin embargo, APM no considera que dicho cobro se sustenta en una deficiencia en los servicios y atención prestados por el propio terminal portuario.

ii.- El contrato de concesión reconoce a APM la facultad de organizarse, gestionar y programar la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente; por lo que APM es el único responsable de planear las operaciones y determinar los recursos necesarios para ello.

iii.- De conformidad con lo dispuesto en la Nota N° 073-2013-GS-OSITRAN, APM debe comunicar al usuario las características de la operación; el tonelaje a movilizar, las bodegas a atender, las cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria y otros que le permitan al usuario calcular la cantidad de camiones que debe de proveer para poder llevar a cabo la operación de descarga que se ajuste al plan de operaciones elaborado por APM.



- iv.- En el presente caso, APM no remitió la información correspondiente a las características de la operación, a partir de la cual ALICORP hubiera podido calcular la cantidad de vehículos que debía de enviar así como la respectiva frecuencia de envío, más aun considerando que las tres (03) primeras jornadas de descarga de la bodega 3 estuvieron a cargo de MOLITALIA, con quien compartió bodega. Asimismo, ALICORP debió estar presente como apoyo y no como responsable en las jornadas de descarga.
- v.- En el presente caso, APM no ha remitido la información correspondiente a las características de la operación, no habiendo señalado la maquinaria que utilizaría ni tampoco otros elementos que le permitan calcular eficientemente la cantidad de camiones que debe proveer para poder llevar a cabo la operación de descarga de manera tal que se ajuste al Plan de Operaciones, el cual tampoco les fue informado.
- vi.- Por otro lado, las demoras en los ingresos de los camiones para realizar la descarga del producto, son causados por: (i) la demora excesiva para el ingreso y salida de los camiones del Terminal Portuario, (ii) la falta de puertas de acceso para camiones, (iii) la congestión generada al ingreso del Terminal por la cantidad de vehículos autorizados por la Entidad Prestadora, (iv) la congestión generada dentro del puerto para llegar a la nave para proceder a la descarga; y, (v) la congestión existente en la balanza 4.
- vii.- Respecto del Reporte de Operaciones presentado por APM como Anexo 1 de la Resolución N° 1, cabe señalar que no se tuvo en consideración que los trabajos de descarga en la bodega 3 eran compartidos con MOLITALIA quienes tenían mayor volumen.
- viii.- La congestión generada en el ingreso al Terminal Portuario por problemas de acceso, es una situación de conocimiento público al extremo que ha sido registrado en diferentes reportajes periodísticos.
- ix.- De acuerdo con el contrato de concesión de APM, el tiempo para el retiro de la mercadería no debe ser mayor de 30 minutos, el cual se computa desde el ingreso de cada camión al terminal hasta su retiro. Sin embargo, en el presente caso, el tiempo promedio de atención fue de 45 minutos por unidad de transporte.
- x.- Si APM pretende que un usuario pague el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada es necesario que presente los medios probatorios suficientes que demuestren que las causas que originaron el recargo corresponden a una actuación u omisión del propio usuario.
- xi.- Finalmente, señaló que los documentos "Estados de Hechos" y "Reporte de Operaciones", que sustentan el cobro del recargo de cuatro (04) horas por cuadrillas no utilizadas han sido emitidos unilateralmente por APM sin contar con conocimiento



o autorización previa de ALICORP, por lo que carecen de valor probatorio. Agregó que no existe medio probatorio adicional presentado por APM que sustente el cálculo para emitir la factura cuestionada.

