



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° 037-2018-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 037-2018-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/0407-2017

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 13 de septiembre de 2018

SUMILLA: *Corresponde confirmar la resolución que declaró infundado el recurso de reconsideración, en la medida que SAN FERNANDO S.A. no acreditó que las paralizaciones en la descarga ocurrieron por causas ajenas a su responsabilidad.*

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/0407-2017 (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 12 de octubre de 2017, SAN FERNANDO interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo3-73152, emitida por concepto de "Compensación de cuadrillas no utilizadas" por la suma de US\$ 1 239.00 (incluido 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 momentos se habrían generado las horas de paralizaciones por falta de camiones que APM pretende cobrarle.

- 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 Contrato de Concesión de APM dispone que el tiempo de retiro de mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos contado desde el momento en que ingresa el vehículo de transporte hasta su retiro de las instalaciones portuarias, lo que en el presente caso no ha sido cumplido, correspondiendo que APM remita la documentación pertinente (tickets de ingreso y salida) que acredite que el promedio de permanencia de los camiones se encuentra dentro de los límites exigidos por el Contrato de Concesión.
 - v.- El Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM establece que la carga sólida a granel podrá permanecer almacenada en el Terminal Portuario a libre disposición del usuario hasta por 5 días calendario. En ese sentido, el usuario no tiene obligación alguna de realizar la descarga de vapor a camión, toda vez que la carga puede permanecer en el terminal hasta 5 días después del término de la descarga, por lo que APM no puede cobrar el recargo por cuadrillas no utilizadas, toda vez que es obligación del Terminal descargar el buque, siendo optativo que el usuario retire inmediatamente la carga.
- 2.- A través de la Carta N° 1023-2017-APMTC/CL, notificada a SAN FERNANDO el 03 de noviembre de 2017, APM procedió a ampliar el plazo para emitir la respuesta al reclamo en 30 días hábiles
 - 3.- Mediante Resolución N° 1 emitido en el expediente N° APMTC/CL/0407-2017, notificada el 20 de noviembre de 2017, APM declaró infundado el reclamo presentado por SAN FERNANDO, en base a los siguientes argumentos:
 - i.- De acuerdo con lo dispuesto en la notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos, vigente al momento de la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar por los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el "Recargo por Compensación por Cuadrilla No Utilizada", el cual se aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.
 - ii.- El cobro de compensación por cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud que se aplica al usuario cuando se comprueba que el desarrollo de las operaciones de la nave se perjudica por razones ajenas a la responsabilidad de APM.
 - iii.- En el presente caso, el recargo por compensación por cuadrillas no utilizadas se aplicó como consecuencia de las 3 horas de paralización ocurridas durante las labores de

descarga de la nave CIELO DI SETO con manifiesto N° 2017-02441, lo que fue originado por la falta de camiones que debió de enviar SAN FERNANDO. Dicha situación se corrobora con el "Estado de Hechos" de la nave con código 107, que obra en el expediente.

- iv.- Mediante correo electrónico del 22 de septiembre de 2017, APM envió el Plan de Trabajo de la nave CIELO DI SETO al consignatario de la carga, al Agente Marítimo y al Agente de Aduanas; en ese sentido, cumplió con brindar la información adecuada y detallada respecto de las características de la operación de descarga.
- v.- SAN FERNANDO tenía pleno conocimiento de las condiciones en que APM realizaría la operación de descarga, de lo que se desprende que el usuario conocía el nivel de descarga en que se realizaría el desembarque de las mercancías.
- vi.- En el Plan de Trabajo de la nave CIELO DI SETO, la descarga se había planificado para un total de 5 jornadas; sin embargo, debido a la falta de camiones que debió enviar SAN FERNANDO, la descarga se prolongó hasta 7 jornadas, según información del Reporte Final de Operaciones.
- vii.- Con relación al periodo de cinco (5) días de libre pago, el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM establece que este periodo se aplica cuando la descarga se realiza con el uso de torres absolventes y silos, y no respecto de operaciones de descarga directa.
- viii.- En el presente caso, de acuerdo al Plan de Trabajo, la descarga en las tres (3) primeras jornadas se realizaría con el uso de silos y en las dos (2) jornadas restantes se efectuaría con el uso de silos y bajo la modalidad directo a camión. De acuerdo con ello, el cobro de cuadrillas no utilizadas se efectuó considerando únicamente las paralizaciones registradas en los turnos donde la descarga se realizó directamente de la nave al camión.
- ix.- En cuanto a los hechos ocurridos fuera de las instalaciones de APM, cabe señalar que en su condición de administrador portuario solo le corresponde asumir responsabilidad por los actos y omisiones del personal a cargo de las operaciones del Terminal Portuario y de sus subcontratistas, es decir, responde por el personal que directa o indirectamente se encuentre a su cargo. Por dicha razón, no corresponde que los inconvenientes que pueden haberse producido fuera de las instalaciones de APM le sean atribuidos.
- x.- Respecto a la presunta responsabilidad de APM sobre la congestión al interior del terminal portuario, SAN FERNANDO no ha cumplido con acreditar que la demora en el ingreso de sus camiones se haya producido por la alegada congestión interna, ni mucho menos que dicha demora se haya producido por hechos atribuibles a APM.

