

EXPEDIENTE

.

141-2017-TSC-OSITRAN

APELANTE

COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A.

ENTIDAD PRESTADORA

APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO

•

Resolución Nº 1 emitida en el expediente

N° APMTC/CL/0347-2017

RESOLUCIÓN Nº 1

Lima, 27 de agosto de 2018

SUMILLA: Corresponde revocar la resolución que declaró infundado el reclamo en la medida que a las horas de paralización en las labores de retiro de carga imputables al usuario, deben descontársele las horas de paralización atribuibles a la Entidad Prestadora; consecuentemente, APM TERMINALS CALLAO S.A. debe emitir una nueva factura por recargo por cuadrillas no utilizadas considerando lo señalado.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A. (en adelante, MOLICENTRO o la apelante) contra la Resolución Nº 1 emitida en el expediente Nº APMTC/CL/0347-2017 (en lo sucesivo, la Resolución Nº 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

- 1.- Con fecha 29 de agosto de 2017, MOLICENTRO interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo3-69875, emitida por concepto de "Compensación de cuadrillas no utilizadas" por la suma de US\$ 11 977.00 (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 momento se habrían generado las 29 horas de paralizaciones por falta de camiones que APM pretende cobrarle, ni se explica el por



Pa

- qué correspondería a MOLICENTRO pagar la totalidad de paralizaciones cuando la nave OCEAN GRACIOUS transportó mercancías de varios usuarios.
- iii.-APM no puede realizar liquidaciones de tiempos de paralización con información de la propia Entidad Prestadora ni 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 trasporte para atender la descarga.
- Mediante Resolución Nº 1, notificada el 21 de septiembre de 2017, APM declaró infundado el 2.reclamo presentado por MOLICENTRO, 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 28 horas con 26 minutos de paralizaciones ocurridas durante las labores de descarga de las Bodegas N° 1 y 4 de la nave OCEAN GRACIOUS con manifiesto Nº 2017-01906, originadas por la falta de camiones que debió de enviar MOLICENTRO. Dicha situación se corrobora con el "Estado de Hechos" de la nave con código 107. En ese sentido, corresponde el cobro de 29 horas de compensación de cuadrillas no utilizadas tal como se consigna en la Factura Electrónica Nº Foo3-69875.
 - iv.-En el Plan de Trabajo de la nave OCEAN GRACIOUS, la descarga se había planificado para un total de 8 jornadas; sin embargo, debido a la falta de camiones que debió enviar MOLICENTRO, la descarga se prolongó hasta 14 jornadas, según información del Reporte Final de Operaciones.
 - Mediante los documentos "Estados de Hechos" y "Notas de Tarja" que los trabajadores V.registran durante la descarga de cada bodega, APM registró 29 horas en total de periodos de espera de camiones externos que MOLICENTRO debió enviar para el retiro de su mercancía.





- vi.- 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.
- 3.- Con fecha 12 de octubre de 2017, MOLICENTRO interpuso recurso de apelación contra la Resolución Nº 1 que declaró infundado su reclamo, señalando lo siguiente:
 - i.- La factura N° Foo3-69875 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.- No es aceptable que se realice una liquidación de tiempos efectuada por la propia concesionaria en la cual no se consideran las paralizaciones que le son imputables, tales como las generadas por la congestión al interior y en las balanzas de salida del Terminal Portuario.
 - iii.- En la factura cuestionada no se detalla en qué momento se habrían generado las 29 horas de paralizaciones por falta de camiones que APM pretende cobrarle, ni explica por qué correspondería a MOLICENTRO pagar la totalidad de paralizaciones cuando la nave OCEAN GRACIOUS transportó mercancías de varios usuarios.
 - iv.- El reclamo fue presentado el 29 de agosto de 2017, por lo que el órgano resolutivo de primera instancia tenía hasta el 19 de septiembre de 2017 para notificarle la resolución respectiva; sin embargo, la Resolución N° 1 que da respuesta al reclamo fue notificada recién el 21 de septiembre de 2017, correspondiendo la aplicación del silencio administrativo positivo.
- 4.- El 2 de noviembre de 2017, 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 la Resolución Nº 1, añadiendo lo siguiente:
 - i.- De acuerdo con el artículo 2.12 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM y con el artículo 41 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, el plazo para resolver los reclamos de los usuarios es de 15 días contados a partir del día siguiente de su presentación. Asimismo, el plazo para la notificación respectiva al interesado es de 5 días.
 - ii.- En el presente caso, MOLICENTRO presentó su escrito de reclamo el 29 de agosto de 2017; de acuerdo con ello, APM tenía 15 días para resolver el reclamo, es decir, hasta el 20 de septiembre de 2017. Asimismo, tenía 5 días más para realizar la notificación respectiva, es decir, hasta el 27 de septiembre de 2017.





- iii.- Al respecto, la Resolución N° 1 emitida el 19 de septiembre de 2017, que da respuesta al reclamo, fue notificada el 21 de septiembre vía correo electrónico (Fernando.falcon@molicentro.com.pe, carlos.montes@molicentro.com.pe y Karina.flores@molicentro.com.pe), recibiendo la notificación de lectura los días 21 y 25 de septiembre de 2017. Por otro lado, con fecha 21 de septiembre de 2017 realizó la notificación al domicilio procesal de su casilla perteneciente al Colegio de Abogados del Callao.
- iv.- De acuerdo con lo señalado precedentemente, APM cumplió con notificar dentro del plazo legal a MOLICENTRO, por lo que no corresponde la aplicación del Silencio Administrativo Positivo.
- 5.- El 14 de agosto de 2018, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de APM, quedando la causa al voto.
- 6.- Con fecha 17 de agosto de 2018, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 7.- 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 MOLICENTRO pague la factura N° Foo3-69875 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

- 8.- En el presente caso, MOLICENTRO 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 no le correspondía asumir la totalidad de las paralizaciones debido a que la nave OCEAN GRACIOUS transportó mercancías de varios usuarios.
- g.- 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.



99

- 10.- 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.
- 11.- En ese sentido, el artículo 33¹ del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:
 - i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura.
 - ii) La calidad y oportuna <u>prestación de dichos servicios</u> que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
- 12.- Siendo así, dado que en el presente caso, se requerirá analizar la prestación del servicio en atención a lo acordado por las partes en el Plan de Operaciones, a efectos de determinar la pertinencia del cobro del recargo; se evidencia que dichos extremos involucran los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM², así como el literal b) del artículo 23 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente

"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

(...)

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

(...)

Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución Nº 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.





Página 5 de 23

² <u>Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias</u>, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

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

- 13.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59° del Reglamento de 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.
- 14.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
 - i.- La Resolución Nº 1 materia de impugnación fue notificada a MOLICENTRO el 21 de septiembre de 2017.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que MOLICENTRO interponga el recurso de apelación venció el 12 de octubre de 2017.
 - iii.- MOLICENTRO presentó el recurso de apelación el 12 de octubre de 2017, es decir, dentro del plazo legal.
 - 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".



Aprobado y modificado mediante las Resoluciones Nº 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".



Página 6 de 23

- 15.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷ (en adelante, TUO de la LPAG), al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.
- 16.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

Sobre la aplicación del silencio administrativo positivo

- 17.- En su escrito de apelación, MOLICENTRO indicó que correspondería la aplicación del SAP respecto de su reclamo, en tanto esta fue presentado el 29 de agosto de 2017 y no fue notificado por APM dentro del plazo legal establecido.
- 18.- 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.



TUO de la LPAG

"Artículo 218.- Recurso de apelación

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

8 TUO de la LPAG

"Artículo 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



- 19.- Asimismo, el artículo 2.12 del Reglamento de Reclamos de APM⁹ y el artículo 41 del Reglamento de Reclamos OSITRAN¹⁰, establecen que el plazo para resolver el reclamo presentado por los usuarios es de quince días (15) días, contados a partir de la fecha de presentación de los mismos.
- 20.- En línea con lo expuesto en los párrafos precedentes, 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.
- 21.- 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.
- 22.- En el presente caso, se ha verificado que MOLICENTRO presentó su reclamo el 29 de agosto de 2017; por lo que, APM tenía quince (15) días para resolverlo, esto es, hasta el 20 de septiembre de

9 Reglamento Reclamos de APM

" 2.12 Plazo Máximo para Resolver

APM TERMINALS CALLAO S.A. resolverá en el momento aquellos reclamos que sean factibles de ser solucionados conforme a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el TRIBUNAL.

En los de más casos los reclamos deberán ser resueltos en un plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la fecha de presentación de los mismos. No obstante, dicho plazo podrá extenderse hasta treinta (30) días, mediante decisión motivada en aquellos reclamos que sean considerados particularmente complejos.".

10 Reglamento de Reclamos del OSITRAN.

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

La Entidad Prestadora resolverá en el momento aquellos reclamos que sean factibles de ser solucionados inmediatamente, conforme a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal de Solución de Controversias.

En los demás casos, los reclamos deberán ser resueltos en un plazo máximo de quince (15) días. No obstante, dicho plazo podrá extenderse hasta treinta (30) días, mediante decisión motivada en aquellos reclamos que sean considerados particularmente complejos."

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".

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.



- 2017. Asimismo, considerando que a partir de ello contaba con cinco (5) días para notificar la resolución, tenía hasta el 27 de septiembre para notificarla.
- 23.- De la revisión del expediente se aprecia que el 19 de septiembre de 2017, APM emitió la Resolución Nº 1 mediante la cual resolvió el reclamo presentado por MOLICENTRO, y que esta fue notificada el mismo 21 de septiembre de 2017, esto es, dentro de los plazos legales correspondientes.
- 24.- En consecuencia, al haberse emitido y notificado la Resolución Nº 1 dentro de los plazos previstos legalmente, no corresponde aplicar al presente caso Silencio Administrativo Positivo alegado por MOLICENTRO en su escrito de apelación.

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

25.- 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."

26.- 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).

- 27.- 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.
- 28.- 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 <u>Tarifa</u>

Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA <u>por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR</u>, 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]

29.- 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"¹³. 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, <u>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.</u>

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]

J

30.- 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.





- 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.
- 32.- 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]

33.- 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]

- 34.- 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.
- 35.- 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.
- 36.- 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





K

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.

37.- 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

38.- 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

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.

(...)

- 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".



Calle Los Negocios 182, piso 2 Surquillo - Lima Central Telefónica: (01) 500-9330

www.ositran.gob.pe

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

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

[El subrayado es nuestro]

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

"Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA <u>diseñar y administrar</u> 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]

40.- 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.



41.- En razón de ello, <u>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 </u>

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.



<u>que el contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera</u> que más le resulte conveniente.

- 42.- 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 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.
- 43.- De acuerdo al referido Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹9, 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 <u>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</u>, verificando el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento."

[El subrayado es nuestro]

44.- 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

45.- 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.

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



Página 15 de 23

¹⁸ Contrato de Concesión de APM

[&]quot;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".

- 46.- 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.
- 47.- 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

(...)

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
- 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.



Calle Los Negocios 182, piso 2 Surquillo - Lima Central Telefónica: (01) 500-9330

www.ositran.gob.pe

- 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

(...)"

48.- 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, <u>los tiempos vinculados a cada situación se compensarán entre sí hasta que sea posible, generándose las retribuciones económicas sobre los diferenciales que correspondan."</u>

[El subrayado es nuestro]

- 49.- 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.
- 50.- 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 el cobro de la factura Nº Foo3-69875

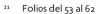
- 51.- En el presente caso, MOLICENTRO cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas señalando que APM realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas. Asimismo, manifestó que APM no tomó en cuenta las paralizaciones que le son atribuibles como Entidad Prestadora y que no le correspondía asumir la totalidad de las paralizaciones debido a que la nave OCEAN GRACIOUS transportó mercancías de varios usuarios.
- 52.- 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 MOLICENTRO 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.
- 53.- Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de





Operaciones se suspendan o paralicen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.

