



EXPEDIENTE : 106-2017-TSC-OSITRAN
APELANTE : SAN FERNANDO S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0205-2017

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 13 de septiembre de 2018

SUMILLA: *Corresponde revocar en parte la resolución recurrida y declarar fundado en parte el reclamo, en la medida que la Entidad Prestadora no acreditó que cumplió con su deber de informar al usuario las variaciones realizadas al Plan de Operaciones al evidenciarse que se utilizó un mayor número de jornadas de trabajo que las programadas originalmente, debiendo reliquidarse el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por SAN FERNANDO S.A. (en adelante, SAN FERNANDO o la apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0205-2017 (en lo sucesivo, la Resolución N° 2) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 11 de mayo de 2017, SAN FERNANDO interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° Foo3-60595, emitida por concepto de "Compensación de cuadrillas no utilizadas" por la suma de US\$ 6, 195.00 (seis mil ciento noventa y cinco con 00/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- La factura se encontraría mal emitida toda vez que el concepto cobrado sería el de una compensación, esto es, una indemnización, no encontrándose referida a la venta de un bien o a la prestación de un servicio, por lo que no debería encontrarse gravada con el IGV.
 - ii.- En la factura cuestionada no se detalla en qué momento se habrían generado las 14 horas de paralizaciones por falta de camiones que APM pretende cobrarle a través de la factura N° Foo3-60595.



- iii.- APM no puede realizar liquidaciones de tiempos de paralización con información de la propia Entidad Prestadora y tampoco puede dejar al margen de dicha liquidación los tiempos de paralización que le son imputables, como son los generados por la congestión al ingreso, dentro y a la salida del terminal portuario, lo que perjudica el flujo de los vehículos de transporte para atender la descarga.
 - iv.- El Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM establece que la carga sólida a granel podrá permanecer almacenada en el terminal a libre disposición del usuario hasta 5 días calendarios; en ese sentido, el usuario no tiene la obligación de realizar la descarga de vapor a camión, toda vez que la carga puede permanecer en el terminal hasta por los 5 días posteriores a la finalización de la descarga a disposición del usuario para su retiro; por lo que APM no puede cobrar el recargo por cuadrilla no utilizada, toda vez que es obligación del terminal descargar el buque siendo optativo que el usuario retire inmediatamente la carga.
- 2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 2 de junio de 2017, APM declaró infundado el reclamo presentado por SAN FERNANDO, en base a los siguientes argumentos:
- i.- En la medida que el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas se encuentra vinculado a la compensación por la asignación de personal relacionada directamente a la contraprestación de una operación (carga o descarga), corresponde que el mismo sea gravado con el IGV.
 - ii.- Al corresponder la mercadería transportada en la nave SUN GLOBE a una operación de descarga directa, ésta se realiza directamente desde la bodega de la nave al camión, por lo que de manera previa se elabora un Plan de Descarga, el cual incluye el personal de estiba y maquinaria necesaria para efectuar la descarga de manera fluida y continua.
 - iii.- La Factura N° Foo3-60595 fue emitida debido a que durante las operaciones de descarga existieron un total de 15 horas de paralizaciones ocurridas por la falta de envío de camiones para el retiro de la mercadería por parte de SAN FERNANDO, por lo que dichas paralizaciones ocurrieron por causas imputables a la apelante. Dicha situación se corrobora con el documento "Estado de Hechos de la Nave" en el cual se dejó constancia de las paralizaciones con el código 107.
 - iv.- Respecto a la supuesta falta de información, debe considerarse que remitió a SERPAC y a SAN FERNANDO una comunicación electrónica el 10 de abril de 2017 a las 18:43 horas con el Plan de Descarga de la nave, por lo que esta última tuvo conocimiento de que debía enviar un número de camiones que permitiera descargar de manera continua las 15 000 toneladas de torta de soya.



- v.- La Gerencia de Supervisión y Fiscalización emitió la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN, documento en el cual se establece que en los casos de descarga, una vez culminada la planificación, APM debe comunicar al usuario el tonelaje a movilizar, las bodegas a atender y las cuadrillas de estibadores a utilizar por jornada; lo que permitirá al usuario calcular la cantidad de vehículos y la frecuencia con la que los debe de enviar.
- vi.- En el presente caso, APM cumplió con comunicar mediante correo electrónico enviado el 10 de abril de 2017 a las 18:43 horas, remitido al consignatario de la carga, al Agente Marítimo de la nave y al Agente de Aduanas; el Plan de Descarga, por lo que SAN FERNANDO debió enviar el número de camiones que le permitiera descargar de manera continua las 15 000 toneladas de torta de soya.
- vii.- Por otro lado, debe considerarse que los usuarios conocen los términos y condiciones del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, así como su Reglamento de Operaciones, por lo que podrían calcular el periodo máximo en el que deberán desarrollar las operaciones a su cargo con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales, los que pueden generarse por el desarrollo ineficiente de ciertas operaciones.
- viii.- El artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, establece que los usuarios deberán utilizar la infraestructura portuaria y los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas establecidos para dicha infraestructura; siempre que estas hayan sido debidamente informadas. En ese sentido, el usuario asumirá la responsabilidad en caso no observe las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
- ix.- En la medida que se le informó a SAN FERNANDO que las 15 000 toneladas de torta de soya serían descargadas directo a camión, lo que fue confirmado con la Autorización de Descarga N° 75551, el usuario debió de contar con todos los recursos logísticos necesarios para cumplir con la descarga directa, por lo que no correspondía aplicar el plazo de 5 días de almacenamiento en el Terminal Portuario.
- 3.- Con fecha 12 de junio de 2017, SAN FERNANDO interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 01 señalando lo siguiente:
- i.- En tanto el pago por compensación por la no utilización de cuadrillas tiene naturaleza indemnizatoria, no debería encontrarse gravado con el IGV, en ese sentido, la factura cuestionada debería ser anulada por estar mal emitida.
- ii.- El Nivel de Servicio y Productividad (NSP) establecido en el Contrato de Concesión señala que el tiempo de retiro de mercadería no debe ser mayor a 30 minutos computados desde el momento en que el cliente ingresa con su unidad de transporte al Terminal Portuario hasta la salida de la misma, lo que en el presente caso no se ha cumplido conforme se evidencia del documento "Cuadro de Descarga de la Nave" que obra en el expediente.