- xi.- En cuanto a los niveles de servicio y productividad, el Anexo 3 del Contrato de Concesión establece que el retiro de la mercadería no deberá ser mayor a 30 minutos, tiempo que se computará desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro del Terminal Portuario. Para que se verifique el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligado a presentar mensual y trimestralmente los niveles de servicio y productividad que viene alcanzando; niveles que se miden en función a todas las operaciones realizadas por las naves que hayan arribado en el mes y no únicamente de un solo consignatario, como ocurrió en el presente caso.
 - xii.- Finalmente, el recargo por compensación por cuadrillas no utilizadas está vinculado a la compensación por asignación de personal, lo que se relaciona directamente con la contraprestación de una operación, por lo que sí corresponde que sea gravado con IGV.
- 4.- El 28 de febrero de 2018, SAN FERNANDO interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1 señalando lo siguiente:
- i.- El promedio de permanencia dentro del terminal portuario de los 1 065 viajes realizados por los vehículos para atender la descarga de la nave CIELO DI SETO fue de 30:16 minutos por vehículo; lo que quiere decir que en promedio las unidades de transporte permanecieron en total 1 065 minutos más del tiempo establecido en el Contrato de Concesión.
 - ii.- En ese sentido, la demora en la atención de las unidades debería ser compensada con las 3 horas de paralizaciones por cuadrillas no utilizadas que APM pretende cobrarle.
 - iii.- Del documento "Consolidado de Tiempos Paralizados" se advierte que las paralizaciones en la descarga por hechos imputables a APM, tales como la falla de grúa a tierra y demoras en el embarque y desembarque de estibadores, suman un total de 8 horas con 36 minutos que también debería ser detraído o compensado de las 3 horas por cuadrillas no utilizadas.
 - iv.- De los correos electrónicos intercambiados entre el Agente Marítimo de la nave CIELO DI SETO y APM, se advierte que la Entidad Prestadora pretendió que el Agente Marítimo otorgue conformidad a la facturación por cuadrillas no utilizadas a pesar de que las modificaciones y demoras en el Plan de Trabajo ocurrieron por causas imputables a APM.
- 5.- Mediante Resolución N° 2 notificada a SAN FERNANDO el 28 de diciembre de 2017, APM resolvió el recurso de reconsideración interpuesto en el expediente N° APMTC/CL/0407-2017 declarándolo infundado, reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1, añadiendo lo siguiente:

