



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 192-2018-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 192-2018-TSC-OSITRAN
APELANTE : ADM ANDINA PERÚ S.R.L.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0241-2018

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 22 de julio de 2019

SUMILLA: *Corresponde revocar en parte la resolución recurrida, en la medida que habiéndose verificado la existencia de paralizaciones atribuibles a APM y paralizaciones atribuibles al usuario, se desprende que ambas incidieron en la ampliación de las jornadas de trabajo inicialmente previstas.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. (en adelante, ADM ANDINA o apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0241-2018 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

1.- Con fecha 19 de junio de 2018, ADM ANDINA interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° 003-84819, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US\$ 2,102.76 (dos mil ciento dos con 76/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:

- i.- Conforme al Plan de Trabajo emitido por APM, la descarga de la nave ALTAIR SKY se realizaría en ocho (8) jornadas; no obstante, del Reporte Final de Operaciones de APM se corrobora que la operación de descarga se efectuó en siete (7) horas; es decir, en un tiempo menor a lo programado.
- ii.- Mediante Protesto Informativo M.N. ALTAIR SKY presentado ante la Capitanía Guardacostas Marítima del Callao el 21 de marzo de 2018, la empresa Controles Supervisiones Marítimas Portuarias JLF S.A.C. - CONSUMARPORT informó que las



operaciones de descarga se vieron afectadas por paralizaciones atribuibles a APM. En ese sentido, se detalló un total de veintiocho (28) horas con 38 minutos de paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora ocasionadas por los siguientes motivos: *armado y conexión de equipos, falta de operador de la arlona, movilización de equipos a bodega, purga de cuchara, paralización descarga de bodega por falla de cuchara, reinicio de jornada, ingreso de cargador frontal a bodega, mantenimiento de cuchara, falta de comunicación para ingreso de tolvas y movilización de equipos.*

- iii.- Si bien en el referido Protesto Informativo se indicó la existencia de un total de treinta y dos (32) horas con doce (12) minutos de paralizaciones por falta de envío de unidades vehiculares, dicha situación fue imputable a APM, puesto que no brindó las facilidades de acceso al terminal portuario desde el exterior, situación comunicada a la Entidad Prestadora mediante correo electrónico del 18 de marzo de 2018 a las 12:13 horas, adjuntándose al citado correo fotografías que acreditaron la congestión en la zona de descarga.
- iv.- El recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas se genera cuando el usuario cancela, suspende o paraliza la prestación del servicio; sin embargo, en el presente caso, las paralizaciones efectuadas durante la operación de descarga fueron causadas por APM, no siéndole aplicable el referido recargo.
- v.- La factura cuestionada ha sido emitida incluyendo el cobro del IGV, cuando el "Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada" no debe estar gravado con el referido impuesto.

2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 3 de agosto de 2018, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado por los siguientes argumentos:

- i.- De acuerdo a lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos vigente a la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar los siguientes tipos de recargo: a) generales; b) por los servicios prestados a la nave; y, c) por los servicios prestados a la carga.
- ii.- El cobro por "Compensación de Cuadrilla No Utilizada" es un recargo y no una solicitud, aplicable cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
- iii.- ADM ANDINA pretende desconocer el cobro de la Factura N° 003-84819, alegando que no se habría cumplido con el Plan de Trabajo programado, debido a que la operación de descarga de la nave ALTAIR SKY debió realizarse en ocho (8) jornadas; sin embargo, se ejecutó en siete (7) jornadas; es decir en menor tiempo de lo programado.



