



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° 211-2018-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE N° : 211-2018-TSC-OSITRAN
APELANTE : ALICORP S.A.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N°
APMTC/CL/0317-2018
RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 11 de julio de 2019

SUMILLA: *Corresponde confirmar la resolución recurrida, en la medida que en los casos en que la descarga se realiza bajo la modalidad denominada "descarga directa", si la Entidad Prestadora comunica al usuario el nivel programado para las operaciones de retiro de la carga, 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/0317-2018 (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 8 de agosto de 2018, ALICORP interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo4-953, emitida por concepto de "Compensación de cuadrillas no utilizadas" por la suma de US\$ 11 087.28 (Once Mil Ochenta y Siete con 28/100 dólares de los Estados Unidos de América), incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando que su empresa no se encuentra dentro de ninguno de los supuestos establecidos en la nota ampliatoria de la sesión 2.2 del numeral 2.2.1 de la Lista de precios por Otros Servicios y Recargos del Anexo del Reglamento de Tarifas y de Política Comercial de APM.



- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 24 de setiembre de 2018, APM declaró infundado el reclamo presentado por ALICORP, de acuerdo con los siguientes argumentos:
- i.- Los recargos se cobran excepcionalmente a los usuarios del Terminal Norte Multipropósito (TNM), de acuerdo a lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos versión 4.1, vigente a la prestación del servicio. A la fecha, APM se encuentra facultada a cobrar los siguientes tipos de recargo: a) generales; b) por los servicios prestados a la nave; y, c) por los servicios prestados a la carga.
 - ii.- El cobro de compensación de cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud, aplicable cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
 - iii.- El cobro realizado mediante la Factura N° F004-593 resulta correcto, pues emana del incumplimiento de lo pactado en la relación contractual existente entre APM y ALICORP, esto es, que el usuario no haya hecho uso del personal asignado para el servicio solicitado.
 - iv.- Conforme al Plan de Trabajo de la nave TRF KASHIMA, se constata que APM programó una operación de diez (10) jornadas; no obstante, debido a las paralizaciones por falta de camiones durante las operaciones de descarga, esta se prolongó a veintiún (21) jornadas.
 - v.- Corresponde que APM realice el cobro por "Compensación de cuadrillas no utilizadas" en la medida que se ha verificado que ALICORP tenía pleno conocimiento del Plan de Trabajo, incluidos los detalles de las operaciones de descarga y las obligaciones que debían cumplir a efecto de que las operaciones de la nave TRF KASHIMA no fueran interrumpidas, ocurriendo que desde su inicio, la falta de envío de camiones ocasionó que las operaciones se vieran interrumpidas y prolongaran.
 - vi.- APM dejó constancia de las paralizaciones ocurridas al inicio de las operaciones de descarga mediante los documentos "Estados de Hechos", en los cuales registró una demora de cincuenta y ocho (58) horas por falta de envío de camiones.
 - vii.- Durante las operaciones de descarga de la nave TRF KASHIMA, APM envió diversos correos electrónicos tanto a ALICORP como a su Agente Marítimo, informando sobre la falta de unidades.
- 3.- Con fecha 11 de octubre de 2018, ALICORP interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, manifestando lo siguiente:
- i.- APM sostiene que se encuentra facultada para cobrar recargos cuando en el transcurso de una relación comercial existente entre el operador portuario y el usuario del



terminal, hubiese surgido un hecho generador de incumplimiento de aquello que las partes pactaron producto de la relación comercial; en este caso, que no utilizara el personal asignado para el servicio solicitado. Sin embargo, no toma en cuenta que dicho recargo tiene sustento siempre y cuando se haya comprobado que dicho incumplimiento es responsabilidad de ALICORP.

