



EXPEDIENTE : 318-2016-TSC-OSITRAN
APELANTE : ADM ANDINA PERÚ S.R.L.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/801-2016

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 11 de enero de 2018

SUMILLA: Si en las operaciones de descarga de granel sólido la Entidad Prestadora no acredita que cumplió con su deber de informar las variaciones al Plan de Operaciones y tampoco modifica el Plan de Operaciones en caso utilice un mayor número de jornadas a las programadas, no resulta válido que se imponga el recargo por cuadrilla no utilizada.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. (en adelante, ADM ANDINA o apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/801-2016 (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 23 de septiembre de 2016, ADM ANDINA cuestionó el cobro de la Factura N° Foo3-38806 por el monto de US\$ 4, 130.00, emitida por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada en las labores de descarga de la nave Federal Sutton, señalando lo siguiente:
 - i. Las paralizaciones en las labores de descarga de la nave se debieron a las dificultades que tuvieron los camiones para ingresar al terminal portuario. Dichos inconvenientes en el acceso se encuentran registrados en comunicaciones de *whatsapp* enviados por el personal de ADM ANDINA al personal de APM, como se muestra a continuación:



- (a) Dos mensajes de fecha 20 de julio de 2016, con los cuales se acredita que los camiones tuvieron problemas de acceso al terminal en dicha fecha.
 - (b) Tres mensajes de fecha 21 de julio de 2016, con los cuales se acredita que los camiones tuvieron problemas de acceso a la balanza N° 2 en dicha fecha.
 - (c) Un mensaje de fecha 22 de julio de 2016, con el cual se acredita que los camiones tuvieron problemas de acceso al terminal en dicha fecha.
 - ii. Asimismo, durante las labores de descarga existieron paralizaciones atribuibles a APM, por un total de 10 horas con 40 minutos.
 - iii. Adicionalmente, en el presente caso hubo un incumplimiento del Plan de Operaciones, verificándose retrasos al inicio y durante las operaciones de descarga, hechos que fueron comunicados por el personal de ADM ANDINA mediante los siguientes correos electrónicos:
 - (a) Correo electrónico del 15 de julio de 2016, mediante el cual APM informó que el arribo de la nave al terminal portuario iba a producirse a las 15:30 horas del 18 de julio de 2016; información distinta a la registrada en el documento de Estado de Hechos.
 - (b) Correo electrónico del 22 de julio de 2016, mediante el cual APM informó que se habían establecido 8 jornadas de trabajo para descargar la mercancía y 5 jornadas para el retiro del soybean, lo que no se cumplió en la realidad por causas no imputables a ADM ANDINA.
 - (c) Correo electrónico del 22 de julio de 2016, mediante el cual ADM ANDINA le comunicó a APM que el retiro del soybean se había realizado en 6 jornadas y no en 5; acreditándose que los tiempos estimados en el Plan de Operaciones elaborado por la Entidad Prestadora no eran correctos.
 - iv. Sin perjuicio de que no resulta correcto que ADM ANDINA pague la factura cuestionada, se aprecia que esta ha sido mal emitida pues el concepto de cuadrilla no utilizada hace referencia a una indemnización y no a la venta de un bien o a la prestación de un servicio, por lo que dicho concepto no debería gravarse con IGV.
2. Mediante Resolución N° 1, notificada a ADM ANDINA el 5 de octubre de 2016, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
 - i.- Con fecha 22 de agosto de 2016, APM emitió la factura N° Foo3-38806 por concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada por el importe de US\$ 4, 130.00, correspondiente a un total de 10 horas de paralizaciones.