- iii.- El promedio de permanencia dentro del Terminal Portuario, de los 470 vehículos ingresados para atender la descarga de la nave SUN GLOBE, fue de 37:42 minutos por vehículo; lo que quiere decir que en promedio las unidades de transporte permanecieron en total 7 minutos con 42 segundos más del tiempo establecido en el Contrato de Concesión, lo que implica una demora total en la atención de los 470 viajes que realizaron los camiones de 59 horas con 31 minutos.
 - iv.- En ese sentido, la demora de la atención de las unidades debería ser compensada con las 15 horas de paralización de cuadrillas no utilizadas que APM pretende cobrarle. Cabe agregar que en dicho cálculo no se está considerando el tiempo de espera de los camiones para el ingreso al Terminal Portuario, lo cual puede corroborarse con los correos electrónicos en las cuales incluyó lecturas de GPS de los camiones que envió para atender la descarga.
 - v.- Del documento "Cuadros de Tiempos Paralizados" puede observarse que las paralizaciones en la descarga se debieron a causas imputables a APM, tales como la falta de limpieza del muelle, las demoras en el embarque y desembarque de estibadores que influyeron en el inicio y reinicio de las jornadas, así como la falla de maquinaria (*mega hooper*) los cuales suman un total de 8 horas con 46 minutos que también debería ser descontado de las horas de compensación de cuadrillas no utilizadas que APM pretende cobrarle.
 - vi.- En el Plan de Trabajo de la nave se planificó que se utilizarían 8 jornadas para realizar la descarga de la mercadería, siendo necesario para ello el uso del *mega hooper* desde el inicio de las operaciones. No obstante, éste únicamente pudo ser usado el 13 de abril de 2017 desde las 09:00 hasta las 09:40 horas debido a que presentó fallas, por lo que se debió efectuar la descarga con una grúa convencional, lo que provocó que las jornadas se extendieran a 12 en lugar de 8 jornadas de trabajo.
- 4.- Mediante Resolución N° 2, notificada el 11 de julio de 2017, APM declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por SAN FERNANDO, en base a los siguientes argumentos:
- i.- Respecto a los recargos que se encuentran en la Lista de Precios de Otros Servicios y Recargos, éstos han sido reconocidos por OSITRAN mediante Oficio N° 268-13-GG-OSITRAN, el mismo que señala su carácter y/o naturaleza compensatoria.
 - ii.- En la medida que el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas está vinculado a la compensación por la asignación de personal relacionada directamente con la contraprestación de una operación (carga o descarga), esta debe ser gravada, por lo que aplica de manera correcta el IGV conforme a las normas tributarias.
 - iii.- La Factura N° Foo3-60595 se emitió debido a que durante las operaciones de descarga existieron un total de 15 horas de paralizaciones por falta de camiones para el retiro de la mercadería que debió enviar SAN FERNANDO.



- iv.- En cumplimiento del deber de información, al remitir el Plan de Trabajo de manera previa a las operaciones de descarga de la mercadería, demuestra que cumplió con brindar información adecuada y detallada respecto a las características de la operación, a fin de que SAN FERNANDO pueda organizar sus recursos y realizar su descarga de manera óptima.
 - v.- SAN FERNANDO se encontraba en mejor posición para realizar el envío de sus unidades vehiculares durante la descarga de la mercancía de la nave SUN GLOBE, por lo que era de su entera responsabilidad tal función, por lo que no se puede afirmar que las paralizaciones por falta de camiones sean imputables a APM.
 - vi.- Si bien SAN FERNANDO presentó en calidad de medio probatorio el reporte denominado "Estado de Hechos" de la nave SUN GLOBE emitido por el Agente Marítimo "SERPAC", debe tenerse en cuenta que este documento ha sido expedido de manera unilateral y no cuenta con firma o sello del personal de APM, por lo que no acredita que las paralizaciones se hayan dado como consecuencia de hechos que le sean atribuibles.
- 5.- Con fecha 17 de julio de 2017, SAN FERNANDO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 señalando lo siguiente:
- i.- Conforme a lo establecido en el artículo 41 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, en el presente caso habría operado el silencio administrativo positivo a su favor, debido a que APM excedió el plazo de 15 hábiles para resolver el recurso de reconsideración, el cual fue presentado por SAN FERNANDO el 12 de junio de 2017, siendo resuelto por APM el 10 de julio de 2017.
 - ii.- En tanto el pago por compensación por la no utilización de cuadrillas tiene naturaleza indemnizatoria, no debería encontrarse gravado con el IGV, por lo que la factura cuestionada debería ser anulada al encontrarse mal emitida.
 - iii.- El nivel de servicio y productividad establecido en el Contrato de Concesión prevé que el tiempo de retiro de la mercancía no debe ser mayor a 30 minutos computados desde el momento en que el cliente ingresa con su unidad de transporte al Terminal Portuario hasta su salida, lo que en el presente caso no se ha cumplido debido a que en promedio, sus unidades tuvieron una permanencia de 37:42 minutos, conforme se desprende del documento "Cuadro de Descarga de la Nave".
 - iv.- En el documento "Consolidado de Cuadros de Paralizaciones" se registraron paralizaciones imputables a APM, originadas por la falta de limpieza del muelle, la falla de los equipos y las demoras en el embarque y desembarque de estibadores, sumando un total de 8 horas con 46 minutos que debería ser detráido de las 15 horas de compensación de cuadrillas no utilizadas que APM pretende cobrarle.