- 54.- De la revisión del expediente administrativo se aprecia que APM ha adjuntado los documentos denominados "Resumen / Nota de Tarja"²¹ elaborados durante las operaciones de descarga de la nave OCEAN GRACIOUS, embarcación en la cual se trasportaba mercadería de MOLICENTRO, correspondiente a las jornadas realizadas del 1 al 5 de agosto de 2017.
- 55.- Con relación a los referidos documentos, MOLICENTRO ha señalado que no pueden realizar liquidaciones de tiempos sobre las paralizaciones con información que emane de la propia Entidad Prestadora.
- 56.- 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.
- 57.- 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.
- 58.- Cabe señalar además, que si bien los documentos "Resumen / Nota de Tarja" son elaborados de manera unilateral por APM, la información consignada en los mismos no fue cuestionada por MOLICENTRO a lo largo del procedimiento a pesar que eran de total conocimiento del usuario.
- 59.- Ahora bien, de la revisión de los documentos "Resumen / Nota de Tarja", 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 las bodegas N° 1 y 4 de la nave OCEAN GRACIOUS, consignando que estas se habrían debido a la ausencia de camiones.
- 6o.- Teniendo en cuenta ello, lo registrado en los referidos documentos acredita que durante las labores de descarga de la mercadería transportada en las bodegas N° 1 y 4 de la nave OCEAN





J

GRACIOUS existieron paralizaciones, así como que ellas habían resultado consecuencia de la falta de camiones que debían proporcionar los usuarios en su condición de propietarios de las mercancías.

- 61.- A fin de determinar las paralizaciones por falta de envío de camiones atribuibles al usuario, se deben tomar en cuenta aquellas que APM ha acreditado ocurrieron durante periodos de tiempo en los cuales se descargaba la mercadería de MOLICENTRO; no cabiendo considerar las paralizaciones por falta de camiones ocurridas durante periodos de tiempo en los cuales se descargaba mercadería de propiedad de otros usuarios, o en los cuales se descargaba mercadería de bodegas compartidas con otros usuarios, o en los cuales no se consignó a qué autorización y usuario correspondía la mercadería que se estaba descargando.
- 62.- Teniendo en cuenta el criterio señalado en el párrafo anterior, de la revisión de los documentos "Resumen / Nota de Tarja" correspondiente a las bodegas N° 1 y 4 de la nave OCEAN GRACIOUS, se evidencia que en las jornadas de la bodega N° 1 se descargó mercadería de otros usuarios que compartían la misma bodega, por lo que no existe certeza de que los periodos de paralización en la descarga en dichas jornadas resulten imputables a MOLICENTRO y no a otros usuarios.
- 63.- Sin embargo, en las jornadas de trabajó de la bodega N° 4, se evidencia que se descargó únicamente mercadería de propiedad de MOLICENTRO, por lo que resulta indubitable que las paralizaciones registradas en dichas jornadas corresponda le sean atribuidas al consignatario de la carga.
- 64.- Al respecto, MOLICENTRO no ha negado las paralizaciones en las operaciones de descarga por falta de camiones, habiéndolas justificado señalando que fueron consecuencia de la presunta congestión generada al interior de las instalaciones portuarias y la existencia de paralizaciones imputables a APM; sin embargo, no ha cumplido con remitir los medios probatorios que acrediten tales afirmaciones.
- 65.- Cabe recordar que el numeral 171.2 del artículo 171 del TUO de la LPAG²² establece que corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones.
- 66.- De la revisión del expediente administrativo se tienen los documentos "Estado de Hechos" ²³ y "Resumen / Nota de Tarja" emitidos por APM, en las cuales se realizó el registro de las

"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".