- 4.- El 07 de febrero 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 la Resolución N° 1, añadiendo lo siguiente:
- i.- Respecto a la congestión generada en el ingreso de los camiones que provoca demoras en los tiempos de descarga, es importante señalar que APM debe asumir responsabilidad únicamente por la prestación de los servicios portuarios que se encuentran a su cargo en el terminal, por lo que la congestión en las avenidas cercanas al puerto no resulta responsabilidad de la Entidad Prestadora, al ser la fluidez del transporte en la vía pública un factor externo, imprevisible e incontrolable.
 - ii.- En relación a la alegación de ALICORP referida a que el Reporte de Operaciones fue emitido de manera unilateral y sin contar con su conocimiento previo, indicó que su área de Operaciones envía dicha información a los agentes marítimos de las naves, en su condición de representantes de los consignatarios.
- 5.- Mediante Oficio N° 904-17-TSC-OSITRAN, notificado el 23 de noviembre de 2017, la Secretaría Técnica de los Tribunales del OSITRAN requirió a APM la remisión de los documentos denominados "Reportes de Estado de Hechos" y "Controles de Tarja" elaborados durante operación de descarga de la nave STH KURE de Mfto. 2016-03000. Atendiendo a ello, APM remitió lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Carta N° 1120-2017-APMT/CL recibida por la Secretaria Técnica el 24 de noviembre de 2017.
- 6.- El 30 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia de vista de la causa, a la cual solo asistió el representante de APM, quedando la causa al voto.
- 7.- Con fecha 5 de diciembre de 2017, APM presentó su escrito de alegatos finales, agregando a lo señalado en sus escritos anteriores lo siguiente:
- i.- Del Reporte Final de Operaciones se verificó que la descarga de la mercadería de ALICORP se realizó en siete (7) jornadas, cuando solo debieron de ser seis (6). Si bien la prolongación de jornadas programadas se excedió en una (1) jornada adicional, las paralizaciones ocurrieron a lo largo de todo el proceso de descarga de la mercancía.
 - ii.- A fin de determinar los periodos en que ocurrieron las paralizaciones, se remitió el Resumen/Nota de Tarja N° 011756, de fecha 06 de julio de 2016, turno 07:00-15:00, de la descarga de trigo de tipo CWAD de la Bodega 03, mediante el cual se verificó



que se presentaron paralizaciones por un total de cuatro (4) horas por falta de camiones que ALICORP debió cumplir con enviar para la descarga directa.

iii.- Cabe señalar que el Resumen/Nota de Tarja es el documento elaborado *in situ*, es decir, en el instante en que los tarjadores realizan labores de descarga de la nave y en el que se consignan las paralizaciones.

iv.- En el presente caso, APM ha cumplido con demostrar lo siguiente: 1) Legitimidad para realizar el cobro del recargo por compensación de cuadrilla; 2) Haber efectuado la aplicación correcta del referido recargo; 3) Haber informado el Plan de Trabajo, 4) Haber demostrado que ocurrieron las cuatro (4) horas de paralizaciones.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1.
- ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la factura N° 003-47958, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 9.- En el presente caso, el usuario alega en su recurso de apelación que el servicio de descarga brindado por APM no habría sido adecuado debido a que no se le habría comunicado el detalle de las características de la operación, lo que habría generado que no pudiera enviar las unidades de transporte necesarias para la descarga de su mercadería. Agregó que se presentaron demoras en el ingreso de sus camiones al terminal por la existencia de congestión vehicular, así como que los documentos que sustenten el cobro del recargo fueron emitidos unilateralmente por APM.
- 10.- En ese sentido, corresponderá analizar si el cobro de dicho recargo resulta consecuencia de un servicio que no fue prestado de manera idónea, lo que necesariamente implicará realizar un análisis de calidad respecto del servicio de descarga brindado por APM, que a su vez conducirá a analizar si la facturación y cobro derivados de dicho servicio de descarga fue correctamente realizado.



- 11.- Ahora bien, 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.
- 12.- 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

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



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.

- 13.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de quince (15) días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 14.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 de APM, que contiene la decisión de declarar infundado el reclamo, fue notificada a ALICORP el 27 de diciembre de 2016.

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 Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-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 de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁶ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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



- ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 17 de enero de 2017.
- iii.- ALICORP presentó el recurso de apelación el 17 de enero de 2017, es decir, dentro del plazo legalmente previsto.
- 15.- 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 General (TUO de la LPAG)⁷, 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.
- 16.- 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

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

- 17.- 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

⁷ TUO de la LPAG

"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".



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."

- 18.- 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).
- 19.- 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.
- 20.- 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]

- 21.- De otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en las notas ampliatorias de la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"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.