- i. Con relación al reporte denominado "Paralizaciones Contabilizadas – Atribuibles APMTTC – SOF CANOPUS", dicho documento carece de validez en la medida que no se encuentra firmado y/o suscrito por la persona que lo elaboró o por APM.
 - ii. Por el contrario, los documentos "Estado de Hechos por Nave" y "Resumen / Nota de Tarja" elaborados por APM durante las operaciones de descarga sí registran el detalle de las paralizaciones por falta de envío de camiones, por lo que no se acredita lo señalado por SAN FERNANDO.
 - iii. En relación al intercambio de correos electrónicos con el Agente Marítimo CANOPUS, con los cuales SAN FERNANDO alega que APM habría tratado de conseguir la conformidad de dicho agente para efectuar el cobro por cuadrillas no utilizadas; cabe precisar que la Lista de Otros Servicios y Recargos de APM, no indica que dicho cobro se encuentre sujeto a una aprobación por parte del usuario, toda vez que no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado, sino que se genera por el incumplimiento de un acuerdo producto de la relación contractual.
 - iv. Sin perjuicio de ello, APM cumplió con comunicar a SAN FERNANDO y al Agente Marítimo el cobro por cuadrillas no utilizadas, a través del correo electrónico enviado el 28 de septiembre de 2017 a las 9:34 horas, adjuntando a dicho correo el documento que sustenta el cobro realizado y el TDR actualizado.
- 6.- Con fecha 5 de enero de 2018, SAN FERNANDO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 que declaró infundado su recurso de reconsideración, señalando lo siguiente:
- i.- La factura N° Foo3-73152 fue mal emitida toda vez que el concepto definido en la misma es del tipo compensación - indemnización, lo que no se encuentra gravado con IGV.
 - ii.- El nivel de servicio y productividad del Contrato de Concesión de APM indica que el tiempo de retiro de mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos; sin embargo, el tiempo promedio de los vehículos para la descarga de la nave CIELO DI SETO fue mayor al establecido en el Contrato de Concesión.
 - iii.- En el documento "Consolidado de Cuadros Paralizados" emitido por el Agente Marítimo CANOPUS se registraron paralizaciones imputables a APM, las cuales suman un total de 8 horas con 36 minutos que debería ser detraído o compensado de las 3 horas de compensación de cuadrillas no utilizadas que APM pretende cobrarle.
 - iv.- APM intercambió correos electrónicos con el Agente Marítimo de la nave CIELO DI SETO, mediante los cuales la Entidad Prestadora pretendió que el Agente Marítimo

otorgue conformidad a la facturación por cuadrillas no utilizadas que estaba realizando a pesar de que las demoras al Plan de Trabajo ocurrieron por causas imputables a APM.

- v.- El incumplimiento del nivel de servicio y productividad en cuanto al tiempo de retiro de camiones del terminal portuario (30 minutos) por parte de APM, queda acreditado con la documentación (tickets) que emite la propia Entidad Prestadora al ingreso y salida de los camiones.
- 7.- El 26 de enero de 2018, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando lo señalado en sus pronunciamientos anteriores.
- 8.- Mediante Oficio N° 288-2018-STO-OSITRAN notificado el 20 de junio 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 CIELO DI SETO. Atendiendo a ello, APM remitió lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Carta N° 653-2018-APMT/CL recibida el 22 de junio de 2018.
- 9.- 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.
- 10.- Con fecha 3 de septiembre de 2018, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 11.- 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 que SAN FERNANDO pague la factura N° F003-73152 por el concepto de recargo por compensación por cuadrilla no utilizada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 12.- En el presente caso, SAN FERNANDO cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas señalando que APM realizó una liquidación

unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas. Asimismo, manifestó que APM no tomó en cuenta las paralizaciones que le son atribuibles como Entidad Prestadora y que en todo caso, las paralizaciones que se le atribuyen deberían de ser compensadas con aquellas que resultan de responsabilidad de APM.

- 13.- 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.
- 14.- 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.
- 15.- 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.
- 16.- 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

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.
(...)

APM², así como el literal b) del artículo 2³ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

- 17.- 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

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 Reclamos de OSITRAN

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

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

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

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

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 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".

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.

18.- 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 28 de diciembre de 2017.
- ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que SAN FERNANDO interponga el recurso de apelación venció el 19 de enero de 2018.
- iii.- SAN FERNANDO presentó el recurso de apelación el 5 de enero de 2018, es decir, dentro del plazo legal.

19.- 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.

20.- 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 naturaleza del cobro por concepto de "recargo por cuadrilla no utilizada"

21.- 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"

⁷ TUO de la LPAG

"Artículo 218.- Recurso de apelación

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

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."

- 22.- 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, trunca y destrunca, entre otros).
- 23.- De la lectura de las cláusulas citadas se puede advertir que el Contrato de Concesión prevé que los servicios que se brindan en el Terminal Portuario son, en principio, servicios portuarios, respecto de los cuales la Entidad Prestadora se encuentra legitimada a cobrar una tarifa o un precio.
- 24.- Asimismo, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5, y (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23:

"1.23.102 Tarifa

Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables."