- ii.- En el contrato de concesión se reconoce que es facultad de APM organizar, 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.- En ese sentido, de acuerdo a lo establecido en la Nota N° 073-2013-GS-OSITRÁN, para el caso particular de compensación por cuadrilla no utilizada, APM debe comunicar al usuario las características de la operación, el tonelaje a movilizar, las bodegas a atender, las cuadrillas de estibadores a utilizar por jornada, la maquinaria requerida entre otros que le permitan al usuario calcular la cantidad de camiones que debe proveer para atender la operación de descarga, la cual se debe ajustar al Plan de Operaciones elaborado por APM.
- iv.- En el presente caso, APM no cumplió con remitir la información correspondiente sobre las características de la operación, con la cual ALICORP pudiera calcular la cantidad y el nivel de frecuencia de los vehículos que estaba obligada a enviar, con la finalidad de retirar la mercadería de la nave TRF KASHIMA.
- v.- Asimismo, en ningún momento se les informó sobre la maquinaria que se utilizaría y otros elementos que permitieran a ALICORP calcular eficientemente la cantidad de camiones que deben proveer para llevar a cabo la operación de descarga de manera tal que se ajuste al Plan de Operaciones elaborado por APM, el que tampoco les fue informado.
- vi.- El recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas es un cobro excepcional que recae sobre los usuarios, cuando las acciones u omisiones de éstos generan sobrecostos a la Entidad Prestadora, por lo que para cobrarse el mencionado recargo es condición necesaria que exista una causal directa entre el sobrecosto ocasionado a APM y un actuar u omisión del usuario que haya generado el mismo, lo que no ha sido demostrado en el presente caso por APM.
- vii.- En ese entendido, además de que los medios probatorios acrediten que el hecho generador del recargo es una acción u omisión del usuario, es necesario que los mismos demuestren que se trata de una situación que no ha sido inducida por el Terminal Portuario.



- viii.- Asimismo, considerando que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el deber de la Administración Pública de aplicar el principio de razonabilidad, resulta poco razonable que se pretenda cobrar por cuadrillas no utilizadas, cuando el origen del mismo está motivado por un acto u omisión del usuario que no pudo ser evitado, en la medida que APM no cumplió con brindar información suficiente que permita el envío de los camiones necesarios para poder cubrir la operación de descarga.
- ix.- Si no se tuvieron en cuenta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, cabría incluso la posibilidad de que se genere el recargo por cuadrillas no utilizadas aun cuando los hechos que generan el sobrecosto a la Entidad Prestadora le son imputables a ella misma, o cuando el usuario poco o nada puede hacer para prevenirlos.
- 4.- El 5 de noviembre 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 la Resolución N° 1.
- 5.- El 26 de junio de 2018, se llevó a cabo la audiencia de vista de la causa, la cual contó con la participación de la representante de APM, quien procedió a dar su informe oral, reiterando los argumentos expuesto a lo largo del procedimiento, quedando la causa al voto.
- 6.- El 1 de julio de 2019, APM presentó su escrito de alegatos finales, reiterando los argumentos esgrimidos 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° Foo3-74349, 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 el presente caso el usuario alega que el servicio de descarga brindado por APM no habría sido adecuado debido a que no se le habría comunicado el detalle de las características de la operación, indicando que ello habría generado que no pudiera enviar las unidades de transporte terrestre necesarias para la descarga de su mercadería y consecuentemente, que se les efectuara el cobro del mencionado recargo.



- 9.- 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 a su vez conducirá a analizar si la facturación y cobro derivados de dicho servicio de descarga fue correctamente realizada.
- 10.- 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.
- 11.- 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**

Página 5 de 17



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.

- 12.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 13.- 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 24 de setiembre de 2018.

- c) Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;
- d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.

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

- 4 Reglamento de 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 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 15 de octubre de 2018.
- iii.- ALICORP presentó su recurso de apelación el 11 de octubre de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
- 14.- De otro lado, como se evidencia del recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas y valoración de los hechos, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG)⁷.
- 15.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

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

- 16.- 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.

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."