- iv.- En relación al supuesto incumplimiento del Plan de Trabajo de la nave ALTAIR SKY, precisó que mediante correo electrónico del 16 de marzo de 2018, se informó a ADM ANDINA que la nave realizaría la operación de descarga en dos (2) atraques con ocho (8) jornadas. Iniciándose la misma en el muelle 11 con descarga a silos y camión en cuatro (4) jornadas; luego de ello la nave procedería a cambiar de muelle (muelle 3B) para ejecutar la descarga restante directo a camión en cuatro (4) jornadas.
- v.- En ese sentido, del Reporte Final de Operaciones, se acredita que el primer atraque de la nave ALTAIR SKY culminó dentro de las cuatro (4) jornadas programadas. Sin embargo, en el segundo atraque se aprecia que la operación se prolongó en tres (3) jornadas adicionales, debido a la falta de camiones para la descarga de mercadería, hecho imputable a ADM ANDINA.
- vi.- El recargo por compensación por cuadrillas no utilizadas se aplicó como consecuencia de 10 horas con 47 minutos de paralizaciones ocurridas durante las labores de descarga de la nave ALTAIR SKY correspondiente a la bodega N° 4, cuya carga era exclusiva de ADM ANDINA; es decir, no se compartió con otro consignatario trabajando de manera solitaria. Dicha situación se corrobora con el documento "Resumen / Nota de Tarja", donde se evidenciaron las demoras por falta de camiones externos.
- vii.- ADM ANDINA presentó el Protesto Informativo M.N. "ALTAIR SKY" emitido por la empresa CONSUMARPORT, mediante el cual informó que por encargo de ADM ANDINA procedió a registrar supuestas paralizaciones imputables a APM; no obstante, dicho documento carece de validez en la medida que no se encuentra firmado y/o suscrito por algún representante de la referida empresa o por APM.
- viii.- En caso dicho documento hubiera estado firmado, tampoco hubiera constituido prueba fehaciente de las supuestas demoras imputables a APM, toda vez que los medios probatorios idóneos para registrar el detalle de las operaciones lo constituyen los documentos denominados "Resumen / Nota de Tarja" elaborados por el Concesionario durante la operación de descarga.
- ix.- En el supuesto negado de que las paralizaciones registradas en el cuadro emitido por CONSUMARPORT hubieran ocurrido, tampoco serían imputables a APM, debido a que las demoras ocasionadas; por ejemplo, por el ingreso del cargador frontal y movilización de equipos, eran necesarias para ejecutar la prestación del servicio.
- x.- En relación a si la factura por "Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada" se encuentra afecta al IGV, dicho recargo está vinculado a la compensación por la asignación de personal directamente relacionada a la contraprestación de una operación (carga o descarga) que debe ser gravada, por lo que APM viene aplicando correctamente el IGV conforme a las normas tributarias vigentes.

- 3.- Con fecha 23 de agosto de 2018, ADM ANDINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 expedida por APM reiterando los argumentos expuestos en su reclamo, y agregando lo siguiente:
- i.- Si bien es cierto que en el Plan de Trabajo se programó que la operación de descarga se realizaría en dos (2) atraques cada uno con cuatro (4) jornadas de trabajo, solo el primer atraque se ejecutó conforme a lo programado, toda vez que para el segundo atraque la operación de descarga se prolongó en tres (3) jornadas adicionales, debido a las paralizaciones ocurridas en el desarrollo de dicha operación imputables a APM, tal como se detalló en el Protesto Informativo M.N. "ALTAIR SKY".
 - ii.- Respecto de la validez del Protesto Informativo M.N. "ALTAIR SKY", este fue enviado por la empresa CONSUMARPORT a ADM ANDINA el 21 de marzo de 2018, lo que demuestra que dicho protesto fue elaborado por la referida empresa siendo presentada a la capitanía de Guardacostas Marítima del Callao sin observación alguna.
 - iii.- Las paralizaciones producidas por falta de unidades vehiculares para el recojo de su mercadería, fueron ocasionadas por la congestión en las líneas de ingreso al terminal portuario de APM, circunstancia imputable a la Entidad Prestadora, pues debió prever cualquier contingencia que se produjera dentro o fuera de sus instalaciones a fin de que no se generaran demoras en el desarrollo de las operaciones de descarga.
 - iv.- El Reglamento de Operaciones de APM, versión 4, vigente hasta el 5 de febrero de 2018, regula la compensación entre los tiempos de retraso imputables a APM y al usuario. Sin embargo, el Reglamento de Operaciones de APM, versión 5, aplicable al presente caso, ya no regula tal compensación, el cual representaba el único mecanismo con el cual podía exigirse a APM asumir su responsabilidad por las paralizaciones reclamadas.
 - v.- Dicho cambio deja a los usuarios a merced de lo que disponga APM pues ya no existe mecanismo alguno para verse resarcido por el incumplimiento en la prestación de los servicios portuarios, en la medida que en muchas ocasiones las demoras por parte del usuario se deben a paralizaciones ocasionadas por el Concesionario.
 - vi.- El oficio N° 222-2015-SUNAT/600000 de SUNAT dirigido a OSITRAN señala que el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada tiene carácter indemnizatorio no estando gravado con IGV, por lo que la factura se encuentra mal emitida.
- 4.- El 17 de setiembre de 2018, 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 su Resolución N° 1. De otro lado, precisó que el Reglamento de Operaciones de APM, versión 5, fue aprobado mediante Resolución de

Gerencia General N° 060-2018-APM/GG de fecha 30 de enero de 2018, por lo que el citado Reglamento se encuentra apto para surtir efectos sin restricción alguna.