- v.- En el Plan de Trabajo de la nave se consignó que serían requeridas 8 jornadas de descarga, siendo necesario para ello el uso del *mega hopper* desde el inicio de las operaciones. No obstante, éste únicamente pudo ser usado el 13 de abril de 2017 desde las 09:00 hasta las 09:40 horas debido a la existencia de fallas, por lo que la descarga se efectuó con una grúa convencional, culminando los trabajos de descarga en 12 jornadas en lugar de las 8 planificadas.
- vi.- De acuerdo al Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, la carga sólida a granel podrá permanecer almacenada en el Terminal a libre disposición del usuario hasta 5 días calendario, conforme a lo cual, la recepción de la mercadería en la descarga es optativa.
- 6.- El 8 de agosto de 2017, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC) el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando lo expuesto en la Resolución N° 2, agregando lo siguiente:
- i.- Tanto el Reglamento de Atención de Reclamos de APM, como el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, disponen que el plazo para resolver los recursos de reconsideración es de 20 días hábiles contados desde su admisión a trámite. Adicionalmente, el artículo 24.1 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establece que la notificación deberá llevarse a cabo dentro del quinto día hábil siguiente contado a partir de la expedición de la resolución a notificar.
- ii.- SAN FERNANDO interpuso el recurso de reconsideración el 12 de junio de 2017, por lo que APM tenía hasta el 12 de julio de 2017 para emitir un pronunciamiento al respecto y hasta el 19 de julio de 2017 para notificarlo. En ese sentido, se emitió la Resolución N° 2 el 10 de julio de 2017, la cual fue notificada el 11 de julio de 2017. Conforme a ello, cumplieron con los plazos legales establecidos, por lo que no operó el silencio administrativo positivo.
- iii.- En el caso de la mercadería consignada a SAN FERNANDO, cumplieron con informar que las 15 000 toneladas de torta de soya serían descargadas directamente a camiones y no a silos, lo que fue confirmado con la Autorización de Descarga Directa N° 75551 solicitada por la apelante, por lo que el usuario debió contar con todos los recursos logísticos necesarios para cumplir con la descarga directa. En consecuencia, no cabe alegar que podría haberse almacenado la mercadería durante 5 días en el Terminal Portuario, por cuanto esto corresponde únicamente a los casos de descarga indirecta.
- iv.- Según el NSP el tiempo de atención al usuario para el retiro de la carga es un indicador que se obtiene de un promedio de las operaciones trimestrales, por lo que APM no se encuentra obligada a atender la totalidad de sus operaciones en un período menor a 30 minutos, sino que las mismas en total no superen dicho promedio.



- v.- SAN FERNANDO no puede justificar sus demoras en el ingreso al Terminal Portuario alegando que APM no estaría cumpliendo el NSP pues, no ha cumplido con acreditar ello.
- 7.- Mediante Oficio N° 120-2018-STO-OSITRAN notificado el 6 de marzo de 2018, la Secretaría Técnica de los Tribunales del OSITRAN remitió a APM un requerimiento de información, mediante el cual solicitó a la Entidad Prestadora remitir los documentos Reporte Estado de Hechos, y Controles de Tarja elaborados por su personal en la operación de descarga de la nave SUN GLOBE. Atendiendo a ello, APM remitió lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Carta N° 320-2018-APMT/CL recibida el 12 de marzo de 2018.
- 8.- El 27 de agosto de 2018, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de APM, quedando la causa al voto.
- 9.- Con fecha 3 de septiembre de 2018, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 10.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución N° 2 de APM.
 - ii.- Determinar si corresponde la aplicación del silencio administrativo positivo a favor de SAN FERNANDO.
 - iii.- Determinar si corresponde que SAN FERNANDO pague la Factura N° Foo3-60595 por el concepto de recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 11.- En el presente caso, SAN FERNANDO cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas alegando que incumplió el Plan de Operaciones al no haber asignado el equipo necesario (Mega Hopper) para atender la descarga conforme a lo planificado. Señaló que la Entidad Prestadora realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas, sin tomar en cuenta las paralizaciones que le son atribuibles, manifestando, que en todo caso, las paralizaciones que se le atribuyen deberían de ser compensadas con aquellas que resultan de responsabilidad de APM.



- 12.- En atención a lo expuesto; corresponderá a este Tribunal 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
- 13.- Cabe recordar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 14.- 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.
- 15.- 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

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

"Artículo 33.-

(...) *Los reclamos que versen sobre:*

a) *La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora*

(...)

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

(...)

² **Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM**, probado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

"1.5.3 Materia de Reclamos

(...)

1.5.3.1 *La facturación y el cobro de los servicios que ofrece APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA, En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a APM TERMINALS CALLAO S.A.*

1.5.3.2 *La calidad y oportuna prestación de los servicios que brinda APM TERMINALS CALLAO S.A., derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA".*

³ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

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

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

a) *Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN,*

b) **Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN**

c) *Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;*

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.

- 16.- 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 de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 17.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a SAN FERNANDO el 11 de julio de 2017.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que SAN FERNANDO interponga el recurso de apelación venció el 3 de agosto de 2017.

d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.

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

4 **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

5 **Reglamento Reclamos de APM**

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

- iii.- SAN FERNANDO presentó el recurso de apelación el 17 de julio de 2017, es decir, dentro del plazo legal.
- 18.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷ (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.
- 19.- 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

Sobre la aplicación del silencio administrativo positivo a favor del usuario

- 20.- En su escrito de apelación presentado el 17 de julio de 2017, SAN FERNANDO indicó que correspondería la aplicación del SAP respecto de su recurso de reconsideración presentado ante la Resolución N° 1, en tanto este fue presentado el 12 de junio de 2017 y no fue atendido por APM dentro del plazo legal establecido.
- 21.- Al respecto, con relación a la aplicación del SAP, los numerales 197.1 y 197.2 del artículo 197 del TUO de la LPAG⁸ disponen que los procedimientos administrativos sujetos al SAP quedarán automáticamente aprobados si transcurrido el plazo establecido, la entidad no hubiere notificado su respectivo pronunciamiento.

⁷ TUO de la Ley N° 27444

**Artículo 218.- Recurso de apelación*

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

⁸ TUO de la LPAG

**Artículo 197.- Efectos del silencio administrativo*

197.1. *Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la presente Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 36 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad.*

197.2. *El silencio positivo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 211 de la presente Ley.*

(...)

- 22.- Asimismo, el artículo 3.1.1 del Reglamento de Reclamos de APM⁹ y el artículo 56 del Reglamento de Reclamos OSITRAN¹⁰, disponen que el plazo para resolver el recurso de reconsideración presentado por los usuarios es de veinte (20) días contados a partir del día siguiente de la fecha de su presentación. De igual forma, en caso la Entidad Prestadora omitiera pronunciarse, resulta de aplicación el SAP.
- 23.- En línea con lo expuesto en los párrafos precedentes, se evidencia que tanto el Reglamento de Reclamos de APM, como el Reglamento de Reclamos de OSITRAN, señalan que si la Entidad Prestadora omitiera pronunciarse en el plazo establecido, se aplicará el SAP, y en consecuencia, se entenderá que el reclamo ha sido resuelto favorablemente a favor del usuario¹¹.
- 24.- Cabe precisar que el artículo 24.1 del TUO de la LPAG¹² señala que toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del quinto día hábil a partir de emitido el acto que se notifique.
- 25.- En el presente caso, se ha verificado que SAN FERNANDO presentó su recurso de reconsideración el 12 de junio de 2017; por lo que, APM tenía veinte (20) días para resolverlo,

⁹ **Reglamento Reclamos de APM**

"3.1.1 Recurso de Reconsideración

Contra la resolución emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. procede la interposición de recurso de reconsideración dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución. La sustentación de este requisito se hará con la presentación de nueva prueba. Este recurso es opcional por lo que su no interposición no impide la presentación del recurso de apelación.