**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."

- 17.- 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).
- 18.- 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.
- 19.- 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]

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

"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

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

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

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

⁸ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784/Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>



atención a la nave y ésta por razones no imputables al terminal, demore su atraque e inicio de operaciones.

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

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

- 21.- 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.
- 22.- 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.
- 23.- 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]

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

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

[El subrayado es nuestro]

- 25.- Como se verifica en el mencionado informe, las áreas técnicas de OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de “Compensación de cuadrilla no utilizada” es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no



observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.

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

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

- 27.- 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]

- 28.- 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]

- 29.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad



económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (output), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado.⁹

- 30.- 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, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.
- 31.- Con relación a la obligación de las Entidades Prestadoras de brindar información a sus usuarios, el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público¹⁰ establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

"Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras los Usuarios de las ITUP.

... la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios que se brindan como consecuencia de la explotación de las ITUP 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 portuarios..."

Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

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

a) A la información

Los Usuarios deben recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente".

- 32.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos, señala en su artículo 7 que "es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, **comunicar** y ejecutar las Es responsabilidad de APMTTC planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, así como identificar, ubicar y custodiar la carga al interior del Terminal Portuario, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".
- 33.- En los artículos 60 y 62 del mencionado Reglamento de Operaciones se establece:

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

¹⁰ Aprobado a través de la Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN.



"Artículo 60.- APMTC coordinará con los Usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas autorizadas por APMTTC que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise dichas labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones, cuando atendiendo a la operación su participación sea necesaria."

"Artículo 62.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos de APMTTC para las operaciones que sean solicitadas por los Usuarios.

Contempla las siguientes acciones de cargo de APMTTC:

- a) Planear y coordinar con los Usuarios las disposiciones para el desarrollo de las operaciones por Nave.*
- b) Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.*
- c) Planear la asignación de amarraderos.*
- d) Planear la cantidad de equipos, cuadrillas de estibadores y determinar el número de jornadas a emplear para cada Nave en base a la información que el usuario debe remitir de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento. La cantidad de jornadas que tomará la operación puede variar de acuerdo a las condiciones de estiba y de la Carga que se adviertan durante las operaciones, así como de las condiciones de la nave y de las grúas de la misma.*
- e) Planear la asignación de zonas de almacenamiento.*
- f) Programar la recepción y el despacho de la Carga."*

- 34.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios 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.
- 35.- 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.
- 36.- 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.
- 37.- 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.

c) **Sobre el cobro de la factura N° Foo4-953**

- 38.- En el presente caso, ALICORP alega que debe anularse el cobro por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada durante las operaciones de descarga directa aduciendo que fue APM quien no remitió la información necesaria relacionada a las características de la operación ni el plan de operaciones, que le permitiese organizarse a fin de enviar los camiones suficientes para el retiro de su carga.
- 39.- Por su parte, APM afirmó que habiéndole informado al usuario de manera oportuna el Plan de Operaciones, este no envió la cantidad de unidades de transporte suficiente para atender la descarga de la nave TRF KASHIMA, existiendo paralizaciones por 58 horas, por lo que el cobro del recargo de cuadrilla no utilizada estuvo justificado.
- 40.- Sobre el particular, el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN prescribe que en los reclamos relacionados con facturación, información e idoneidad del servicio corresponde a la Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron de conformidad con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.
- 41.- De acuerdo con lo expuesto anteriormente, 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.
- 42.- En el caso bajo análisis, APM realizó directamente la descarga de la mercadería desde la nave a los vehículos de transporte terrestre que ALICORP dispuso para el retiro de dicha carga del Terminal Portuario.
- 43.- 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.
- 44.- En ese sentido, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través de la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN, ha indicado 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 y cuadrillas de estibadores a utilizar por jornada), lo que le permitirá a este último, especialmente en el caso de descarga directa, calcular cuántos



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° 211-2018-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

vehículos está obligado a enviar y con qué frecuencia con la finalidad de retirar la carga del puerto.

- 45.- 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, de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y 7 del Reglamento de Usuarios¹¹, según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 46.- 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 conformidad con el Reglamento de Operaciones de APM, 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, criterio que también ha sido recogido en la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN.
- 47.- 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.
- 48.- Siendo esto así, resulta 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. En tal sentido, en el presente caso, en aplicación del artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, correspondía a la Entidad Prestadora acreditar que cumplió con informar el Plan de Operaciones de la nave TRF KASHIMA a ALICORP.
- 49.- 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.

¹¹ Aprobado por la Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN.



50.- Con relación a lo anteriormente señalado, en el expediente se aprecia la existencia del correo electrónico de fecha 18 de junio de 2018 a las 02:04 horas¹², en el cual APM hace referencia al número de cuadrillas a utilizar para la operación, así como también la cantidad de jornadas a trabajar y la cantidad de descarga a realizar por bodega; conforme a lo siguiente:

Plan de Operaciones nave TRF KASHIMA

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	19/06/2018	07:00 horas

La nave tiene programado descargar 17 639.303 TM de Aceite crudo desmogado de Soya consignado a ALICORP SAA.

Nº de Jornada	Fecha y hora de jornada	Bodega (mercancía ALICORP)	Nº de Cuadrillas
1	19/06 (07:00 - 15:00 horas)	1800	1
2	19/06 (15:00 - 23:00 horas)	1800	1
3	19/06 (23:00 - 07:00 horas)	1800	1
4	20/06 (07:00 - 15:00 horas)	1800	1
5	20/06 (15:00 - 23:00 horas)	1800	1
6	20/06 (23:00 - 07:00 horas)	1800	1
7	21/06 (07:00 - 15:00 horas)	1800	1
8	21/06 (15:00 - 23:00 horas)	1800	1
9	21/06 (23:00 - 07:00 horas)	1800	1
10	22/06 (07:00 - 15:00 horas)	1439	1
			10

- 51.- Entre los destinatarios del correo electrónico se verifica que se encuentra el Consignatario (Oscar Octavio Arias Apaza – OAríasA@alicorp.com.pe), evidenciándose que APM sí cumplió con remitir la información necesaria al usuario.
- 52.- Cabe señalar que mediante Oficio N° 218-2019-STO-OSITRAN, notificado el 3 de julio de 2019, la Secretaría Técnica remitió a ALICORP el escrito de APM y el correo electrónico de fecha 18 de junio de 2018 a las 02:04 horas adjunto, mediante el cual la Entidad Prestadora comunicó al usuario del Plan de Operaciones de la nave TRF KASHIMA; no habiendo el usuario negado o desvirtuado con medio probatorio alguno haber recibido dicho correo electrónico y la información el él contenida.
- 53.- En atención a lo expuesto, ALICORP tenía conocimiento de las condiciones en las cuales dicha Entidad Prestadora efectuaría las operaciones de desembarque; de lo que se

¹² Folios del 100 al 102



desprende que la apelante sabía a ciencia cierta cuál sería el respectivo nivel de descarga y la forma en la que se realizaría el desembarque de la mercancía de la nave TRF KASHIMA.

54.- Finalmente, cabe señalar que de los documentos denominados "Resumen/Nota de Tarja" y "Estado de Hechos por Nave", se aprecia que en el ítem denominado "Detalle por paralizaciones por falta de camiones" y con el registro del código 107 referido a la falta de camiones, el personal de APM dejó constancia de las paralizaciones ocurridas en las tareas de descarga de la nave TRF KASHIMA, consignando que estas se habrían debido a la ausencia de camiones³³.

55.- En consecuencia, se ha verificado que sí correspondía el cobro del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada efectuado por APM a la apelante.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 6o del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0317-2018 que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por ALICORP S.A.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., referido al cobro de la factura N° Foo4-953, emitida por recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

SEGUNDO.- Declarar que la presente resolución agota 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, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Francisco Javier Coronado Saleh.


ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

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

³³ Folios del 19 al 77