- 5.- El 26 de junio de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de ambas partes, quedando la causa al voto.
- 6.- Con fecha 01 de julio de 2019, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 7.- 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° F003-84819, 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

- 8.- En su escrito de apelación, ADM ANDINA manifestó que la secuencia de descarga de la nave ALTAIR SKY se programó para ser ejecutada en dos (2) atraques con cuatro (4) horas de jornadas para cada una, alegando que si bien la descarga correspondiente al primer atraque se realizó conforme a lo planificado, la descarga correspondiente al segundo atraque se vio afectada por las paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora prolongando las operaciones en tres (3) jornadas adicionales respecto de las cuales APM indebidamente pretende efectuar el cobro.
- 9.- En atención a lo señalado, debe precisarse que este Tribunal procederá a analizar si el servicio se prestó o no conforme a lo previsto en el Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
- 10.- Cabe recordar que el artículo 2° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.

- 11.- En ese sentido, el artículo 33¹ del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:
- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura.
 - ii) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
- 12.- Siendo así, dado que en el presente caso se requerirá analizar la prestación del servicio en atención a lo acordado por las partes en el Plan de Operaciones, a efectos de determinar la pertinencia del cobro del recargo; se evidencia que dichos extremos involucran los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM², así como el literal b) del artículo 2³ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

Reglamento de Reclamos de 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.
- (...)

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".

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

1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:

- a) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;
 - b) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN
 - c) Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;
 - d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.
- Asimismo regula el procedimiento de arbitraje, en los casos que corresponda.

Reglamento de Reclamos de OSITRAN**"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias**

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

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

EXPEDIENTE N° 192-2018-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

- 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 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 14.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 materia de impugnación fue notificada a ADM ANDINA el 3 de agosto de 2018.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que ADM ANDINA interponga el recurso de apelación venció el 24 de agosto de 2018.
 - iii.- ADM ANDINA presentó el recurso de apelación el 23 de agosto de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
- 15.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷ (en adelante, TUO de la LPAG), 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

⁵ **Reglamento Reclamos de APM**

3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁶ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

⁷ **TUO de la LPAG**

Artículo 220.- 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.



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

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

1.23.97. Servicios

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

1.23.98. Servicios Especiales

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

1.23.99. Servicios Estándar

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

- 18.- En ese sentido, 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.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁸. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

⁸ <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/19c7478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>



"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada"

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

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

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

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

El importe del recargo será asumido por la línea naviera o el consignatario de ser el caso, siendo el importe de US\$ 350 (Trescientos Cincuenta con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cuadrilla/hora o fracción de hora".

[El subrayado es nuestro]

- 22.- En tal sentido, el "recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por el apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM 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 aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
- 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 del 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 del OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrillas no utilizadas" 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 referida remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que la Entidad Prestadora deja de percibir por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.
- 28.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁹ que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, se establece entre los recargos aplicables a la nave el recargo por "Compensación de Cuadrillas No Utilizadas", por lo que dicha entidad prestadora se encuentra facultada a poder repetir este cobro, no sólo a la línea naviera, sino también al consignatario de la carga, siempre y cuando se haya comprobado que la aplicación de ese recargo fue responsabilidad de éste último.
- 29.- Atendiendo a lo expuesto en los párrafos precedentes, se verifica que APM se encuentra legitimada a cobrar a los usuarios de sus servicios recargos por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas según los montos establecidos en la Lista de Precios que publicita.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 30.- En virtud del Contrato de Concesión¹⁰ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto

⁹ PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGOS

Recargos a los Servicios prestado a la Nave

Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

(...)

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

El importe del recargo será asumido por la línea naviera o el consignatario de ser el caso.

(...)