"8.20 SERVICIOS ESPECIALES

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5. (...)"

"8.23 *Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.*

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de competencia económica.

(...)

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones."

[El subrayado es nuestro]

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

"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

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

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]

- 26.- 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.
- 27.- Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario sino que se genera por el incumplimiento de 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.
- 28.- Con relación al recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada conviene tener presente que mediante informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas 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]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 037-2018-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

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

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

[El subrayado es nuestro]

- 30.- Como se verifica del mencionado informe, las áreas técnicas 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.
- 31.- 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.
- 32.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁹ que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, se establece entre los recargos aplicables a la nave el recargo por "Compensación de 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.

⁹ **PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGOS**

Recargos a los Servicios prestado a la Nave

Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

(...)

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

(...)

- 33.- 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

- 34.- En virtud del Contrato de Concesión¹⁰ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹¹. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

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

(...)

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

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

¹¹ *Contrato de Concesión*

"DEFINICIONES

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

1.23.26. 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".*

[El subrayado es nuestro]

35.- 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]

- 36.- 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 resultado¹².
- 37.- 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.
- 38.- En ese sentido, el Contrato de Concesión le otorga a APM la facultad de regular sus actividades como administrador portuario, otorgándole la potestad de emitir sus propias políticas comerciales y operativas para la adecuada operación y funcionamiento del puerto. Así, el artículo 8.13¹³ del referido contrato concesión establece la potestad de la Sociedad Concesionaria de presentar, para la aprobación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), su Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito y otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN.

¹² Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", *Law & Society Review*, Volume 37, Issue 4, pp. 691-730.

¹³ **Contrato de Concesión de APM**

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

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

- 39.- De acuerdo al referido Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹⁴, la Entidad Prestadora es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones desarrolladas en el Terminal Portuario, como se aprecia a continuación:

"Artículo 9°.- La Gerencia del Área de Operaciones de APM TERMINALS es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones que se desarrollan en el Terminal Portuario, verificando el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento."

[El subrayado y resaltado es nuestro]

- 40.- 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 la compensación de tiempos de retrasos o paralizaciones en las operaciones de descarga

- 41.- 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.
- 42.- En virtud de esa potestad, APM ha emitido la Versión 4 de su Reglamento de Operaciones¹⁵, 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.
- 43.- En los numerales 5.4.1. y 5.4.2. del referido Anexo 5, APM ha establecido supuestos que generan paralizaciones o retrasos por causas que son imputables al Concesionario tanto en su condición de empresa prestadora de servicios como en su condición de administrador portuario, entre los cuales tenemos:

"(...)

5.4. CONCESIONARIO APM TERMINALS

5.4.1. En su condición de empresa de estiba/desestiba

(...)

¹⁴ Aprobado mediante la Resolución N° 358-2016-APN/GG de fecha 19 de julio de 2016.

¹⁵ Aprobado mediante Resolución N° 358-2016-APN/GG, de fecha 19 de julio de 2016.

Se entenderán como causas imputables al Concesionario, entre otras, el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, así como los hechos que se indican a continuación:

- *Paralización o retrasos de las operaciones por daños o defectos en los equipos utilizados para la descarga.*
- *Paralización o retrasos de las operaciones por accidentes y/o incidentes ocasionados por el personal a su cargo durante el desarrollo de las operaciones.*
- *Paralización, suspensión o retraso por no contar con la cuadrilla completa al inicio de cada turno.*
- *Incumplimiento de las normas y disposiciones aplicables para la operación de descarga por parte del Concesionario, que originen la paralización o retrasos de las operaciones portuarias.*

(...)

5.4.2. En su condición de administrador portuario

(...)