- ii.- Los recargos se cobran excepcionalmente a los usuarios del TNM de acuerdo a lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos versión 4.1, vigente a la prestación del servicio. A la fecha, APM se encuentra facultada a cobrar los siguientes tipos de recargo: a) generales; b) por los servicios prestados a la nave; y, c) por los servicios prestados a la carga.
- iii.- El cobro de compensación de cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud, aplicable cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
- iv.- En el presente caso, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se aplicó ante la existencia de 10 horas de paralizaciones ocurridas durante las labores de descarga de la nave Federal Sutton con Mfto. 2016-01809, debido a la falta de envío de camiones, lo que resultó responsabilidad de ADM ANDINA. Estas paralizaciones se encuentran registradas en el Reporte de Estado de Hechos de la nave con el código 107.
- v.- Mediante correo electrónico enviado a las 18:12 horas del 15 de julio de 2016, APM cumplió con comunicar al consignatario de la carga, Agente de Aduanas y Agente Marítimo de la nave el Plan de Trabajo; indicando las precisiones correspondientes para el desarrollo del retiro de mercadería, por lo que ADM ANDINA debió de enviar el número de camiones que le permitiera descargar de manera continua 5, 404.082 toneladas de torta de soya.
- vi.- Los usuarios conocen los términos y condiciones del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, así como su Reglamento de Operaciones, por lo que podrían calcular el periodo máximo en el que deberán de desarrollarse las operaciones a su cargo con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales, debiendo asumir la responsabilidad en caso no observe las normas legales y las reglas o normas internas de la Entidad Prestadora.
- vii.- El artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios establece que los usuarios deben utilizar la infraestructura portuaria y los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas establecidas, debiendo asumir la responsabilidad que derive de su incumplimiento. Asimismo, el artículo 11 del referido Reglamento señala que la Entidad Prestadora tiene el derecho a ser resarcida por los daños o perjuicios ocasionados por los usuarios del Terminal.
- viii.- El Anexo 3 -Niveles de Servicio y Productividad- 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. A fin de 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; dichos niveles se miden en función de todas las operaciones realizadas por las naves que hayan arribado en el mes y no únicamente de un solo consignatario, como en el presente caso.
- ix.- En cuanto a la congestión existente en el ingreso al Terminal Portuario, 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, los inconvenientes que se pueden haber producido fuera de las instalaciones de APM no le pueden ser atribuidos.
- x.- El recargo por compensación de cuadrilla se encuentra estipulado en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM; constatándose la paralización por falta de camiones que debió enviar ADM ANDINA, correspondiendo el recargo de 10 horas de compensación de cuadrilla no utilizada.
- xi.- Las paralizaciones que no son atribuibles a ADM ANDINA, como es el caso de limpieza de bodegas, avería de Clamshell, avería de Hopper, no han sido consideradas en el cobro del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, motivo por el cual el usuario del servicio no se ha visto perjudicado con dichas paralizaciones.
3. Con fecha 18 de octubre de 2016, ADM ANDINA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1 expedida por APM, reiterando los argumentos expuestos en su reclamo; agregando lo siguiente:
- i.- No se ha tomado en consideración que el acceso al terminal portuario no se encuentra supeditado a factores externos sino internos, pues el origen de ello no fue el tráfico externo. Los medios probatorios presentados demuestran que el problema se originó en los puntos de ingreso al terminal, como es el caso de la Balanza N° 2.
- ii.- Existen paralizaciones imputables a APM que no han sido consignadas en el Reporte Final, conforme se puede verificar del Consolidado de Estado de Hechos expedido por la Agencia Marítima Serpac S.A., en el cual se indica que no se ha considerado un total de 10 horas de paralizaciones atribuibles a APM debido a inspecciones y reparaciones realizadas entre las 8:40 y 19:00 horas del 23 de julio de 2016.
- iii.- Las Notas de Tarja utilizadas por APM para sustentar su Resolución han sido suscritas unilateralmente. Asimismo, APM no ha valorado el documento de parte presentado por ADM ANDINA, el mismo que fue elaborado por Serpac S.A., en el cual se consignaron paralizaciones atribuibles a la Entidad Prestadora.



- iv.- El Plan de Operaciones elaborado por APM contenía información errada pues el tiempo estimado y las jornadas previstas para realizar la descarga fue insuficiente, habiéndose necesitado más jornadas de las previstas por la Entidad Prestadora.
 - v.- No se encuentra acreditado que los niveles de productividad en el presente caso se hayan cumplido de acuerdo a lo establecido por OSITRAN.
 - vi.- Finalmente, cabe señalar que APM no se pronunció sobre el extremo del reclamo referido a la incorrecta emisión de la factura por incorporar el IGV.
4. Mediante Resolución N° 2, notificada a ADM ANDINA el 26 de octubre de 2016, APM resolvió el recurso de reconsideración presentado declarándolo infundado de acuerdo con siguientes argumentos:
- i.- En cuanto al documento elaborado por la empresa Serpac S.A. presentado por ADM, cabe señalar que dicho documento no es claro, existiendo contradicciones en su contenido, por lo que no debe ser considerado como un medio probatorio válido.
 - ii.- En lo que respecta al argumento de ADM referido a que las Notas de Tarja son emitidas de manera unilateral, cabe señalar que dicho documento permite acreditar la entrega de la carga en el punto de llegada, siendo el transportista el encargado de transmitir dicha nota a la SUNAT. En ese sentido, el referido documento no da origen al Estado de Hechos, como afirma ADM.
 - iii.- Las demoras en el acceso al terminal no son responsabilidad de APM, por lo que los inconvenientes que se pueden haber producido fuera de las instalaciones de APM no le pueden ser atribuidos.
 - iv.- Finalmente, en cuanto a la presunta incorrecta información contenida en el Plan de Operaciones, cabe señalar que las dudas u observaciones que pudiera tener el usuario pueden ser comunicadas a APM; sin embargo, ello no ocurrió en el presente caso, por lo que se podía asumir que ADM ANDINA se encontraba de acuerdo con el plan propuesto por APM.
5. Con fecha 18 de octubre de 2016, ADM ANDINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 expedida por APM, reiterando los argumentos expuestos en su reclamo, agregando lo siguiente:
- i.- La resolución impugnada adolece de un vicio de motivación aparente, pues APM se ha limitado a detallar definiciones del concepto de recargo y compensación, sin pronunciarse por los hechos cuestionados por ADM ANDINA.



- ii.- APM es el único responsable de las facilidades para acceder a las instalaciones al Terminal Portuario, encontrándose acreditado en el presente caso que la Entidad Prestadora no brindó dichas facilidades.
 - iii.- No es verdad que el documento elaborado por Serpac S.A. sea confuso, pues en el mismo se encuentran detallados los días y horas exactos en los que ocurrieron los eventos cuestionados.
 - iv.- Las Notas de Tarja dan origen al Estado de Hechos, razón por la cual si aquellas no son válidas, estos últimos tampoco deberían serlo.
 - v.- En cuanto a los niveles de producción, cabe precisar que ello no es objeto de cuestionamiento por parte de ADM en el presente procedimiento.
 - vi.- El Plan de Operaciones elaborado por APM contenía información errada pues el tiempo estimado y las jornadas previstas para realizar la descarga resultaron insuficientes, habiéndose necesitado más jornadas de las previstas por la Entidad Prestadora.
 - vii.- APM ha omitido nuevamente emitir un pronunciamiento respecto a la incorrecta emisión de la factura cuestionada por incorporar el concepto de IGV.
6. El 23 de noviembre de 2016, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC) el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 2, añadiendo lo siguiente:
- i.- No es verdad que APM no haya tomado en cuenta todos los medios probatorios obrantes en el expediente. Asimismo, las resoluciones emitidas se encuentran debidamente motivadas.
 - ii.- No se encuentra acreditado que la demora de los camiones para ingresar al Terminal Portuario se haya producido por problemas internos atribuibles a APM.
 - iii.- En cuanto a la alegada información incorrecta contenida en el Plan de Operaciones, señaló que las dudas u observaciones que pudiera tener un usuario pueden ser comunicadas a APM; no obstante lo cual, ello no ocurrió en el presente caso, por lo que podía asumirse que ADM ANDINA se encontraba de acuerdo con el plan propuesto por APM.
7. El 7 de diciembre de 2016, ADM ANDINA presentó un escrito reiterando los argumentos expuestos precedentemente, precisando que si APM no tenía la capacidad para permitir un



acceso fluido al terminal portuario, debería tomar en cuenta ello en el Plan de Operaciones a fin de evitar perjuicios a los usuarios.

8. Mediante Oficio N° 926-17-TSC-OSITRAN notificado el 29 de noviembre de 2017, 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 "Resumen/Control de Tarja" y "Estado de Hechos" elaborados por su personal en la operación de descarga de la nave Federal Sutton. Atendiendo a ello, APM remitió lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Carta N° 1158-2017-APMT/CL, recibida el 6 de diciembre de 2017.
9. El 12 de diciembre de 2017, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de ambas partes, quedando la causa al voto.
10. El 15 de diciembre de 2017, 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 ADM ANDINA pague la factura N° Foo3-38806, emitida por el concepto de recargo por compensación de 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, ADM ANDINA cuestionó el cobro por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que las paralizaciones registradas se habrían debido a problemas en el ingreso de los camiones al Terminal Portuario, así como al incumplimiento del Plan de Operaciones por responsabilidad de APM. Agregó que el reporte de Estado de Hechos y Notas de Tarja habían sido emitidos unilateralmente por la Entidad Prestadora.
13. Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas señaladas por ADM ANDINA, alegando que estas se produjeron por la falta de envío de camiones. Agregó que las paralizaciones atribuibles a APM no habían sido cobradas a ADM ANDINA.
14. En atención a los argumentos expuestos por las partes a lo largo del presente procedimiento, los cuales se refieren a si existió o no alteración de la jornada de trabajo



acordada por las partes en el respectivo Plan de Operaciones; corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio estándar efectivamente se prestó o no conforme a lo previsto en el señalado Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.

15. 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.
16. 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.
17. 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 ello involucra 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)

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

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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

(...)

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

(...)

² Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. 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".

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.

18. 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

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:
- Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;
 - Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN.**
 - Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;
 - 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



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.

19. Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a ADM ANDINA el 26 de octubre de 2016.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que ADM ANDINA interponga el recurso de apelación venció el 17 de noviembre de 2016.
 - iii.- ADM ANDINA presentó el recurso de apelación el 16 de noviembre de 2016, es decir, dentro del plazo legal.
20. 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, 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.
21. 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"

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

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

⁷ TUO de la Ley N° 27444

"Artículo 218.- Recurso de apelación

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

**"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."

23. Asimismo, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se brindan a la nave (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).
24. 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.
25. 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]

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

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



"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada"

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

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

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

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

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

27. 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.
28. 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.
29. 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]

30. 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]

31. 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.
32. 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.
33. 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

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.

(...)



cuando se haya comprobado que la aplicación de ese recargo fue responsabilidad de este último.

34. 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

35. 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,

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".*



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]

36. 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]

37. 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 resultado³².

38. 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.

39. 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 8.13³³ del referido contrato concesión establece la potestad de la Sociedad

³² 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.

³³ Contrato de Concesión de APM



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.

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

"Artículo 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]

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

Sobre el deber de información de APM

42. El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁴, con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar la información, establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

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

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

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

Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

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

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

¹⁴ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.



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

a) A la información

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

43. En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹⁵, señala en su artículo 7 que “es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, **comunicar** y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión”.

44. En los artículos 54 y 56 del mencionado Reglamento de Operaciones se establece:

“Artículo 54.- APM TERMINALS coordinará con los usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise las labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones”.

Artículo 56.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones:

a.- Planear e impartir las disposiciones para el desarrollo de las operaciones.

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

c.- Planear la asignación de amarraderos.

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

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

¹⁵ Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 486-2011-APN/GG y sus modificatorias.



46. Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora.
47. El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.
48. En este orden de ideas, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.

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

49. 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.
50. En virtud de esa potestad, APM ha emitido la Versión 4 de su Reglamento de Operaciones¹⁶, 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.
51. En el numeral 5.4.1. del referido Anexo 5, APM ha establecido las responsabilidades que asume en su condición de empresa prestadora de servicios, durante toda la ejecución del procedimiento de descarga de granel sólido, entre las cuales tenemos:

"RESPONSABILIDADES

(...)

5.4. CONCESIONARIO APM TERMINALS

5.4.1. En su condición de empresa de estiba/desestiba

¹⁶ Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 358-2016-APN/GG, de fecha 19 de julio de 2016.



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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

Sobre la paralización de las operaciones de descarga por falta de camiones y el cobro de la factura N° Foo3-38806

53. ADM ANDINA cuestionó el cobro por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que las paralizaciones registradas se habrían debido a problemas en el ingreso de los camiones al Terminal Portuario, así como al incumplimiento del Plan de Operaciones por responsabilidad de APM. Agregó que el reporte de Estado de Hechos y Notas de Tarja habían sido emitidos unilateralmente por la Entidad Prestadora.
54. Al respecto, APM negó que las paralizaciones y demoras en las tareas de descarga de la nave se hubieran debido a los factores alegados por ADM ANDINA, señalando que la causa de las paralizaciones habría sido la falta de envío de camiones por parte del apelante. Agregó que las paralizaciones atribuibles a APM no habrían sido cobradas.