⁸ http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios_y_recargos_deotrosservicios08072013.pdf



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]

- 22.- 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.
- 23.- Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera, por el incumplimiento de aquellas cláusulas que fueron aceptadas al establecer la relación contractual; en el presente caso, que no se utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
- 24.- 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]

- 25.- 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]

- 26.- Como se verifica del 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.

- 27.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que genera la Entidad Prestadora por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.

b) **Sobre la organización de los servicios que brinda APM**

- 28.- En torno a la manera cómo se deben prestar y organizar los servicios que se brindan al interior del Terminal Portuario, el numeral 8.1 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión establece:

"La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual la SOCIEDAD CONCESIONARIA recuperará su inversión en las Obras, así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario así como a prestar los servicios a los Usuarios. (...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito y a tomar las decisiones que, considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, respetando los términos y condiciones del presente Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables."

[El subrayado es nuestro]

- 29.- Vinculado con lo anterior, el numeral 8.2 de la cláusula 8 del referido Contrato señala:

"Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Terminal Norte Multipropósito de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico".

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

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



el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (output), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado.⁹

- 31.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente.
- 32.- 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 8.13¹⁰ del referido contrato de concesión establece la potestad de la Sociedad 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.
- 33.- De acuerdo al referido Reglamento de Operaciones de APM, 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]

- 34.- 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.

⁹ Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", Law & Society Review, Volume 37, Issue 4, pp. 691-730. Traducción libre.

¹⁰ 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:

- Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.
- Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN".



c) **Respecto de la obligación de informar por parte de APM**

35.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹¹, 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 los servicios aeroportuarios y portuarios.

... la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

a) Transparencia.- El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios..."

Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) A la información

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

36.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹², 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"*.

37.- En los artículos 56 y 58 del mencionado Reglamento de Operaciones 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".

¹¹ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

¹² Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 358-2016-APN/GG y sus modificatorias.



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 e impartir las disposiciones para el desarrollo de las operaciones.*
 - b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.*
 - c.- Planear la asignación de amarraderos.*
 - d.- Planear la 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.*
- 38.- 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.
- 39.- 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.
- 40.- 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.
- 41.- 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.



d) **Sobre el cobro de la factura N° 003-47958**

- 42.- Como se ha señalado, ALICORP indicó que el servicio de descarga brindado por APM no habría sido adecuado debido a que no se le habría comunicado el detalle de las características de la operación, lo que habría generado que no pudiera enviar las unidades de transporte necesarias para la descarga de su mercadería. Agregó que se presentaron demoras en el ingreso de sus camiones al terminal por la existencia de congestión vehicular. Asimismo, cuestionó los documentos que sustentan el cobro del recargo en la medida que fueron emitidos unilateralmente por la Entidad Prestadora.
- 43.- APM negó que las paralizaciones y demoras en las tareas de descarga de la nave se hubieran debido a los factores alegados por ALICORP, señalando que la causa de las paralizaciones fue la falta de envío de camiones por parte del usuario.
- 44.- Al respecto, cabe recordar que uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se alteren por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 45.- APM sostiene que durante la operación de descarga materia de análisis hubo un retraso de cuatro (04) horas debido a la falta de vehículos de transporte que debió enviar ALICORP para el retiro de su carga, por lo que el cobro del recargo por cuadrilla no utilizada estuvo justificado.
- 46.- Cabe señalar que el establecimiento del nivel de descarga en cada operación individual es parte de la facultad de APM para organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente, según considere pertinente, de acuerdo con los recursos (operativos, humanos, financieros) con los que cuente, respetando los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico.
- 47.- Al respecto, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través de la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN indicó que para el supuesto de descarga, una vez determinada la planificación, APM debe comunicar al usuario las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar por jornada), lo que le permitirá a este último, especialmente en el caso de descarga directa, calcular cuántos vehículos está obligado a enviar y con qué frecuencia con la finalidad de retirar la carga del puerto.
- 48.- En consecuencia, si bien APM tiene la facultad de determinar cuál será el nivel de descarga de mercadería a granel en cada operación individual, esta prerrogativa exige como contrapartida que informe las características de dicha operación al usuario para que este pueda organizarse y enviar los vehículos suficientes.



- 49.- Ello es concordante con lo establecido en el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹³, según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 50.- En el caso de que APM no determine un nivel de descarga general y fijo para todas las operaciones, sino que más bien depende de los recursos con los que cuenta y de la organización para cada operación; entonces, de acuerdo con el Reglamento de Operaciones, la oportunidad para informar a los usuarios cuál será el volumen de descarga individual será al momento de establecer y comunicar el respectivo Plan de Operaciones.
- 51.- Lo indicado es coherente con el establecimiento del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, puesto que para su aplicación se requiere que se haya incumplido con el Plan de Operaciones por causas imputables al usuario.
- 52.- Siendo esto así, se hace necesario acreditar que el usuario conocía cuál iba a ser el nivel de descarga, a efectos de que programara qué cantidad de camiones debía llevar como mínimo para que la atención se realizara sin contratiempos.
- 53.- En tal sentido, en el presente caso, en aplicación del artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, correspondía a la Entidad Prestadora probar que informó del nivel de descarga al usuario al momento de determinar y comunicar el Plan de Operaciones o en alguna de las reuniones pre-operativas que la Entidad Prestadora tuvo con el usuario.
- 54.- Con relación a lo anteriormente señalado, en el expediente se aprecia la existencia del correo electrónico de fecha 23 de noviembre de 2016 (07:51 pm horas), en el cual APM hace referencia al tonelaje a cuantificar, el número de cuadrillas a utilizar para la operación, así como también la cantidad de jornadas a trabajar y la cantidad de descarga a realizar por bodega; tal como se puede verificar a continuación:

¹³ Aprobado por la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.



From: Vildoso Miranda, Juan Ernesto
 Sent: miércoles, 23 de noviembre de 2016 07:51 p.m.
 To: Carlos Calderon Casamada; LD Tránsito Tramp; Jean Deudor; Orlando Ganoza Price; Alvaro Sanchez; Mariana Trujillo Figueroa; Iosef Zavala Osetrova
 Cc: B-APMT Callao-OC Planners; +D APMT CALLAO SHIFT MANAGER; +D APMT CALLAO GATE SUPERVISORS; Visso Alarcon; Marco Antonio; Norabuena Huanuco; Wilmer Oscar; Rantanen, Matthew; +D APMT CALLAO TRAFICO; Granadino Puente; Agustin Andres; Koolen Willem; Marijke; Ormazo Arzola; Jorge Enrique; Calderon Medina; Jorge Luis; jorge.gomez744@hotmail.com
 Subject: STH KURE - PLAN DE TRABAJO
 Attachments: STH Kure - OBL (Perú) pdf; STH Kure - Stow Plan (Callao).xls; STH Kure - UDL APM.docx

Estimados señores buenas tardes;
 A continuación detallamos Plan de Trabajo.
 ETA 23/11 18:00 Hrs.
 ETB 24/11 15:00 Hrs.
 I.O. 24/11 15:30 Hrs

Muelle : 11

La nave tiene programado descargar 25,500.00 TM de Trigo CWRS – 9,020.00 TM Trigo CWAD-3 & 10,940.360 TM de Trigo CWAD-2 a granel consignado a los diferentes consignatarios según detalle, que tienen sus lotes, distribuidos de acuerdo al siguiente Plano de Estiba.

- B1 10,940.360 TM Trigo CWAD-2 (Alicorp)
- B2 170.000 TM Trigo CWRS (Alicorp)
- B3 9,020.000 TM Trigo CWAD-3 (7,700.00 TM Molitalia – 1,320.00 TM Alicorp)
- B4 13,170.000 TM Trigo CWRS (Alicorp)
- B5 12,160.000 TM Trigo CWRS (Alicorp)

Bodega	B/L	Dirección/empresa	Commodity	Tons
2-4-5	VANCLLD015087	ALICORP	TRIGO	25,500.000
3	VANCLLD015088	ALICORP	TRIGO	1,320.000
3	VANCLLD015089	MOLITALIA	TRIGO	7,700.000
1	VANCLLD015090	ALICORP	TRIGO	10,940.360