¹⁰ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao entre APM y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.



del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹¹. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

8.1.- La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho (...) así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario así como a prestar los Servicios a los Usuarios. Para el cumplimiento de tal obligación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá observar, como mínimo, los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos.

(...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito y a tomar las decisiones que considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, 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]

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

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

[El subrayado es nuestro]

32.- 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

¹¹ Contrato de Concesión

"DEFINICIONES

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

1.23.16. Concesión

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

SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

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

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 resultado¹².

- 33.- 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.
- 34.- 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 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.
- 35.- 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 9º.- 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]

- ~~36.- 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.~~

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.

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".

**Sobre el cobro de la factura N° Foo3-84819**

- 37.- En su reclamo, ADM ANDINA cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas señalando que realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas, debido a que no tomó en cuenta las paralizaciones que le son atribuibles como Entidad Prestadora y que en todo caso, las paralizaciones que se le atribuyen; esto es, la falta de unidades vehiculares para el recojo de la mercadería, debían de ser compensadas con aquellas de responsabilidad de APM.
- 38.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas señaladas por ADM ANDINA, alegando que éstas se debieron a que el consignatario de la carga, en el segundo atraque de la nave ALTAIR SKY, no envió suficientes unidades de transporte para el recojo de su mercadería asignada en la bodega N° 4, cuya carga era exclusiva del usuario, ocasionando que las operaciones de descarga correspondiente al segundo atraque se prolongue en tres (3) jornadas adicionales de lo inicialmente programado.
- 39.- En su escrito de apelación, ADM ANDINA manifestó que la secuencia de descarga de la nave ALTAIR SKY se programó para ser ejecutada en dos (2) atraques con cuatro (4) horas de jornadas para cada una, alegando que si bien la descarga correspondiente al primer atraque se realizó conforme a lo planificado; la descarga correspondiente al segundo atraque se vio afectada por las paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora prolongando las operaciones en tres (3) jornadas adicionales respecto de las cuales APM indebidamente pretende efectuar el cobro.
- 40.- Como se puede apreciar, ADM ANDINA ha señalado el incumplimiento del Plan de Operaciones programado por APM por ampliación de las jornadas de trabajo, debido a paralizaciones provocadas por la propia Entidad Prestadora.
- 41.- Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se suspendan o paralicen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 42.- En ese orden de ideas, corresponde determinar la responsabilidad de las paralizaciones que afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave ALTAIR SKY; y, que habrían generado la necesidad de programar tres (3) jornadas adicionales para ejecutar el retiro de la carga asignada a la bodega N° 4 cuya carga era exclusiva de ADM ANDINA.
- 43.- De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones"¹⁴, del cual se advierte que la descarga planificada para la bodega N° 4 de la

¹⁴ Folios 71 y 72

nave ALTAIR SKY se realizaría en cuatro (4) jornadas de trabajo, conforme se aprecia a continuación:

Plan de Operaciones (Segundo Atrake) – Bodega N° 4

CAMBIO DE MUELLE SEGUNDO ATRAQUE	
N° de Jornada	Bodega N°4
1	X
2	X
3	X
4	X

- 44.- No obstante, del Reporte Final de Operaciones¹⁵, se aprecia que la descarga de la bodega N°4 bajo análisis se efectuó finalmente utilizando siete (07) jornadas; esto es, tres (3) jornadas adicionales a lo inicialmente programado, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

Reporte Final de Operaciones (Segundo Atrake) – Bodega N° 4

Número de Jornada	Fecha y hora de inicio de jornada	Fecha y hora de término de jornada	Jornada Programada en el Plan de Operaciones
1	18/03 23:00 horas	19/03 07:00 horas	✓
2	19/03 07:00 horas	19/03 15:00 horas	✓
3	19/03 15:00 horas	19/03 23:00 horas	✓
4	19/03 23:00 horas	20/03 07:00 horas	✓
5	20/03 07:00 horas	20/03 15:00 horas	Jornada adicional
6	20/03 15:00 horas	20/03 23:00	Jornada adicional
7	20/03 23:00	21/03 03:30 horas	Jornada adicional

- 45.- Ahora bien, de los documentos denominados "Estado de Hechos" y "Resumen/Nota de Tarja", obrantes en el presente expediente,¹⁶ se corrobora que personal de APM dejó constancia de cuatro (4) horas y cincuenta y cuatro (54) minutos de paralizaciones ocurridas al desarrollarse las tres (3) jornadas adicionales de descarga de la Bodega N° 4 vinculada con la nave ALTAIR SKY, consignando que estas se habrían producido por la falta de envío de camiones, hecho imputable a ADM ANDINA.