APM TERMINALS CALLAO S.A. se pronunciará en el plazo de veinte (20) días siguientes desde su admisión a trámite. Vencido dicho plazo, y de no existir acto resolutorio se aplicará el silencio administrativo positivo."

¹⁰ **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**

"Artículo 56.- Plazo resolutorio y silencio administrativo.

La reconsideración deberá resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes de su admisión a trámite.

En caso que el Cuerpo Colegiado Ordinario omitiera pronunciarse en el plazo establecido, se aplicará el silencio administrativo negativo y, en consecuencia, el impugnante podrá recurrir en apelación ante el Tribunal de Solución de Controversias.

En caso que la Entidad Prestadora omitiera pronunciarse en el plazo establecido, se aplicará el silencio administrativo positivo."

¹¹ **Reglamento Reclamos de APM**

2.12 Plazo Máximo para Resolver

(...)

En caso APM TERMINALS CALLAO S.A. omitiera pronunciarse en el plazo establecido en párrafo precedente, se aplicará el silencio administrativo positivo, y en consecuencia se entenderá que el reclamo ha sido resuelto favorablemente para el USUARIO.

Reglamento de Atención de Reclamos de OSITRAN.

"Artículo 41.- Plazo máximo para la expedición de la Resolución

(...)

Transcurrido el plazo resolutorio sin que la Entidad Prestadora hubiera emitido su pronunciamiento se aplicará silencio administrativo positivo, pudiendo el usuario solicitar la ejecución ante las instancias correspondientes"

¹² **TUO de la LPAG**

Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:

24.1.1 El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación.

(...)"

esto es, hasta el 11 de julio de 2017. Asimismo, considerando que a partir de ello contaba con cinco (5) días para notificar la resolución, tenía hasta el 18 de julio de 2017 para notificarla.

- 26.- De la revisión del expediente se aprecia que el 10 de julio de 2017, APM emitió la Resolución N° 2 mediante la cual resolvió el recurso de reconsideración presentado por SAN FERNANDO, y que esta fue notificada el 11 de julio de 2017, esto es, dentro de los plazos legales correspondientes.
- 27.- En consecuencia, al haberse emitido y notificado la Resolución N° 2 dentro de los plazos previstos legalmente, no corresponde aplicar al presente caso el Silencio Administrativo Positivo alegado por SAN FERNANDO en su escrito de apelación.

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

- 28.- 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."

- 29.- 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).



- 30.- 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.
- 31.- 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]

- 32.- 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"³³. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

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

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

- 33.- En tal sentido, el "recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por el apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM para la prestación del servicio estándar, cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
- 34.- 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

³³ <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicioso8072013.pdf>

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.

- 35.- 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]

- 36.- 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]

- 37.- Como se verifica del mencionado informe, las áreas técnicas del OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
- 38.- 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.
- 39.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"¹⁴ que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, se establece entre

¹⁴ 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.

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

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

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 41.- En virtud del Contrato de Concesión¹⁵ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹⁶. 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

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

(...)

¹⁵ *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.*

¹⁶ Contrato de Concesión

"DEFINICIONES

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

1.23.26. Concesión

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

SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

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



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]

42.- 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]

43.- 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 resultado¹⁷.

44.- 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.

45.- 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 8.13¹⁸ del

¹⁷ 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.

¹⁸ **Contrato de Concesión de APM**

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

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



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.

- 46.- 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]

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

Sobre el deber de información de APM

- 48.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁹, con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar la información, establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

"Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de la servicios aeroportuarios y portuarios.

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

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

Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

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

a) A la información

¹⁹ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.



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

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

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

“Artículo 56.- APM TERMINALS coordinará con los usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise las labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones”.

Artículo 58.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones:

a.- Planear coordinar con los usuarios las disposiciones para el desarrollo de las operaciones por nave.

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

c.- Planear la asignación de amarraderos.

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

e.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento.

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

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

52.- 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.

53.- 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.

- 54.- 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.

Respecto de los cinco (05) días de almacenaje libre de pago para la carga sólida a granel

- 55.- En su apelación, SAN FERNANDO ha señalado que no correspondería el cobro del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada debido a que, de acuerdo con el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, no se encontraría obligado a enviar unidades de transporte e implementar la logística necesaria para la descarga directa de la nave, en la medida que en el caso de carga sólida a granel, el servicio estándar incluiría el almacenamiento de la mercadería por un periodo de hasta cinco (05) días libres de pago.
- 56.- Al respecto, el artículo 7.1.4.1.2 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, vigente al momento de los hechos, señala lo siguiente:

"7.1.4.1.2 Servicio Estándar Carga Sólida a Granel (Sección 4.1.2 del Tarifario)

Embarque y Desembarque Estándar de Carga Sólida a Granel.- El servicio estándar a la carga sólida a granel incluye:

- a) Las actividades de estiba o desestiba, descarga/embarque con fajas transportadoras u otros equipos,*
- b) El servicio de manipuleo -en el área de almacenaje (silos), o zona de maniobra para la recepción de la carga de la Nave y carguío al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque.*
- c) Pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información, y*
- d) Uso de infraestructura (uso de muelle),*
- e) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables, que deban prestarse únicamente en el Terminal por APM TERMINALS CALLAO S.A. No incluye, de ser el caso, los servicios relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal. La prestación de estos servicios en ningún caso afectará el cumplimiento de las obligaciones de carácter aduanero que correspondan a los diferentes operadores de comercio exterior, conforme a la normativa vigente.*

f) La carga sólida a granel excepto concentrado de minerales, podrá permanecer almacenada en el Terminal a libre disposición del Usuario hasta cinco (05) días calendario, con uso de torres absorbentes y silos."