00000

Consideraciones a la descarga:

- 1.- Operativo se trabajará con 3 cuadrillas: B1 (Trigo CWAD-2) – B4/B5 (Trigo CWRS) a SILOS & B3 (Trigo CWAD-3) inicia a camión.
 Grúa móvil # 1- Mega Toiva cuchara 30 TM a Silos 4,800.00 TM x jornada
 Grúa móvil # 2- Mega Toiva cuchara 30 TM a Silos 4,800.00 TM x jornada
 Grúa de nave a camión 1,400.00 TM x jornada

- 55.- Como se puede observar, entre los destinatarios del correo electrónico se encuentra el Agente Marítimo y el Consignatario (Iosef Zavala Osetrova – izavalao@alicorp.com.pe), evidenciándose que APM sí cumplió con remitir la información necesaria al usuario.
- 56.- Cabe precisar que, este Colegiado en anterior pronunciamiento (expediente 180-2015-TSC-OSITRAN), al resolver el recurso de apelación presentado por ALICORP, en la Resolución N° 1, emitida el 26 de febrero de 2016, identificó al Sr. Iosef Zavala Osetrova, como titular del correo electrónico izavalao@alicorp.com.pe, correspondiente a ALICORP.
- 57.- En atención a lo expuesto, la comunicación reseñada, acredita que el usuario (ALICORP) tenía conocimiento de las condiciones en las cuales dicha Entidad Prestadora efectuaría las operaciones de desembarque; de lo que se desprende que a partir de la información remitida por la Entidad Prestadora, ALICORP podía determinar cuál sería el nivel de descarga y en virtud de ello, disponer una frecuencia determinada de unidades de transporte terrestre para efectuar la descarga de la nave STH KURE.



- 58.- Asimismo, ALICORP cuestionó que los documentos "Estado de Hechos" y "Reportes de Operaciones", que sustentarían las cuatro (04) horas de paralización por falta de camiones, fueron emitidos unilateralmente por APM.
- 59.- 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.
- 60.- 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.
- 61.- En el presente caso, si bien ALICORP cuestionó los documentos emitidos por APM, cabe precisar que conforme a los procedimientos establecidos para el retiro de mercancías (PRO 107¹⁴), los tiempos de paralización por falta de camiones son registrados en el documento denominado "Notas de Tarja", emitido por la Entidad Prestadora y firmado por el tarjador; constituyéndose en un documento en el cual se consigna y se deja registro de las paralizaciones ocurridas en las operaciones de descarga.
- 62.- En todo caso, de existir algún cuestionamiento a los documentos emitidos por APM, correspondía a ALICORP presentar los medios probatorios que desvirtuaran la información contenida en los mismos; lo que no ha ocurrido a lo largo del presente procedimiento.
- 63.- Ahora bien, de los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Control de Tarja / Granel", correspondientes a la descarga de la mercadería objeto del presente procedimiento, se aprecia que el personal de APM dejó constancia de las paralizaciones ocurridas en las tareas de descarga de la Bodega N° 3 de la nave STH KURE, las cuales suman un total de 7 horas con 11 minutos, consignando que estas se habrían producido debido a la falta de camiones.
- 64.- Teniendo en cuenta ello, lo registrado en los referidos documentos acreditan que durante las labores de descarga de la mercadería transportada en la Bodega 3 de la nave STH KURE existieron paralizaciones, así como que ellas resultaron consecuencia de la falta de

¹⁴ https://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1536423929PRO_107_DESCARGA_Y_DESPACHO_DE_GRANEL_SOLIDO_CON_CLAMSHELL.pdf revisado con fecha 23 de octubre de 2017.



camiones que debía proporcionar ALICORP en su condición de usuario del servicio de descarga de mercancías.

- 65.- De otro lado, cabe señalar que en ninguno de sus escritos, ALICORP ha negado la ocurrencia de las paralizaciones en las operaciones de descarga por falta de envío de camiones, habiéndose limitado a justificarlas argumentando que no se tuvo en consideración que los trabajos de descarga en la bodega 3 eran compartidos con MOLITALIA.
- 66.- A efectos de acreditar sus afirmaciones ALICORP aportó al expediente dos (2) correos electrónicos. El primer correo hace referencia a los acuerdos de las coordinaciones pre-operativas para la descarga; y, el segundo, es la remisión efectuada por APM del Plan de Trabajo para la descarga. De la revisión se aprecia lo siguiente:
- i.- El 02 de enero de 2017, el Agente Marítimo de ALICORP, TRAMARSA remitió a ALICORP, correo electrónico mediante el cual el señor Gustavo Flores Mendivil (gfloresm@tramarsa.com.pe) manifiesta que de acuerdo a la reunión pre-operativa, Alicorp estaría de apoyo en la bodega 3.
 - ii.- El 23 de noviembre de 2016, APM remitió el Plan de Operaciones a ALICORP, en el cual se señala que MOLITALIA trabajará en la Bodega 3, la cantidad de 7,700.00 TM de trigo CWAD-3, durante las 3 primeras jornadas.
- 67.- De lo detallado precedentemente se desprende que en efecto, las operaciones de descarga en la Bodega 3 de la nave STH KURE estuvieron a cargo de MOLITALIA, durante las 3 primeras jornadas, es decir, del 24 (15:00 – 23:00) al 25 de noviembre de 2016 (7:00 – 15:00); ocurriendo que a partir de la cuarta jornada, esto es, del 25 de noviembre de 2016 (15:00 – 23:00), le correspondió a ALICORP efectuar la descarga de su mercadería.
- 68.- Ahora bien, de la revisión de los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Control de Tarja / Granel", se evidencia que las paralizaciones por falta de camiones en las operaciones de descarga de la Bodega 3, atribuibles a ALICORP, ocurrieron a partir de la cuarta jornada, por un total de 4 horas con 40 minutos.
- 69.- En tal sentido, las paralizaciones ocurridas en las operaciones de descarga de la Bodega 3, atribuibles a las bodegas compartidas con MOLITALIA; no estuvieron relacionadas con las paralizaciones cobradas por APM mediante la factura N° Foo3-47958, en la medida que en el presente caso solo se contabilizaron y cobraron las paralizaciones en las que ALICORP realizó la descarga de su mercadería de la Bodega 3 de manera exclusiva, es decir, los realizados a partir de la cuarta jornada.



- 70.- Asimismo, debe resaltarse además que ALICORP no ha desvirtuado con medio probatorio alguno la falta de envío de camiones de su parte, a partir de la cuarta jornada, es decir, del 25 de noviembre de 2016 (15:00 – 23:00).
- 71.- Cabe recordar que la carga de probar los hechos alegados se encuentra establecida en el artículo 196 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC), el cual señala que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos:

Carga de la prueba

Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

- 72.- En consecuencia, en atención a lo señalado precedentemente, corresponde desestimar los argumentos de ALICORP, verificándose que correspondía el cobro del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada efectuado por APM.

Cuestiones Finales

- 73.- En cuanto a los alegados bajos niveles de servicio y productividad en la prestación del servicio por parte de APM, cabe indicar que de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN¹⁵, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización es la encargada de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes como la atención de camiones).
- 74.- En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, respecto de los niveles de servicio y productividad a los que está obligada APM contractualmente, se advierte algún incumplimiento por parte de ésta última, corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente¹⁶.

¹⁵ **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° 08.- Supervisión de aspectos operativos

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

Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

(...)

e) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidos contractualmente para la infraestructura de transporte."

¹⁶ **Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN**

*Artículo 7º Órganos competentes

El órgano competente para la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores es la Gerencia de Supervisión.

El órgano resolutorio, en primera instancia es la Gerencia General de OSITRAN.



En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹⁷;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/988-2016 que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por ALICORP S.A.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., referido a la factura N° 003-47958, emitida por recargo por compensación de cuadrilla no utilizada; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa ALICORP S.A.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

El órgano resolutorio, en segunda instancia es el Consejo Directivo de OSITRAN¹⁸

¹⁷ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

***Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables**

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Integrar la resolución apelada;
- Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda¹⁹.

***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 materia²⁰.