Se entenderán como causas imputables al Concesionario el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, así como los hechos que se indican a continuación:

- *No acreditar haber instruido al transportista el ingreso al muelle determinado en el plan de Operaciones, cuando la unidad de transporte se encuentre dentro del Terminal Portuario y/o antepuerto.*
- *Fallas en la balanza del terminal que impidan o retrasen el acceso de las unidades de transporte designadas por el usuario.*
- *Cualquier falla del sistema de acceso que impida o retrase el ingreso y/o salida de las unidades de transporte designadas por el usuario.*
- *Cuando el Concesionario impida o retrase el ingreso de las unidades de transporte debido al congestionamiento interno del terminal portuario.*
- *Otros hechos imputables al Concesionario*

(...)”

- 44.- Asimismo, respecto a la compensación de los tiempos imputables a la Entidad Prestadora y al usuario, en el referido Anexo 5 se establece lo siguiente:

"Si durante las operaciones de una misma nave, el tiempo total de retraso en la finalización de las operaciones se debe en parte a hechos imputables al Concesionario y a su vez al usuario, los tiempos vinculados a cada situación se compensarán entre sí hasta que sea posible, generándose las retribuciones económicas sobre los diferenciales que correspondan."

[El subrayado es nuestro]

- 45.- De acuerdo al procedimiento establecido por APM para la descarga de granel sólido, los retrasos o paralizaciones en la operación de descarga generadas por causas imputables al usuario se compensan con los retrasos o paralizaciones imputables al Concesionario.
- 46.- En ese entendido, el recargo por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas queda supeditado al resultado de la compensación realizada entre los tiempos imputables al usuario y al Concesionario.

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

- 47.- En sus escritos, 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, el usuario no se encontraría obligado a enviar unidades de transporte e implementar la logística necesaria para la descarga de vapor a camión, en la medida que en el caso de carga sólida a granel, el servicio estándar incluiría el almacenamiento de la mercancía por un periodo de hasta cinco (05) días libres de pago.
- 48.- 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]

- 49.- 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 trámites	
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	Paseje 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		

- 50.- 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 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 realizan retirando la carga directamente de las bodegas del buque a los camiones del consignatario.
- 51.- En el caso bajo análisis, conforme se desprende de lo descrito en los antecedentes, APM programó que la desestiba de la carga sólida a granel de SAN FERNANDO se realizaría bajo dos modalidades: utilizando silos y directamente desde la nave a los camiones que el usuario aceptó disponer para el retiro de su mercadería del Terminal Portuario.
- 52.- En ese sentido, a fin de determinar si SAN FERNANDO debe asumir el pago por el concepto de recargo por compensación por cuadrilla no utilizada, corresponde tomar en cuenta únicamente las jornadas donde se programó que la operación de descarga se realizaría de forma directa de la nave al camión.

Sobre el cobro de la factura N° F003-73152

- 53.- En el presente caso, SAN FERNANDO cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas señalando que APM realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas. Asimismo, manifestó que APM no tomó en cuenta las paralizaciones que le son atribuibles como Entidad Prestadora y que en todo caso, las paralizaciones que se le atribuyen deberían de ser compensadas con aquellas que resultan de responsabilidad de APM.

- 54.- 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.
- 55.- 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.
- 56.- De la revisión del expediente administrativo se aprecia que APM ha adjuntado los documentos denominados "Estado de Hechos por Nave" y "Resumen / Nota de Tarja"¹⁶ elaborados durante las operaciones de descarga de la nave CIELO DI SETO, embarcación en la cual se trasportaba mercadería de SAN FERNANDO, correspondiente a las jornadas realizadas del 23 al 26 de septiembre de 2017.
- 57.- Con relación a los referidos documentos, SAN FERNANDO ha señalado que no pueden realizarse liquidaciones de tiempos sobre las paralizaciones con información que emane de la propia Entidad Prestadora.
- 58.- Al respecto, como se ha indicado 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.
- 59.- En ese sentido, APM no solo 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.
- 60.- Ahora bien, la Entidad Prestadora ha señalado que el cobro del recargo por cuadrillas no utilizadas se realizó considerando únicamente las paralizaciones que ocurrieron en los turnos donde la descarga se efectuó de forma directa a camión, es decir, directamente desde la nave a los camiones que el usuario aceptó disponer para el retiro de su mercadería

¹⁶ Los documentos denominados "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" fueron enviados por APM en un Disco Compacto (CD) de datos, mediante la Carta N° 0653-2018-APMTC/CL, obrante en el folio 122 del expediente.

del Terminal Portuario, de acuerdo con la secuencia de descarga proyectada en el Plan de Operaciones.