¹⁵ Folio 45

¹⁶ Folios del 54 al 115



- 46.- Por otro lado, cabe señalar que en el citado "Resumen/Nota de Tarja", también se han consignado paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora, dejándose constancia de ello en el ítem denominado "Ocurencias"¹⁷.
- 47.- En este punto, cabe señalar que en pronunciamientos anteriores, este Tribunal ha precisado que el citado documento emitido por la Entidad Prestadora, y suscrito por el tarjador, constituye un medio de prueba idóneo para acreditar las paralizaciones ocurridas en las operaciones de descarga y las razones por las cuales ocurrieron, en la medida que se consigna y se deja constancia de los hechos en el momento preciso en que éstos ocurrieron.
- 48.- Ahora bien, aun cuando el Reglamento de Operaciones, versión 5, aplicable en el presente caso, no ha establecido que las paralizaciones a cada situación puedan ser compensadas entre sí; ello no implica que deba desconocerse la existencia de las prolongaciones que la propia Entidad Prestadora ha consignado en sus documentos "Resumen/Notas de Tarja", como resultado de actividades bajo su esfera de control.
- 49.- En efecto, en el presente caso, se observa que APM realizó el registro de paralizaciones que le son imputables, generadas durante la descarga de la bodega N° 4, conforme se aprecia en el siguiente detalle:

Tiempos de paralización imputables a APM

Fecha y hora del registro	Detalle de la Ocurencia	Duración (minutos)
20/03 Desde las 07:35 hasta las 07:43 horas	Mantenimiento de cuchara	8
20/03 Desde las 10:10 hasta las 10:20	Movimiento de Ecohoper	10
20/03 Desde las 10:40 hasta las 10:50	Retiro de máquina de bodega N° 4	10
20/03 Desde las 19:10 hasta las 19:50	Ingreso y salida de excavadora	40
TOTAL DE PARALIZACIONES		68 minutos

- 50.- Como se puede apreciar, en la medida que las paralizaciones registradas como: movimiento de cuchara, movimiento de Ecohoper, retiro de máquina de bodega N° 4, e ingreso y salida de excavadora; responden a actividades bajo responsabilidad de APM y suman un total de sesenta y ocho (68) minutos, y que éstas han transcurrido, al igual que las cuatro (4) horas y cincuenta y cuatro (54) minutos de paralizaciones atribuibles al usuario durante el periodo en que se desarrollaron las tres (3) jornadas de trabajo adicionalmente ejecutadas; se desprende que todas éstas prolongaciones incidieron en la ampliación de las jornadas de trabajo inicialmente

¹⁷ Folios del 54 al 115



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

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

EXPEDIENTE N° 192-2018-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

previstas; correspondiendo que tanto las paralizaciones imputables a APM como las de ADM ANDINA sean liquidadas entre sí.

- 51.- Siendo así, a las paralizaciones imputables a ADM ANDINA por un total de cuatro (4) horas y cincuenta y cuatro (54) minutos se le debe descontar el tiempo imputable a APM, es decir, sesenta y ocho (68) minutos; lo que resulta equivalente a tres (3) horas y cuarenta y seis (46) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones que corresponde le sean cobradas a la apelante.
- 52.- Consecuentemente, corresponde dejar sin efecto el cobro de once (11) horas por el recargo de compensación de cuadrillas incluido en la factura N° Foo3-84819, debiendo APM emitir una nueva factura por un total de tres (3) horas y cuarenta y seis (46) minutos de paralizaciones.

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 OSITRAN¹⁸,

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, EN PARTE, la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMT/CL/0241-2018, y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO, EN PARTE,** el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., debiendo la Entidad Prestadora anular la factura N° Foo3-84819 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, y emitir una nueva por el equivalente a tres (3) horas y cuarenta y seis (46) minutos de paralizaciones.

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

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

¹⁸ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 192-2018-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

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, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Francisco Javier Coronado Saleh.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS