



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 089-2017-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE N° : 089-2017-TSC-OSITRAN
APELANTE : ALICORP S.A.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N°
APMTC/CL/0202-2017

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 20 de diciembre de 2017

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

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ALICORP S.A.A. (en adelante, ALICORP o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0202-2017 (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 09 de mayo de 2017, ALICORP presentó dos (2) reclamos solicitando la anulación de las facturas N° 003-60742 y 003-60203, cuyo importe total asciende a US \$ 7,021.00 (Siete mil veintiuno con 00/100 dólares de Estados Unidos de América), emitidas por el concepto de compensación de cuadrilla no utilizada, 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 30 de mayo de 2017, APM notificó la Resolución N° 1, declarando infundado el reclamo presentado por ALICORP, de acuerdo con los siguientes argumentos:
- i.- OSITRAN a través del expediente N° 200-2015-TSC-OSITRAN, confirmó la legitimidad del cobro realizado por APM a los usuarios por el "Recargo por Compensación de Cuadrillas No Utilizada", al señalar que el recargo 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. En el caso de la suspensión, se aplicará el recargo cuando éste prolongue las horas del personal asignado, de acuerdo al Plan de Operaciones.
 - ii.- En esa línea, el cobro de la compensación por cuadrilla no utilizada 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; es por ello que el "Recargo por Compensación de Cuadrillas No Utilizada" no se encuentra en el Reglamento de Tarifas y Políticas Comerciales, sino en el documento denominado "Precios por otros servicios y recargos"; siendo su cobro legítimo por parte de APM en tanto se verifiquen los supuestos necesarios para su aplicación.
 - iii.- Asimismo, de acuerdo al Informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas de OSITRAN confirman no solo la legitimidad del cobro del "Recargo por Compensación de Cuadrillas No Utilizada", sino que reconocen que a través de dicho cobro se busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma responsabilidades por la no observancia de las normas legales y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
 - iv.- En relación al cobro de la Factura N° Foo3-60203, APM cumplió con comunicar el Plan de Operaciones de la nave JBU SHAPPHIRE de Mfto. 2017-00272, al Agente Marítimo TRABAJOS MARÍTIMOS y al consignatario ALICORP, mediante correo electrónico del 07 de febrero de 2017, a las 18:43 horas, remitido a las siguientes direcciones electrónicas:
OGanozaP@alicorp.com.pe,FTalaveraG@alicorp.com.pe,lZavalaO@alicorp.com.pe,mtrujillof@alicorp.com.pe,YHuasasquicheM@alicorp.com.pe,evillacrezc@alicorp.com.pe,wrosles@alicorp.com.pe,ecruz@tramarsa.com.pe,tramp@tramarsa.com.pe,CCalderonC@tramarsa.com.pe,husbanding.cl@tramarsa.com.pe. Agregó que el mencionado Plan brindó información detallada de las características de la descarga como: tonelaje a descargar, bodegas a atender, equipos a utilizar, número de cuadrillas asignadas, ritmo de descarga por hora, envío de camiones; y, jornadas de trabajo. Asimismo, la frecuencia de envío de camiones mencionado en el Plan era de 06 camiones cisterna por hora, a fin de concluir en 13 jornadas.
 - v.- Adicionalmente, de la revisión del "Reporte Final de Operaciones" y los "Estados de Hechos" de la nave JBU SHAPPHIRE, se verificó que durante 16 horas con 45 minutos

existió una paralización por falta de vehículos que debió enviar ALICORP para cumplir con el retiro de su mercadería, que fue registrado en el "Reporte de Estado de Hechos" de la mencionada nave con el código 107.