- 61.- De la revisión del "Plan de Operaciones"¹⁷ de la nave CIELO DI SETO que obra en el expediente, se verifica que la jornada del día 24 de septiembre de 2017 (turno de las 23:00 a las 07:00 horas) relacionada a las bodegas N° 1 y 2, así como en la jornada del día 25 de septiembre de 2017 (turno de las 07:00 a las 15:00 horas), relacionadas a las bodegas N° 2 y 3, se planificó fueran desarrolladas bajo la modalidad directa a camión.
- 62.- Ahora bien, del documento denominado "Reporte Final de Operaciones"¹⁸, se evidencia que en las jornadas de los días 24 (turno de las 23:00 a las 07:00 horas) y 25 de septiembre de 2017 (turno de las 07:00 a las 15:00 horas) ambas relacionadas a la bodega N° 2, en efecto, la descarga se desarrolló directa a camión; sin embargo, en las jornadas de los días 24 (turno de las 23:00 a las 07:00 horas) relacionada a la bodega N° 1, y 25 de septiembre de 2017 (turno de las 07:00 a las 15:00 horas) relacionada a la bodega N° 3, APM no desarrolló trabajos de descarga.
- 63.- En ese sentido, corresponde determinar si durante las jornadas de los días 24 (turno de las 23:00 a las 07:00 horas) y 25 de septiembre de 2017 (turno de las 07:00 a las 15:00 horas) relacionadas a la bodega N° 2, en las cuales la descarga se desarrolló directa a camión, existieron paralizaciones imputables al consignatario de la carga.
- 64.- De la revisión de los documentos "Resumen / Nota de Traja" correspondientes a las jornadas de los días 24 (turno de las 23:00 a las 07:00 horas) y 25 de septiembre de 2017 (turno de las 07:00 a las 15:00 horas) relacionadas a la bodega N° 2, se aprecia que en el ítem denominado "Detalle por paralizaciones por falta de camiones", el personal de APM dejó constancia de las paralizaciones ocurridas en las tareas de descarga de la nave CIELO DI SETO por un total de 240 minutos, consignando que estas se habrían debido a la ausencia de camiones atribuibles al usuario.
- 65.- Si bien a efectos de acreditar las presuntas paralizaciones atribuibles a APM, SAN FERNANDO ha adjuntado como medio probatorio, el documento denominado "M/V. "CIELO DI SETO" – CALLAO"¹⁹, en el cual el Agente Marítimo "Canopus" habría consignado la existencia de paralizaciones como consecuencia de espacio insuficiente en los silos, falla de equipos, movilización de estibadores, estibadores a bordo e inicio y reinicio de descarga; cabe resaltar que dicho documento no cuenta con firma ni nombre de la persona que lo elaboró, por lo que no se acredita que las paralizaciones señaladas resulten imputables a la Entidad Prestadora.

¹⁷ Folios del 50 al 54

¹⁸ Folio 68

¹⁹ Folio 88

- 66.- No obstante ello, en los documentos "Estado de Hechos por Nave" y "Resumen / Nota de Tarja"²⁰ correspondientes a las jornadas de los días 24 (turno de las 23:00 a las 07:00 horas) y 25 de septiembre de 2017 (turno de las 07:00 a las 15:00 horas) relacionadas a la bodega N° 2, también se realizó el registro de las paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora; las cuales se detallan a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM²¹

JORNADA	CONCEPTO	TIEMPO (minutos)
24.09.2017 (23:00 – 07:00)	Bodega N° 2: avería del chute de la hopper	26
25.09.2017 (07:00 – 15:00)	Bodega N° 2: movilización de equipos para descarga a silos en la bodega N° 1	25
TOTAL DE PARALIZACIONES		41