[El subrayado es nuestro]

57.- Asimismo, la sección 4 del Tarifario de APM, vigente al momento de los hechos, establece lo siguiente:

SECCIÓN 4	CARGA SÓLIDA A GRANEL
Sección 4.1	Servicios Estándar
4.1.1	Servicio Estándar a la Nave - En Función a la Nave
4.1.1.1	Uso o alquiler de amarradero (por hora o fracción de hora) (n1)
4.1.2	Servicio Estándar a la Carga Sólida a Granel - En Función a la Carga
4.1.2.1	Embarque o Descarga de Granel Sólido
Sección 4.2	Servicios Especiales - En Función a la Nave
4.2.1	Escotillas o tapas de bodegas (n6)
4.2.1.1	Movilización de escotillas (ISO Hatches)
Sección 4.3	Servicios Especiales - En Función a la Carga
4.3.1	Uso de Área Operativa - todos los tráficos
4.3.1.1	Días: 1 - 5 (Tiempo libre - incluido en el servicio estándar) (n60)
4.3.1.2	Días: 6 - 15 (Precio por todo el período o fracción de período)
4.3.1.3	Días: 16 - 30 (Precio por todo el período o fracción de período)
4.3.1.4	Día: 31 hacia adelante (Precio por día o fracción de día)
4.3.2	Otros servicios
4.3.2.1	Pesaje adicional (no incluye movimiento extra) (n61)

(n60): Los días libres otorgados aplica para aquellas mercancías que hacen uso de torres absorbentes y silos.
(n61): Se realizará dentro de las instalaciones del Terminal Norte Multipropósito, ya sea a solicitud del usuario o de las autoridades. Se requiere el movimiento (extra) de la carga sólida a gran

58.- Como se aprecia, tal y como señala la apelante, tanto en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, como en su Tarifario, se encuentra establecido el almacenamiento de la carga sólida a granel en el Terminal Portuario hasta por un periodo de cinco (5) días libres de pago. No obstante, se advierte que dicha liberalidad a favor del usuario únicamente aplica para las operaciones realizadas con el uso de torres absorbentes o silos y no para las operaciones de descarga directa que se realiza retirando la carga directamente de las bodegas del buque a los camiones del consignatario.

59.- En el caso bajo análisis, conforme se desprende de lo descrito en los antecedentes, APM realizó la desestiba de la carga sólida a granel de SAN FERNANDO directamente desde la nave SUN GLOBE a los vehículos de transporte terrestre que el usuario dispuso para el retiro de su mercadería del Terminal Portuario, por lo que, considerando lo señalado, se trató de una operación de descarga directa.

60.- En ese sentido, verificándose que la norma alegada por SAN FERNANDO no resulta de aplicable a la operación contratada para su mercadería, corresponde desestimar lo argumentado en este extremo.



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

- 61.- Como ha sido detallado precedentemente, el Contrato de Concesión le otorga a APM la facultad de regular sus actividades como administrador portuario, otorgándole la potestad de emitir sus propias políticas comerciales y operativas para la adecuada operación y funcionamiento del puerto.
- 62.- En virtud de esa potestad, APM ha emitido la Versión 4 de su Reglamento de Operaciones²⁰, al cual ha incorporado procedimientos operativos aplicables a los servicios que brinda, como es el caso del "Procedimiento de Descarga de Granel Sólidos" desarrollado en el Anexo 5 del Reglamento de Operaciones de APM.
- 63.- En el numeral 5.4.1. del referido Anexo 5, APM ha establecido las responsabilidades que asume en su condición de empresa prestadora de servicios, durante toda la ejecución del procedimiento de descarga de granel sólido, entre las cuales tenemos:

"RESPONSABILIDADES

(...)

5.4. CONCESIONARIO APM TERMINALS

5.4.1. En su condición de empresa de estiba/desestiba

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

²⁰ Aprobado mediante Resolución N° 358-2016-APN/GG, de fecha 19 de julio de 2016.



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

Sobre el cobro de la Factura N° Foo3-60595

- 65.- En el presente caso, SAN FERNANDO cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas alegando que APM incumplió el Plan de Operaciones al no haber asignado el equipo necesario (*Mega Hopper*) para atender la descarga conforme a lo planificado. Señaló que la Entidad Prestadora realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas, en la cual no tomó en cuenta las paralizaciones que le son atribuibles y que en todo caso, las paralizaciones que se le atribuyen deberían de ser compensadas con aquellas que resultan de responsabilidad de APM.
- 66.- Por su parte, APM sostuvo que durante la operación de descarga materia de análisis existieron paralizaciones debido a la falta de vehículos de transporte que SAN FERNANDO debió enviar para el retiro de su carga, situación que resultaba atribuible al usuario en la medida que era el encargado de enviar sus unidades de transporte de manera constante.
- 67.- 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 paraliquen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 68.- De la revisión del expediente administrativo se aprecia que APM ha remitido los documentos denominados "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja"²¹ elaborados durante las operaciones de descarga de las bodegas N° 2 y 4 de la nave SUN GLOBE, bodegas en las cuales se transportaba mercadería de SAN FERNANDO.
- 69.- Con relación a los referidos documentos, SAN FERNANDO ha señalado que no pueden realizar liquidaciones de tiempo sobre las paralizaciones en cuestión con información que emane de la propia Entidad Prestadora.
- 70.- Al respecto, como se ha señalado precedentemente, el Contrato de Concesión otorga a APM la facultad de gestionar el Terminal Portuario, teniendo entre sus prerrogativas adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del mismo.

²¹ Los documentos denominados "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" fueron enviados por APM en un Disco Compacto (CD) de datos, a través de la Carta N° 320-2018-APMTC/CL, obrante en el folio 106 del expediente.