Folios del 37 al 45



TUO de la LPAG

paralizaciones imputables, tanto a MOLICENTRO, como a APM, correspondientes a las jornadas de la Bodega N° 4, las cuales se detallan a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM²⁴ (Bodega N° 4)

N°	Fecha (jornada)	Concepto	Tiempo (minutos)
7	03.08.2017 (23:00 – 07:00)		
8	04.08.2017 (07:00 – 15:00)	Cambio de equipo Compresor	45
9	04.08.2017 (15:00 – 23:00)	Falla eléctrica de Hopper	55
10	04.08.2017 (23:00 – 07:00)		
11	05.08.2017 (07:00 – 15:00)	2	
12	05.08.2017 (15:00 – 23:00)		
13	05.08.2017 (23:00 – 07:00)		
Total de Paralizaciones			100

Tiempos de paralización imputables a MOLICENTRO (Bodega Nº 4)

Ν°	Fecha (jornada)	Concepto	Tiempo (minutos)
7	03.08.2017 (23:00 – 07:00)	Falta de envío de camiones	395
8	04.08.2017 (07:00 – 15:00)	Falta de envío de camiones	110
9	04.08.2017 (15:00 – 23:00)	Falta de envío de camiones	105
10	04.08.2017 (23:00 – 07:00)	Falta de envío de camiones	231
11	05.08.2017 (07:00 – 15:00)	Falta de envío de camiones	285
12	05.08.2017 (15:00 – 23:00)	Falta de envío de camiones	285
13	05.08.2017 (23:00 – 07:00)	Falta de envío de camiones	200
Total de Paralizaciones			1611



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 del cambio de equipos, charla de seguridad, cambio de turno, ingreso de cuadrilla, etc.



Calle Los Negocios 182, piso 2 Surquillo - Lima Central Telefónica: (01) 500-9330

www.ositran.gob.pe

- 67.- De la información contenida en los cuadros precedentes se evidencia que existieron paralizaciones imputables a APM (paralizaciones por cambio de equipo Compresor y falla eléctrica de Hopper) ascendentes a un total de 100 minutos y paralizaciones imputables a MOLICENTRO (falta de envío de camiones) por un total de 1611 minutos, las cuales se produjeron durante el desarrollo de la operación de descarga de la bodega N° 4 de la nave OCEAN GRACIOUS.
- 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 "(...) <u>los tiempos vinculados a cada situación se compensarán entre sí hasta que sea posible, generándose las retribuciones económicas sobre los diferenciales que correspondan."</u>
- 69.- En ese sentido, habiéndose evidenciado que durante las operaciones de descarga de la nave OCEAN GRACIOUS existieron paralizaciones atribuibles a APM por un total de 100 minutos, así como paralizaciones imputables a MOLICENTRO por un total de 1 611 minutos corresponde que las paralizaciones sean compensados entre sí.
- 70.- Así pues, al tiempo atribuible a MOLICENTRO (1 611 minutos) se le debe descontar el tiempo imputable a APM (100 minutos), de lo cual resulta un total de 1511 minutos, equivalente a 25 horas con 11 minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones que corresponde le sean atribuibles a la apelante.
- 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 25 horas con 11 minutos.
- 72.- En consecuencia, en atención a que la Factura Nº Foo3-69875 fue emitida por 29 horas por concepto de compensación por cuadrillas no utilizadas, corresponde dejarla sin efecto, debiendo emitirse una nueva factura que considere únicamente el cobro por 25 horas con 11 minutos de paralizaciones señaladas.

Cuestiones Finales

73.- Por otro lado, en cuanto al cuestionamiento de MOLICENTRO 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 municipales²5.







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

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) <u>Determinar la correcta aplicación y recaudación de los tributos</u> 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 I.G.V. en la facturación sobre el recargo por concepto de Compensación de Cuadrilla no utilizada.

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;



"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 Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 6o.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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



SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0347-2017 que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A., referido a la factura N° Foo3-69875 emitida por recargo por compensación de cuadrilla no utilizada; y, en consecuencia, declarar **FUNDADO EN PARTE** el reclamo, correspondiendo se emita una nueva factura por el equivalente a 25 horas con 11 minutos de paralizaciones.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS OSITRAN