- vi.- Por lo señalado de la Factura N° F003-60203, corresponde que APM cobre por el recargo en la medida que se han verificado las siguientes condiciones: 1) ALICORP tenía pleno conocimiento del Plan de Trabajo, sin embargo no cumplió con la frecuencia de envío de los camiones para la descarga; 2) En el "Estado de Hechos" se registró una paralización de 16 horas con 45 minutos, sin embargo en la factura N° F003-60203 solo se cobró 4 horas; 3) La falta de vehículos durante la descarga provocó que se prolonguen de 13 jornadas a 15, no obstante, luego de una investigación interna se consideró el cobro por 4 horas exclusivamente atribuibles a ALICORP. Por lo expuesto, dicha factura se encuentra correctamente aplicada.
- vii.- En relación al cobro de la Factura N° F003-60742, APM cumplió con comunicar el Plan de Operaciones de la nave TRF MARQUETTE de Mfto. 2017-00926, al Agente Marítimo TRABAJOS MARÍTIMOS y al consignatario ALICORP, mediante correo electrónico del 15 de abril de 2017, a las 3:38 horas, remitido a las siguientes direcciones electrónicas: IZavalaO@alicorp.com.pe, DLiclaD@alicorp.com.pe, OGanozaP@alicorp.com.pe, FYauc aA@tramarsa.com.pe, gfloresm@tramarsa.com.pe, PCalderonS@tramarsa.com.pe, Ope racionesFlota@tramarsa.com.pe, tramp@tramarsa.com.pe. Agregó que el mencionado Plan brindó información detallada de las características de la descarga como: tonelaje a descargar, bodegas a atender, equipos a utilizar, número de cuadrillas asignadas, ritmo de descarga por hora, envío de camiones; y, jornadas de trabajo. Asimismo, la frecuencia de envío de camiones mencionado en el Plan era de 06 camiones cisterna por hora, a fin de concluir en 13 jornadas.
- viii.- Adicionalmente, de la revisión del "Reporte Final de Operaciones" y los "Estados de Hechos" de la nave TRF MARQUETTE, se verificó que durante 20 horas con 45 minutos existió una paralización por falta de vehículos que debió enviar ALICORP para cumplir con el retiro de su mercadería, que fue registrado en el "Reporte de Estado de Hechos" de la mencionada nave con el código 107.
- ix.- En ese sentido, por lo señalado en la Factura N° F003-60742, corresponde que APM cobre por el recargo en la medida que se han verificado las siguientes condiciones: 1) ALICORP tenía pleno conocimiento del Plan de Trabajo, sin embargo no cumplió con la frecuencia de envío de los camiones para la descarga; 2) En el "Estado de Hechos" se registró una paralización de 20 horas con 45 minutos, sin embargo en la factura N° F003-60742 solo se cobró 13 horas; 3) La falta de vehículos durante la descarga provocó que se prolonguen de 13 jornadas en 01 jornada y 5 horas, no obstante, luego de una investigación interna se consideró el cobro por 13 horas totalmente atribuibles a ALICORP. Por lo expuesto, dicha factura se encuentra correctamente aplicada.

- 3.- Con fecha 20 de junio 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 de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5.4 de la versión 1.6 de su Reglamento de Tarifas y Política Comercial, se encuentra facultado para cobrar recargos cuando en el transcurso de una relación comercial existente entre el operador portuario y el usuario, hubiese surgido un hecho generador que se encuentre comprendido dentro de dicho cuerpo normativo. En el presente caso, el recargo facturado se encuentra previsto en el artículo 5.4.2.1 y opera en el supuesto de que las operaciones de descarga se vieran interrumpidas por la falta de camiones que debió enviar ALICORP; sin embargo, APM no analiza que la falta de ellos es consecuencia de una prestación deficiente del servicio por parte de la Entidad Prestadora.
 - 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 ese contexto, respecto a la descarga de la nave JBU SHAPPHIRE, APM señaló haber remitido la información correspondiente a las características de la operación mediante correo electrónico de fecha 07 de febrero de 2017, información a partir de la cual indicó que ALICORP pudo haber calculado la cantidad y la frecuencia de vehículos que estaba obligada a enviar con el fin de retirar la carga del puerto.
 - v.- Sin embargo, la información proporcionada por la Entidad Prestadora en el correo de fecha 07 de febrero de 2017 a las 18:43 horas, resultó ser errónea, ya que conforme se aprecia del mencionado correo, el inicio de las operaciones estuvo previsto para el 07 de febrero de 2017 a las 23:30 horas; no obstante, conforme se evidencia del reporte final de operaciones presentado por APM y que dio pie al cobro de la Factura N° F003-60203, el inicio de operaciones se realizó el día 08 de febrero de 2017 a las 00:18 horas.
 - vi.- Adicionalmente, la comunicación del Plan de Operaciones fue remitida de manera tardía, toda vez que el correo fue comunicado el 07 de febrero a las 18:43 horas y la operación inició el 08 de febrero a las 00:18 horas, es decir en un plazo sumamente corto. Agregó que el Plan no señaló la maquinaria que se utilizaría para la descarga,

por lo que no pudieron calcular eficientemente la cantidad de camiones para el retiro de la carga de acuerdo con el Plan de Operaciones diseñado por APM.

- vii.- Ahora bien, en el extremo de la descarga de la nave TRF MARQUETTE, APM señaló haber remitido la información correspondiente a las características de la operación mediante correo electrónico de fecha 15 de abril de 2017, a las 3:38 horas, información a partir de la cual indicó que ALICORP pudo calcular la cantidad y la frecuencia de vehículos que estaba obligada a enviar con el fin de retirar la carga del puerto.
- viii.- Sin embargo, la información proporcionada por la Entidad Prestadora en el correo de fecha 15 de abril de 2017 resultó ser errónea, pues conforme se puede apreciar del mencionado correo, el inicio de las operaciones estuvo previsto para el 17 de abril de 2017 a las 23:30 horas; no obstante, conforme se evidencia del reporte final de operaciones presentado por APM y que dio pie al cobro de la factura N° **F003-60742**, el inicio de operaciones se realizó en realidad el día 17 de abril de 2017 a las 18:00 horas.
- ix.- 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 las balanzas.
- x.- La demora en el ingreso de los camiones fue responsabilidad directa de APM, al no permitir el ingreso de los mismos al puerto. Como prueba de ello, se adjuntan al recurso de apelación 3 correos de fecha 21 de abril de 2017, por medio de los cuales informan acerca de: i) problemas de acceso para unidades al costado del buque, ii) problemas de acceso de los camiones en la madrugada, toda vez que solo dejaban ingresar 4 camiones; y, iii) congestión en la parte externa de ingreso.
- xi.- 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.
- xii.- 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.
- xiii.- Resulta poco razonable que se pretenda el cobro por cuadrilla no utilizada, cuando el origen del recargo radicó en la falta de información suficiente por parte de APM.

- xiv.- Finalmente, señaló que los documentos "Estados de Hechos" y "Reporte de Operaciones", correspondientes al Anexo 2 y 4 de la resolución apelada, que sustentan las demoras producidas en la descarga de mercadería de las naves JBU SHAPPHIRE y TRF MARQUETTE 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 las facturas cuestionadas.
- 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.- En relación al Plan de Trabajo de la nave JBU SHAPPHIRE de Mfto. 2017-00272, cabe señalar que este no fue refutado ni desvirtuado por ALICORP en su momento, lo que demuestra que tenía conocimiento de las condiciones en las que APM efectuaría las operaciones de desembarque, así como el nivel de descarga; en consecuencia, APM cumplió con su deber de comunicación a ALICORP.
 - ii.- Por otro lado, en relación al error recogido en el Plan de Trabajo de la nave TRF MARQUETTE, si bien se había planificado que las operaciones iniciarían el 17 de abril de 2017 a las 23:30 horas, con fecha 16 de abril de 2017 a las 11:07 horas, TRAMARSA, en calidad de Agente Marítimo, solicitó la reprogramación del ingreso de la mencionada nave para el día 17 de abril de 2017 a las 15:00 horas, por temas documentarios. En ese sentido, con fecha 16 de abril de 2017 a las 11:12 horas, APM respondió vía correo electrónico indicando que reprogramaría el ingreso para el día 17 de abril de 2017 a las 15:00 horas. Por tal motivo, las operaciones iniciaron de acuerdo a la solicitud de atraque anticipado enviado por TRAMARSA. Con la finalidad de probar los acuerdos realizados, se adjuntan los correos cursados con TRAMARSA.
 - iii.- 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 la 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. Asimismo, ALICORP no ha acreditado con prueba fehaciente que la demora en el ingreso de sus camiones se haya producido por la supuesta congestión vehicular, por lo que no se puede determinar que APM sea la responsable de la ocurrencia de dichos perjuicios.
- 5.- Mediante Oficio N° 905-17-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 las naves JBU SHAPPHIRE de Mfto. 2017-00272 y TRF MARQUETTE de Mfto. 2017-00926. Atendiendo a ello, APM remitió lo solicitado mediante Carta N° 1124-2017-APMT/CL recibida por la Secretaria Técnica el 28 de noviembre de 2017.

- 6.- El 30 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia de vista de la causa, a la cual asistió únicamente el representante de APM, quedando la causa al voto.
- 7.- Con fecha 5 de diciembre de 2017, APM presentó su escrito de alegatos finales, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1 y en la absolución del recurso de apelación.

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 las facturas N° 003-60742 y 003-60203 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 oportuna y adecuadamente 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 sustentan 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 30 de mayo de 2017.

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 20 de junio de 2017.
- iii.- ALICORP presentó el recurso de apelación el 20 de junio 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) Cuestión Previa: sobre la acumulación de los dos (2) reclamos presentados por ALICORP

- 17.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 30 de mayo de 2017, APM resolvió los dos (2) reclamos interpuestos por ALICORP relacionados con las facturas N° F003-60203 y F003-60742. Sin embargo, de la revisión de la referida Resolución se aprecia un vicio en el acto administrativo emitido por APM, toda vez que acumuló los dos (2) reclamos en un único pronunciamiento, sin motivar adecuadamente dicho acto.
- 18.- Ahora bien, cabe señalar que el artículo 158° del TUO de la LPAG, establece la facultad de la autoridad responsable de la instrucción de disponer la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión⁸; ocurriendo que existirá dicha conexidad cuando se identifiquen elementos comunes entre las distintas pretensiones o cuando se verifiquen elementos afines a ellas, conforme a lo señalado en el artículo 84° del Código Procesal Civil⁹, de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos.

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".

⁸ TUO de la LPAG

"Artículo 158.- Acumulación de procedimientos La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión".

⁹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 84°.- Conexidad

Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas.

- 19.- Conforme a lo indicado, en el presente caso se advierte que los dos (2) reclamos presentados por ALICORP el 09 de mayo de 2017 se encuentran vinculados al cobro de cuadrillas no utilizadas.
- 20.- En este punto, cabe tener en consideración que el artículo 14° del TUO de la LPAG¹⁰ señala que cuando el vicio del acto administrativo no sea trascendente prevalecerá la conservación del acto. En ese sentido, ocurriendo que los cuatro (4) reclamos de TRAMARSA guardan conexidad, y más allá de que en el caso en concreto existiera una motivación insuficiente para la acumulación de los cuatro (4) reclamos presentados por TRAMARSA; corresponde la conservación de la Resolución N° 1 emitida por APM mediante lo cual se acumularon los referidos reclamos y se emitió el pronunciamiento mediante el cual estos fueron declarados infundados.

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

- 21.- 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

¹⁰ **TUO de la LPAG**

Artículo 14.- Conservación del acto

14.1. Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2. Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(...)

14.2.2. El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

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."

- 22.- 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).
- 23.- 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.
- 24.- 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]

- 25.- 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"¹¹. 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.

¹¹ http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios_y_recargos_deotroservicioso8072013.pdf

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]

- 26.- 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.
- 27.- 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.
- 28.- 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]

- 29.- 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]

- 30.- 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.

- 31.- 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.

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

- 32.- 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]

- 33.- 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]

- 34.- 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.¹²

- 35.- 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.
- 36.- 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 8.13¹³ 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.
- 37.- 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]

- 38.- 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.

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

¹² 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.

¹³ 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.
b) Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN".

- 39.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁴, 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".

[El subrayado y resaltado son nuestros]

- 40.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹⁵, 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".

- 41.- 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".

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.

¹⁴ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

¹⁵ Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 358-2016-APN/GG y sus modificatorias.

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."*
- 42.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.
- 43.- Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora.
- 44.- El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.
- 45.- En este orden de ideas, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.
- e) **Sobre el cobro de las facturas N° 003-60203 y 003-60742**

- 46.- 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 oportuna y adecuadamente 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.
- 47.- 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.
- 48.- 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.
- 49.- APM sostiene que durante la operación de descarga materia de análisis hubo un retraso de cuatro (04) horas en la descarga de la nave JBU SHAPPHIRE y trece (13) horas en la descarga de la nave TRF MARQUETTE, 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.
- 50.- 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.
- 51.- 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.
- 52.- 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.

- 53.- Ello es concordante con lo establecido en el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁶, según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 54.- 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.
- 55.- Lo indicado es coherente con el establecimiento del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, pues para su aplicación se requiere que se haya incumplido con el Plan de Operaciones por causas imputables al usuario.
- 56.- 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.
- 57.- 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.
- 58.- Al respecto, cabe señalar que el artículo 55 del Reglamento de Operaciones de APM, establece expresamente que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o cualquier otro medio documentado en aspectos relacionados con las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios. En tal sentido toda información vinculada a las operaciones portuarias debe ser transmitida a todos los usuarios de los servicios a través del correo electrónico o medio documentado, puesto que se considera que a través de este medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que efectivamente APM cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a los intereses de éstos.
- 59.- Sobre el particular, en relación a la factura N° **F003-60203** del expediente administrativo, se verifica que APM ha presentado como medio probatorio el correo electrónico de fecha 07 de febrero de 2017, enviado a las 18:43 horas, mediante el cual comunicó el Plan de Operaciones de la nave JBU SHAPPHIRE a ALICORP, indicándole que a efectos de descargar las 10, 000.00 TN de mercadería de su propiedad, deberá mantener un ritmo de 190.00TN por hora, contando con seis (6) cisternas por hora¹⁷.

¹⁶ Aprobado por la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

¹⁷ Folios 30

- 60.- Ante ello, ALICORP ha reconocido que efectivamente recibió el referido correo electrónico, no obstante, alega que el mismo habría sido remitido de manera tardía y con contenido erróneo. Tardíamente en la medida que el citado correo fue remitido el 07 de febrero de 2017, a las 18:43 horas, y las operaciones de descarga iniciaban el mismo día a las 23:30 horas, esto es, con solo 4 horas y 47 minutos antes del inicio de las operaciones de descarga de la nave. Agregó que lo recibió erróneamente dado que del reporte final de operaciones presentado por APM, el inicio de operaciones se realizó el día 08 de febrero de 2017 a las 00:18 horas.
- 61.- Sobre el particular, APM ha indicado que ALICORP no refutó ni desvirtuó en su momento el Plan de Operaciones enviado, demostrando de esta forma conformidad con las condiciones en las cuales se efectuarían las operaciones de descarga.
- 62.- Al respecto, es pertinente señalar que si bien el Reglamento de Operaciones de APM en los casos de "descarga de granel líquido" no ha establecido un plazo en el cual la Entidad Prestadora tenga el deber de comunicar el Plan de Operaciones al usuario, como si lo ha señalado para los casos de "descarga de granel sólido"¹⁸; cabe recordar que conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM, los usuarios tienen derecho a acceder a información completa, detallada y oportuna sobre la forma en que los servicios le serán brindados, ello con la finalidad de que tome conocimiento de sus alcances, a efectos de realizar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir, y poder adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando incurrir en sobrecostos no esperados.
- 63.- En atención a lo expuesto, este Tribunal considera que en el presente caso, la comunicación del Plan de Operaciones de la nave JBU SHAPPHIRE remitida por APM a ALICORP no resultó oportuna, en la medida que únicamente se otorgó al usuario 4 horas y 47 minutos antes del inicio de las operaciones para que pudiera realizar todas las coordinaciones necesarias para el traslado de las unidades de transporte hasta el Terminal Portuario, a fin de que estuvieran al lado de la nave a efectos de iniciar la descarga de su mercadería a las 23:30 horas del 07 de febrero de 2017, tal y como lo había previsto el Plan de Operaciones.
- 64.- No resulta razonable considerar que las 4 horas y 47 minutos señaladas, resulten un espacio de tiempo suficiente para que el usuario coordine la contratación o envío de los camiones y estos puedan llegar al lado de la nave al interior del Terminal Portuario.

¹⁸ Anexo 5

PROCEDIMIENTO PARA LA DESCARGA DE GRANEL SÓLIDO

(...)

5.4 Concesionario APM TERMINALS

5.4.1. En su condición de empresa de estiba/desestiba

(...)

• Informar al usuario el Plan de Operaciones a más tardar 24 horas antes del inicio de las operaciones con el detalle de las operaciones programadas.

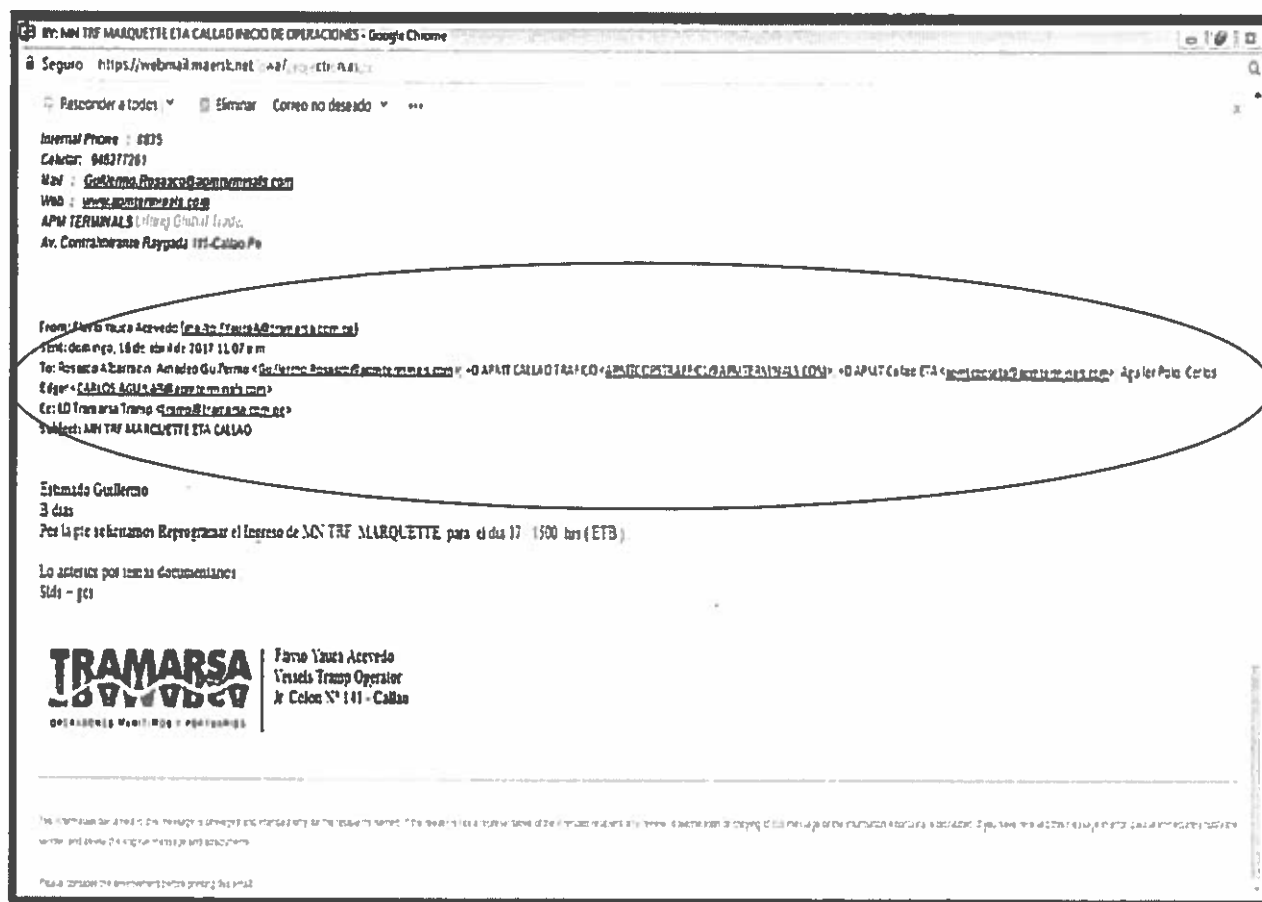
(...)

[Subrayado y negrita agregado]