- 71.- En ese sentido, APM no sólo se presenta como una Entidad Prestadora de servicios sino también como la administradora del Terminal Portuario, teniendo el control integral de las operaciones que en ella se desarrollan de acuerdo al Reglamento de Operaciones, en atención a lo cual le corresponde no solo organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios, en el presente caso, de las operaciones de descarga; sino también controlar y registrar todas las contingencias que pudieran presentarse en el desarrollo de dichas operaciones, entre las cuales evidentemente se encuentran, las demoras o paralizaciones que pudieran ocurrir, por responsabilidad del usuario o de la propia Entidad Prestadora.
- 72.- Cabe señalar además, que si bien los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" son elaborados de manera unilateral por APM, la información consignada en los mismos no fue cuestionada por SAN FERNANDO a lo largo del procedimiento a pesar que eran de total conocimiento del usuario, por lo que en virtud del principio de presunción de veracidad correspondía otorgarle valor probatorio.
- 73.- Ahora bien, de la revisión de los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja", se evidencia la existencia de paralizaciones imputables tanto a APM como a SAN FERNANDO en las labores de descarga de la mercadería transportada en las bodegas N° 2 y 4 de la nave SUN GLOBE.
- 74.- Al respecto, SAN FERNANDO no ha negado la ocurrencia de las paralizaciones en las operaciones de descarga por la falta de envío de camiones, habiéndose limitado a justificarlas, entre otras razones, debido al incumplimiento del Plan de Operaciones por parte de la Entidad Prestadora, señalando que APM no cumplió con ejecutar la operación de descarga conforme a la planificación realizada por ella misma.
- 75.- Con relación al Plan de Operaciones, el Anexo 5 del Plan de Operaciones de APM, versión 4, lo ha definido como el: "Documento elaborado por el Concesionario mediante el cual se detalla en forma específica las actividades que se han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una nave. Este Plan es Elaborado sobre la base de lo acordado en la Junta de Operaciones, debiéndose modificar cuando las circunstancias lo justifiquen en coordinación con las partes involucradas."
- 76.- En ese entendido, el Plan de Operaciones es el documento elaborado por la Entidad Prestadora en el cual se detalla de forma específica, todas las actividades de una operación de carga o descarga, convirtiéndose en el documento que determina la actuación, tanto de la Entidad Prestadora, como del usuario, durante la ejecución del servicio portuario.
- 77.- Cabe resaltar que el "Procedimiento de Descarga de Granel Sólidos" ha establecido que APM tiene el deber de ejecutar el Plan de Operaciones conforme ha sido elaborado antes del inicio de las operaciones de descarga; previéndose que de presentarse circunstancias que afecten o varíen la planificación realizada, tiene la obligación de comunicar las nuevas condiciones al usuario, con la



finalidad de que éste tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario deberá asumir.

- 78.- En atención a lo señalado por SAN FERNANDO, cabe indicar que de la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones"²², mediante el cual APM informó entre otros, el ritmo de descarga, tonelaje a movilizar, equipos necesarios, número de jornadas y el orden de descarga planificado para cada bodega de la nave SUN GLOBE, conforme se aprecia a continuación:

Plan de Operaciones (PO)

A continuación Plan de Trabajo:

ETA 02/04 19:42 hrs
 ETB 12/04 07:00 hrs (supeditado a la salida de la Mv African Turaco)
 IO 12/04 07:30 hrs

Muelle: 11

La nave tiene programado descargar 21,998.626 TM de MAIZ a granel consignado a los Sres. CONTILATIN del PERU & 15,000.00 TM de TORTA de SOYA a granel consignado a los Sres. SAN FERNANDO, distribuidos según Plano de Estiba:

Plano de Estiba:

Loading Port: New Orleans, USA
 Discharging Port: Callao + Salaverry, Peru
 Cargo: YELLOW CORN + SOY BEAN MEAL IN BULK
 Only Callao Port
 Total Ocas.

21,998.626 MT
 15,000.000 MT SBM

HOLD N° 5	HOLD N° 4	HOLD N° 3	HOLD N° 2	HOLD N° 1
New Orleans - Callao 100%	New Orleans - Callao 100%	New Orleans - Callao 100%	New Orleans - Callao 92%	New Orleans - Callao 100%
7,978,386 MT	4,905,440 MT	3,643,649 MT	10,000,000 MT	8,374,239 MT
	New Orleans - Salaverry	New Orleans - Salaverry		
	TRANSIT 1,721,422 MT	TRANSIT 1,500,000 MT		
CORN	SBM	CORN	SBM	CORN
7,978,386	4,905,440	3,643,649	10,000,000	8,374,239

N° Bodega	B/L	Direccionamiento Final	Commodity	Tons
1	1-3-5	CONTILATIN DEL PERU S.A.	MAIZ	10,000.000
2	1-3-5	CONTILATIN DEL PERU S.A.	MAIZ	11,998.626
3	2-4	SAN FERNANDO S.A.	TORTA DE SOYA	15,000.000

Equipos: 3 Mega Tolvas – 3 grúas móviles – 2 cucharas de 30 TM - 1 cuchara de 20 TM.

²² Folios del 69 al 73.

**Consideraciones a la descarga:**

- 1.- Operativo iniciara con 3 cuadrilla: B1 & B5 a Silos y B2 a Camión con Mega tolva
Grúa móvil - Mega Tolva - cuchara 30 TM a Silos 4,800.00 TM x jornada – Maíz
Grúa móvil – Mega Tolva – cuchara 20 TM a Camión 1,700.00 TM x jornada – Torta de Soya
- SCG, se iniciara trabajando con B1& B5 MAIZ a Silos y B2 Torta de Soya a camión.
 - SCG, bodega # 1, # 2 & # 5 se barren en Callao, de las bodegas # 3 & # 4 solo se descarga volumen, queda carga en tránsito.
 - SCG, primero finalizamos la descarga de Maíz en bodegas # 1 & # 5, al término pasamos a trabajar la bodega # 3 de la cual solo se descarga saldo para completar lote.
 - SCG, primero finalizamos la descarga de Torta de Soya en bodega # 2, para luego pasar a bodega # 4 y rematar el lote consignado para Callao.
 - SCG verificar durante el operativo los espacios en SILOS, con la finalidad de programar con consignatario el despacho continuo, manteniendo ritmos de 17 unidades por hora.
 - SCG al atraque de la nave coordinar con el comando de la nave la secuencia de trabajo
 - SCG durante el operativo toda la carga recuperada en bolsones debe ser marcada con el nombre de la nave y despachada en el último camión antes del término de las operaciones de descarga. Se verificará el cumplimiento de esta instrucción.

Secuencia:

	Bodega 1	Bodega 2	Bodega 3	Bodega 4	Bodega 5
	Maíz	Torta de Soya	Maíz	Torta de Soya	Maíz
	8374.230	10894.540	5649.040	4105.460	7975.356
1	4800	1704			2800
2	3574.23	1704			2800
3		1704			2375.356
4		1704	4800		
5		1704	949.04		
6		1704		1040	
7		670.54		1362	
8				1703.46	

- 79.- De otro lado, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"²³ emitido por APM, que también obra en el expediente, se aprecia entre otros, el ritmo de descarga, tonelaje movilizado, número de jornadas y el orden de descarga en el cual se desarrollaron las operaciones de descarga de la nave SUN GLOBE, como se muestra a continuación:

²³ Folio 77

**Reporte Final de Operaciones (RFO)**

Inicio OPS Bodega		13/04 22:10	12/04 07:40	14/04 06:05	14/04 16:20	13/04 07:00
Término OPS Bodega		14/04 22:10	16/04 02:40	14/04 16:40	16/04 00:30	14/14 05:20
Total Manifestado Bodega		8374.23	10894.54	5649.04	4105.40	7975.35
Tipo de Carga		Maíz	T. de S.	Maíz	T. de S.	Maíz
Condición de Carga		BC	BC	T	T	BC
Turno	De - Hasta	1	2	3	4	5
1	12/04 (07:40 – 15:00)		283.780			
2	12/04 (15:00 – 23:00)		1110.950			
3	12/04 (23:00 – 07:00)		1742.590			
4	13/04 (07:00 – 15:00)		838.420			3455.102
5	13/04 (15:00 – 23:00)	560.560	1160.880			2927.126
6	13/04 (23:00 – 07:00)	4532.065	1210.050	245.932		1731.256
7	14/04 (07:00 – 15:00)	2704.339	1029.970	5207.043		
8	14/04 (15:00 – 23:00)		915.240	307.016	790.590	
9	14/04 (23:00 – 07:00)		1047.950		998.010	
10	15/04 (07:00 – 15:00)		814.500		905.770	
11	15/04 (15:00 – 23:00)		751.820		1162.700	
12	15/04 (23:00 – 02:40)		42.290		317.570	
ACUMULADO		8196.963	10954.470	5759.993	4074.640	8113.484

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

- i.- Del documento Plan de Operaciones se verifica que la operación de descarga de las bodegas N° 2 y 4 de la nave SUN GLOBE, que contenía un total de 15 000 toneladas de torta de soya de propiedad de SAN FERNANDO, debía desarrollarse en 7 y 3 jornadas de trabajo respectivamente.
- ii.- Del documento Reporte Final de Operaciones se evidencia que las operaciones de descarga de las bodegas 2 y 4 de la nave SUN GLOVE se realizaron finalmente en 12 y 5 jornadas de trabajo respectivamente.
- iii.- De acuerdo al Plan de Operaciones, la secuencia de descarga para la Bodega N° 4 iniciaría en la jornada N° 6 y culminaría en la jornada N° 8.
- iv.- Del Reporte Final de Operaciones se advierte que en las jornadas N° 6 y 7 no se desarrollaron operaciones de descarga.

81.- De lo señalado precedentemente, se desprende entonces que si bien el número de jornadas programadas para las bodegas N° 2 y 4 fueron de 7 y 3 jornadas respectivamente, finalmente se realizaron en 12 y 5 jornadas de trabajo. Adicionalmente, la Entidad Prestadora no cumplió con la

secuencia planificada para la descarga de la bodega N° 4 de la nave SUN GLOBE, toda vez que no desarrollaron trabajos de descarga en jornadas donde habían sido programadas.

- 82.- Ahora bien, en los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen/Nota de Tarja" de las bodegas 2 y 4 de la nave SUN GLOBE, APM realizó el registro de las paralizaciones que le son imputables, los cuales habrían incidido en los tiempos programados de descarga, los cuales se detallan a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA	CONCEPTO	TIEMPO (minutos)
1	-	
2	-	
3	-	
4	Bodega 2: Falla de equipo (Hopper)	125
5	-	
6	-	
7	-	
8	Bodega 2: Equipo sin combustible	40
	Bodega 4: Espera de equipo (montacargas)	30
	Bodega 4: Movilización de equipo (clamshell)	20
9	Bodega 4: Maniobra en tierra	30
	Bodega 4: Maniobra por cambio de cuchara	10
10	-	
11	Bodega 2: Espera de equipo (paylober)	20
12	-	
TOTAL DE PARALIZACIONES		275

- 83.- De la información contenida en el cuadro precedente se evidencia que existieron paralizaciones imputables a APM (paralizaciones por falla de máquina, equipo sin combustible, espera de equipo, movilización de equipo, maniobra en tierra, maniobra por cambio de cuchara) durante la operación de descarga de la nave SUN GLOBE, a partir de la jornada N° 4, advirtiéndose que en la bodega N° 2 se registró una paralización desde las 07:35 horas hasta las 09:40 horas de día 13 de abril de 2017, debido a la falla presentada por el equipo (*Hopper*) que APM asignó a los trabajos de descarga, así como prolongaciones en las jornadas 8, 9, 10 y 11 en las bodegas 2 y 4, lo que evidencia el incumplimiento del Plan de Operaciones por parte de la Entidad Prestadora a partir de la cuarta jornada de trabajo.
- 84.- En atención a lo expuesto precedentemente, se verifica que la operación de descarga de la nave SUN GLOBE no se ejecutó conforme a lo planificado en el Plan de Operaciones, toda vez que se acredita que: i) se utilizó un mayor número de jornadas para culminar la descarga de las bodegas N° 2 y 4, ii) la descarga de la bodega N° 4 no se ejecutó conforme a la secuencia planificada; y, iii)



en relación a la bodega N° 2 se generaron paralizaciones imputables a APM a partir de la cuarta jornada en adelante.

- 85.- Al respecto, cabe recordar que el numeral 5.4.1. del Anexo N° 5 "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido" del Reglamento de Operaciones de APM, versión 4, ha establecido responsabilidades al Concesionario que debe cumplir en el marco del procedimiento de descarga de graneles sólidos. Entre dichas responsabilidades está: i) Hacer cumplir el Plan de Operaciones, ii) informar a los usuarios las novedades de las condiciones de descarga; iii), modificar el Plan de Operaciones ante la existencia de cualquier evento que determine una ampliación del número de jornadas establecidas en el Plan de Operaciones, entre otras responsabilidades.
- 86.- En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado y que existió una ampliación de jornadas para culminar la operación de descarga, correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar al usuario las nuevas condiciones que se estaban presentando conforme avanzaban los trabajos de descarga, así como acreditar que cumplió con su obligación de modificar el Plan de Operaciones y comunicarlo al usuario con la finalidad de que este tome conocimiento de las nuevas condiciones de descarga a fin de tener la posibilidad de organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar, a efectos de que la atención de la descarga se realizara sin contratiempos y no incurrir en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- 87.- Sin embargo, de la revisión del expediente administrativo se advierte que la Entidad Prestadora no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que cumplió con su obligación de informar lo señalado precedentemente.
- 88.- En efecto, APM tenía la responsabilidad de comunicar a SAN FERNANDO: i) cada una de las paralizaciones por inconvenientes con sus equipo; ii) la modificación de la secuencia de descarga; y, iii) que la operación de descarga no culminaría en las jornadas programadas en el Plan de Operaciones, indicando la nueva cantidad de jornadas a realizar así como la fecha y hora de término de las operaciones de descarga.
- 89.- De acuerdo a lo expuesto, no se acredita que APM haya cumplido con sus responsabilidades para brindar el servicio de descarga de conformidad con el "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido".
- 90.- Cabe resaltar que si bien SAN FERNANDO es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado, y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones; también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM y a la información que le envíe.
- 91.- Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que de la revisión de los documentos denominados "Resumen / Nota de Tarja" correspondientes a la Bodega N° 2 de la nave SUN GLOVE, se verifica



que antes de iniciada la alteración del Plan de Operaciones por paralizaciones por falla de equipos (Hopper) imputables a APM (07:35 del día 13 de abril de 2017); existieron paralizaciones ascendentes a 685 minutos por falta de camiones atribuibles a SAN FERNANDO.

- 92.- Al respecto, este Tribunal considera que en tanto que en esos momentos, esto es, desde el inicio de las operaciones hasta la primera paralización por falla de equipos de APM (desde las 07:40 horas del 12 de abril de 2017 hasta las 07:35 horas del 13 de abril de 2017); el Plan de Operaciones no había sufrido modificación alguna por responsabilidad de la Entidad Prestadora, esta se encontraba facultada a aplicar el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada en el supuesto de que el usuario incurriera en el no envío de camiones.
- 93.- Siendo así, verificándose que desde las 07:40 horas del 12 de abril de 2017 hasta las 07:35 horas del 13 de abril de 2017 existieron paralizaciones ascendentes a 685 minutos por la falta de envío de camiones atribuibles a SAN FERNANDO, corresponde que dichas paralizaciones le sean cobradas.
- 94.- De otro lado, si bien SAN FERNANDO ha manifestado que las paralizaciones en las operaciones de descarga habrían sido consecuencia de una presunta congestión dentro y fuera del Terminal Portuario atribuible a APM, no ha cumplido con remitir medio probatorio alguno que respalden tales afirmaciones.
- 95.- Cabe recordar que el numeral 171.2 del artículo 171 del TUO de la LPAG²⁴ establece que corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones.
- 96.- Consecuentemente, en atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura N° 003-60595, debiendo emitirse una nueva factura que considere únicamente el cobro por los 685 minutos (11 horas con 25 minutos) de paralizaciones señaladas.

Cuestiones Finales

- 97.- Por otro lado, en cuanto al cuestionamiento de SAN FERNANDO respecto de la inclusión del IGV en la emisión de la factura por concepto de recargo por Compensación de Cuadrillas no utilizadas, cabe señalar que de acuerdo a la Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración Tributaria –SUNAT, Ley N° 29816, corresponde a esta Entidad, entre otras funciones, la administración, aplicación, fiscalización y recaudación de los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales²⁵.

²⁴ TUO de la LPAG

"Artículo 171.- Carga de la prueba
(...)

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones".

²⁵ LEY N° 29816, LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA – SUNAT

- 98.- Asimismo, el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Resolución de Superintendencia N° 122-2014/SUNAT y sus modificatorias, establece en el literal v) del artículo 4° que una de las funciones de esta Entidad es:

"Artículo 4°.- Funciones y Atribuciones de la SUNAT

Son funciones y atribuciones de la SUNAT:

(...)

v) Determinar la correcta aplicación y recaudación de los tributos que administra y de otros cuya recaudación se le encargue, así como de los derechos que cobren por los servicios que prestan, de acuerdo a Ley."

[El subrayado es nuestro]

- 99.- Por consiguiente, siendo una de las funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria el determinar la correcta aplicación de los tributos, corresponde a esta Entidad y no a este Tribunal, pronunciarse sobre la aplicación del I.G.V. en la facturación sobre el recargo por concepto de Compensación de Cuadrilla no utilizada.
- 100.- Con relación al nivel de servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión de APM, corresponde precisar que si bien el Anexo 3 señala que la Entidad Prestadora deberá atender a los camiones de los usuarios en un promedio de 30 minutos²⁶, establece también que la medición de esta atención se realizará de manera trimestral y conforme al tonelaje atendido de cada carga.
- 101.- Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión²⁷, la Gerencia de Supervisión es la encargada de verificar que las

"Artículo 5. Funciones de la SUNAT

La SUNAT tiene por función administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales, así como proponer y participar en la reglamentación de las normas tributarias y aduaneras. Asimismo, puede dictar normas en materia tributaria, aduanera y de organización interna en el ámbito de su competencia. También administra y/o recauda otros conceptos no tributarios que se le encargue por ley y cumple otras funciones establecidas de acuerdo a ley. (...)"

²⁶ **Contrato de Concesión**

Niveles de Servicio y Productividad

(...)

El cumplimiento de los indicadores que se establecen a continuación se verificará en base al promedio trimestral o por operación, según sea el caso.

(...)

Niveles de Servicio y Productividad para cualquier tipo de carga

tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercadería. Una vez que el cliente haya realizado el pago de los derechos aduaneros que correspondan y obtenga la autorización del terminal, el tiempo posterior a este proceso no deberá ser mayor a treinta (30) minutos en promedio computados desde que el Usuario ingresa su unidad al Terminal hasta que salga de la misma. Los treinta (30) minutos se computarán desde el ingreso de cada unidad

²⁷ **Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones

g) Órgano Supervisor: Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras."



Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes).

102.- En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión, respecto de los niveles de servicio y productividad a los que está obligada APM contractualmente, se advierte algún incumplimiento por parte de ésta última, corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente²⁸, por lo que debe desestimarse dicho argumento.

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 OSITRAN²⁹;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente APMTC/CL/0205-2017 y, en consecuencia, declarar **FUNDADO EN PARTE** el reclamo presentado por SAN FERNANDO S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A. relacionado con el cobro de la factura N° Foo3-60595, emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, correspondiendo se emita una nueva factura por el equivalente a 11 horas con 25 minutos de paralizaciones.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a SAN FERNANDO S.A., y a APM TERMINALS CALLAO S.A., la presente resolución.

"Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos

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

Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

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

²⁸ **Reglamento de Infracciones y Sanciones**

"Artículo 7° Órganos competentes

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

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

El órgano resolutorio, en segunda instancia es el Consejo Directivo de OSITRAN."

²⁹ **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia,

Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia,

Integrar la resolución apelada,

Declarar la nulidad de actuados cuando 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

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 106-2017-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal institucional (www.ositran.gob.pe).

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

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