- 67.- De la información contenida en el cuadro precedente se evidencia que en las jornadas donde se planificó la descarga de la nave a los vehículos de transporte de SAN FERNANDO, existieron paralizaciones imputables a APM (paralizaciones avería de equipo y movilización de equipos para descarga en silos) ascendentes a un total de 41 minutos.
- 68.- Al respecto, cabe recordar que en el Anexo N° 5 "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido" del Reglamento de Operaciones de APM, versión 4, se ha establecido que en caso existiera paralizaciones imputables tanto al usuario como a la Entidad Prestadora "(...) los tiempos vinculados a cada situación se compensarán entre sí hasta que sea posible, generándose las retribuciones económicas sobre los diferenciales que correspondan."
- 69.- En ese sentido, habiéndose evidenciado que durante las operaciones de descarga de la nave FOUR EMERALD existieron paralizaciones atribuibles a APM por un total de 41 minutos, así como paralizaciones imputables a SAN FERNANDO por un total de 240 minutos (conforme se ha determinado en el considerando N° 62 de la presente Resolución) corresponde que las paralizaciones sean compensados entre sí.
- 70.- Así pues, al tiempo atribuible a SAN FERNANDO (240 minutos) se le debe descontar el tiempo imputable a APM (41 minutos), de lo cual resulta 199 minutos, equivalente a 3 horas con 19 minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones que corresponde le sean atribuibles a la apelante.

²⁰ Los documentos denominados "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" fueron enviados por APM en un Disco Compacto (CD) de datos, mediante la Carta N° 0653-2018-APMTC/CL, obrante en el folio 122 del expediente.

²¹ Cabe precisar que únicamente han sido consideradas retrasos o paralizaciones generadas por causas atribuibles a APM que están detalladas en el Anexo 5 del Reglamento de Operaciones de APM, versión 4, mas no aquellas generadas por actividades propias de la operación de descarga, como por ejemplo, paralizaciones a causa de la charla de seguridad o ingreso de cuadrilla, etc.

- 71.- De acuerdo con lo expuesto precedentemente, se concluye que las paralizaciones por falta de envío de camiones computables para el cobro por recargo de cuadrillas no utilizadas ascienden a 3 horas con 19 minutos.
- 72.- En consecuencia, teniendo en cuenta lo señalado en el considerando anterior y en vista de que la factura N° Foo3-73152 se emitió por el cobro de 3 horas de paralizaciones por falta de camiones, no corresponde realizar ajuste alguno conforme a la observación realizada.

Cuestiones Finales

- 73.- 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 Cuadrilla no utilizada; 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 municipales²².
- 74.- 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]

- 75.- 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 IGV en la facturación sobre el recargo por concepto de Compensación de Cuadrilla no utilizada.

²² LEY N° 29816, LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA – SUNAT

"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. (...)"

- 76.- 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 minutos²³, establece también que la medición de esta atención se realizará de manera trimestral y conforme al tonelaje atendido de cada carga.
- 77.- Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión²⁴, la Gerencia de Supervisión es la encargada de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes).
- 78.- 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 correspondiente²⁵.
- 79.- Conforme a lo señalado, no corresponde a este Tribunal atender a lo solicitado por SAN FERNANDO en su reclamo y recurso de apelación, respecto a la exhibición de los tickets de

²³ 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

²⁴ Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones

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

"Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos

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

las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

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

²⁵ 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".

ingreso y salida de los camiones, en la medida que la encargada de verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales es la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

- 80.- Finalmente, advirtiéndose que SAN FERNANDO ha manifestado a lo largo del procedimiento, que la presunta existencia de un incumplimiento de los niveles de servicio en la atención de camiones de los usuarios durante las operaciones llevadas a cabo por APM, generaría ineficiencias en las operaciones realizadas por la Entidad Prestadora; corresponde remitir a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización el presente expediente, a fin de que realice las verificaciones que correspondan en el ejercicio de sus funciones de supervisión y fiscalización.

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 OSITRAN²⁶;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0407-2017 que declaró **INFUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por SAN FERNANDO S.A. contra la Resolución N° 1 que desestimó el reclamo interpuesto contra la factura N° F003-73152, emitida por aplicación del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

SEGUNDO.- REMITIR copias del expediente N° 037-2018-TSC-OSITRAN a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, a fin de que actúe conforme a sus facultades de acuerdo con los considerandos 76 al 80 de la presente Resolución.

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

CUARTO.- NOTIFICAR a la empresa SAN FERNANDO S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

²⁶ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Integrar la resolución apelada;
- Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda²⁷.

"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 materia²⁸.



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° 037-2018-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

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