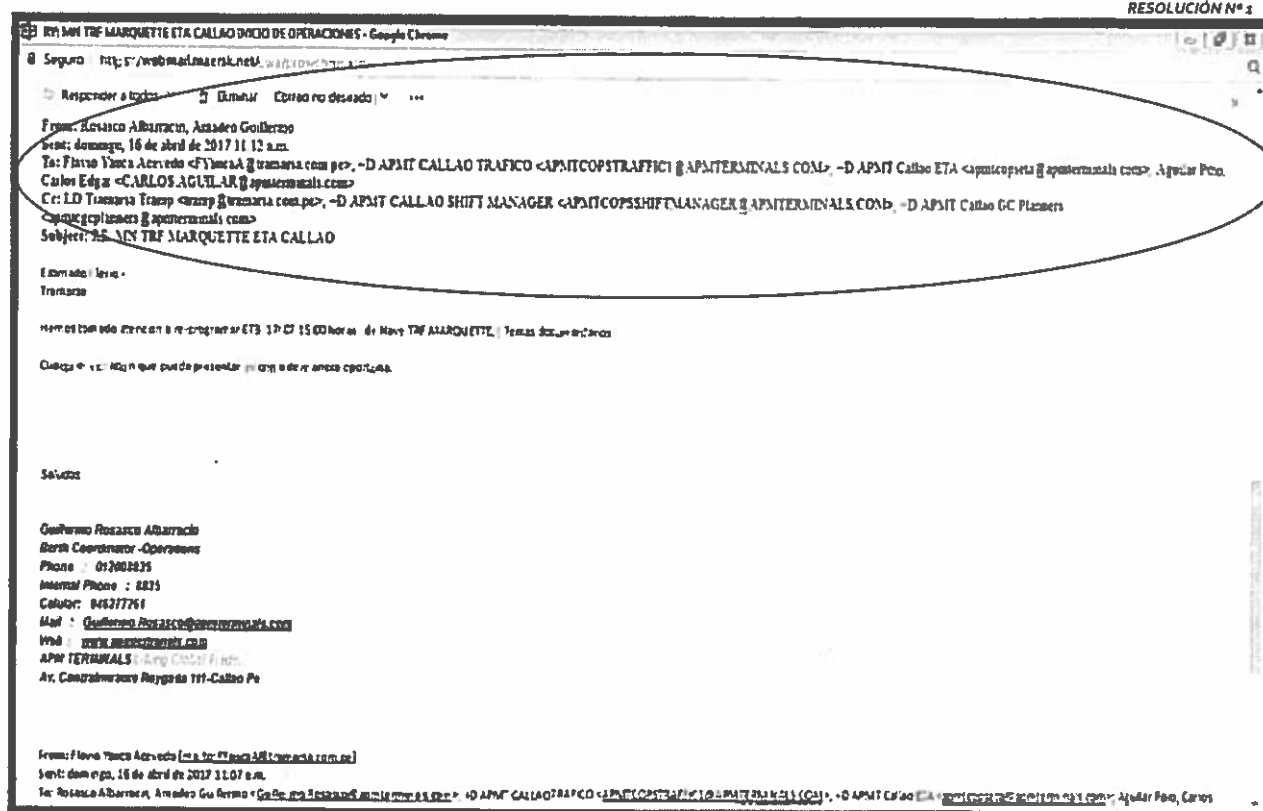
- 65.- Respecto de la información referido al inicio de las operaciones de descarga de la nave JBU SHAPPHIRE, contenida en el correo que comunicó el Plan de Operaciones, es preciso indicar que si bien el inicio estuvo programado para el 07 de febrero de 2017 a las 23:30 horas; de la revisión del documento "Resumen / Nota de Tarja" se advierte que el tarjador de APM consignó como inicio de operaciones el 08 de febrero de 2017 a las 00:20 horas (sin registrar paralizaciones de ningún tipo), mientras que en el documento "Estados de Hechos por Bodega" el capataz de APM consignó que las operaciones de descarga iniciaron desde las 23:20 horas hasta las 02:55 horas, evidenciándose que los mencionados documentos registraron fechas distintas del inicio de las operaciones, por tanto, ALICORP no contó con información precisa respecto del inicio de las operaciones de descarga, advirtiéndose incongruencias en los documentos elaborados por la propia Entidad Prestadora.
- 66.- Por otro lado, en relación a la factura N° F003-60742, del expediente administrativo se verifica que APM ha presentado como medio probatorio el correo electrónico de fecha 15 de abril de 2017, enviado a las 03:38 horas, mediante el cual comunicó el Plan de Operaciones de la nave TRF MARQUETTE a ALICORP, indicándole que a efectos de descargar las 4, 000.000 TN de mercadería de su propiedad, deberá mantener un ritmo de 187.500TN por hora, contando con seis (6) cisternas por hora¹⁹.
- 67.- Ante ello, ALICORP ha reconocido que efectivamente recibió el referido correo electrónico, no obstante, alega que la información proporcionada por la Entidad Prestadora en el correo de fecha 15 de abril de 2017 también resultó errónea, pues conforme se puede apreciar del mencionado correo, el inicio de las operaciones estuvo previsto para el 17 de abril de 2017 a las 23:30 horas; sin embargo, conforme se evidencia del reporte final de operaciones presentado por APM, el inicio de operaciones se realizó en realidad el día 17 de abril de 2017 a las 18:00 horas.
- 68.- Sobre el particular, APM ha indicado que en relación al error recogido en el Plan de Trabajo de la nave TRF MARQUETTE, si bien se había planificado que las operaciones iniciarían el 17 de abril de 2017 a las 23:30 horas, con fecha 16 de abril de 2017 a las 11:07 horas, TRAMARSA en calidad de Agente Marítimo, solicitó la reprogramación del ingreso de la mencionada nave para el día 17 de abril de 2017 a las 15:00 horas, por temas documentarios. En ese sentido, con fecha 16 de abril de 2017 a las 11:12 horas, APM respondió vía correo electrónico indicando que reprogramaría el ingreso para el día 17 de abril de 2017 a las 15:00 horas. Por tal motivo, las operaciones iniciaron de acuerdo a la solicitud de atraque anticipado enviado por TRAMARSA. Con la finalidad de probar los acuerdos realizados, se adjuntan los correos cursados con TRAMARSA.

¹⁹ Folios 56

- 69.- Al respecto, de la verificación de los correos cursados entre APM y TRAMARSA²⁰ sobre la modificación del inicio de las operaciones para la descarga, se advierte que éstos no fueron comunicados a ALICORP. Lo anterior se advierte de la lista de destinatarios del correo remitido por TRAMARSA a APM, a través del cual solicita la reprogramación, y viceversa, de la respuesta dada por APM a TRAMARSA, por medio del cual confirma la reprogramación para el 17 de abril de 2017 a las 15:00 horas. Tal como se observa a continuación:



²⁰ Folios 156 y 157



- 70.- Cabe resaltar que si bien se evidencia APM cumplió con comunicar mediante correo electrónico a ALICORP el Plan de Operaciones original; sin embargo, tal como se puede advertir de las imágenes precedentes, omitió comunicar la modificación del inicio de las operaciones de descarga de la nave TRF MARQUETTE, acordado con el Agente Marítimo TRAMARSA; habiendo debido de comunicar de las modificaciones a ALICORP, tal y como le comunicó el Plan de Operaciones original.
- 71.- En esa línea, se concluye que al no haberse comunicado a ALICORP sobre la reprogramación efectuada por APM, la apelante no tenía información certera para calcular el número de unidades a enviar; considerando que toda información vinculada a las operaciones portuarias deben ser transmitidas a todos los usuarios de los servicios a través de correo electrónico o medio documentado.
- 72.- Lo anterior se condice con lo señalado en el Anexo 4 del Reglamento de Operaciones de APM, el cual recoge lo siguiente:

Procedimiento para el funcionamiento de la Junta Pre-operativa y Junta de Operaciones

(...)

5. Desarrollo de las Juntas

(...)

5.4 Comunicación Externa

El Concesionario establecerá los canales de comunicación adecuados, confiables y oportunos para asegurar la comunicación con los usuarios y/o representantes así como para optimizar la capacidad de respuesta del terminal ante ocurrencias o modificaciones que puedan presentarse en el desarrollo de las operaciones.

Las comunicaciones sobre cualquier modificación a los acuerdos adoptados en la Junta de Operaciones deberán de priorizarse y atenderse con la debida oportunidad.

En todos los casos es responsabilidad del concesionario asegurarse del conocimiento oportuno de la información que requieren los usuarios y/o sus representantes.

[Subrayado agregado]

- 73.- Cabe resaltar que si bien ALICORP es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones; también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM.
- 74.- Asimismo, debe indicarse que si bien para el caso de asignación de amarraderos, el artículo 61 establece nuevamente la obligación de comunicar por correo electrónico y además para este caso y para la publicación de la lista de arribo de naves, señala que esta información se podrá publicar, además, vía website; el uso de la website debe entenderse como un método complementario, pero no alternativo ni sustituto del correo electrónico o medio documentado para el caso de remitir información al usuario.
- 75.- La programación de amarraderos se encuentra en la página web de APM a disposición de los usuarios, cabe señalar que en dicha programación no se verifica que se haya consignado información referida a la cantidad de cuadrillas a utilizar, ni que se haya establecido el nivel de descarga conforme al cual se efectuará el desembarque de una determinada mercancía.
- 76.- En ese sentido, pese a que la Entidad Prestadora debió brindar información adecuada, detallada y oportuna respecto de las características de la operación de descarga (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar por jornada) de las naves JBU SHAPPHIRE y TRF MARQUETTE, a efectos de permitirle al usuario, en este caso ALICORP, calcular el número de unidades vehiculares a enviar, así como la frecuencia en que debía enviarlos en un determinado lapso de tiempo; no cumplió con dicha obligación.
- 77.- En consecuencia, no corresponde a APM realizar el cobro de las facturas N° F003-60203 y F003-60742 por concepto de cuadrilla no utilizada.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN²¹;

²¹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

²² Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0202-2017, y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por ALICORP S.A.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto del cobro de las facturas N° Foo3-60203 y Foo3-60742, emitida por el recargo de compensación de cuadrilla no utilizada, dejando sin efecto su cobro.

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

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

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

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



ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

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

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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