55. De acuerdo con lo establecido en la lista de Precios por Otros Servicios y Recargos de APM, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se suspendan o paralizen 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" y "Resumen / Nota de Traja", elaborados durante las operaciones de descarga de la nave Federal Sutton, correspondientes a las operaciones de descarga realizadas los días 19 a 23 de julio de 2016.
57. Con relación a los referidos documentos, ADM ANDINA ha señalado que al ser emitidos unilateralmente por APM, no cuentan con valor probatorio para acreditar que las paralizaciones registradas en los mismos le resultaban atribuibles.
58. 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.
59. En ese sentido, APM no sólo se presenta como una Entidad Prestadora de servicios sino también como la administradora del Terminal Portuario, teniendo el control integral de las operaciones que en ella se desarrollan de acuerdo al Reglamento de Operaciones, en atención a lo cual le corresponde no solo organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios, en el presente caso, de las operaciones de descarga; sino también controlar y registrar todas las contingencias que pudieran presentarse en el desarrollo de dichas operaciones, entre las cuales evidentemente se encuentran, las demoras o paralizaciones que pudieran ocurrir por responsabilidad del usuario o de la propia Entidad Prestadora.
60. Ahora bien, de la revisión de los documentos "Estado de Hechos" y "Resumen / Nota de Tarja" se evidencia la existencia de paralizaciones imputables tanto a APM (cierre de bodegas y paralizaciones por lluvia, Arreglo de clamshell, cuchara malograda, bajada y subida de excavadora) como a ADM ANDINA (paralizaciones por falta de envío de camiones) en las labores de descarga de la mercadería transportada en la nave Federal Sutton.
61. Al respecto, ADM ANDINA no ha negado la ocurrencia de las paralizaciones en las operaciones de descarga por la falta de envío de camiones, habiéndose limitado a justificarlas, entre otras razones, debido al incumplimiento del Plan de Operaciones por parte de la Entidad Prestadora, señalando que APM no cumplió con ejecutar la operación de descarga conforme a la planificación realizada por ella misma, habiendo incumplido además con su obligación de informar las variaciones al Plan de Operaciones que venían produciéndose durante el procedimiento de descarga.



- 62. Con relación al Plan de Operaciones, el Anexo 5 del Plan de Operaciones de APM, versión 4, lo ha definido como el: "Documento elaborado por el Concesionario mediante el cual se detalla en forma específica las actividades que se han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una nave. Este Plan es Elaborado sobre la base de lo acordado en la Junta de Operaciones, debiéndose modificar cuando las circunstancias lo justifiquen en coordinación con las partes involucradas.
- 63. En ese entendido, el Plan de Operaciones es el documento elaborado por la Entidad Prestadora donde se detalla de forma específica, todas las actividades de una operación de carga o descarga, convirtiéndose en el documento que determina la actuación, tanto de la Entidad Prestadora, como del usuario, durante la ejecución del servicio portuario.
- 64. Cabe resaltar que el "Procedimiento de Descarga de Granel Sólidos" ha establecido que APM tiene el deber de ejecutar el Plan de Operaciones conforme ha sido elaborado antes del inicio de las operaciones de descarga; previéndose que de presentarse circunstancias que afecten o varíen la planificación realizada, tiene la obligación de comunicar las nuevas condiciones al usuario, con la finalidad de que éste tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario deberá asumir.
- 65. En atención a lo señalado por ADM ANDINA, cabe indicar que entre la documentación obrante en el expediente se cuenta con el denominado "Plan de Operaciones"⁴⁷, mediante el cual APM estableció la fecha y hora de inicio de las operaciones de descarga, ritmo de descarga, tonelaje a movilizar, número de jornadas y el orden de descarga planificado para cada Bodega de la nave Federal Sutton, conforme se aprecia a continuación:

Plan de Operaciones (PO)

Estimados señores buenas tardes:

A continuación Plan de Trabajo

ETA 18/07 01:00 hrs
 ETB 18/07 16:00 hrs
 IO 18/07 16:30 hrs

Muelle: 2-B

La nave tiene programado descargar 13,321.072 TM de TORTA de SOYA + 6,304.763 TM de FREJOL de Soya a granel consignado a SAN FERNANDO & 5,404.082 TM de FREJOL de Soya a granel consignado a ADM Andina, distribuidos según Plano de Estiba:

B/1	5,404.082 TM	Frejol de Soya	ADM Andina
	234.020 TM	Frejol de Soya	San Fernando
B/2	5,149.500 TM	Torta de Soya	San Fernando
B/3	4,571.572 TM	Torta de Soya	San Fernando
B/4	3,600.000 TM	Torta de Soya	San Fernando
B/5	6,070.743 TM	Frejol de Soya	San Fernando

Equipos: 4 Tolvas – 4 cucharas – 2 cargadores frontales – 2 excavadoras

Almacenes:

San Fernando Torta de Soya ADSA 3,321.00 TM / CHANCAY 4,000.00 TM / LURIN 6,000.00 TM

000010

⁴⁷ Folios del 106 al 108.



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

a. Con relación al inicio de operaciones y número de jornadas

	Bodega 1	Bodega 2	Bodega 3	Bodega 4	Bodega 5
Fecha y Hora de inicio de las operaciones de descarga <u>planificada</u> (Plan de Operaciones)	18.07.2016 (15:30)	18.07.2016 (15:30)	18.07.2016 (15:30)	18.07.2016 (15:30)	18.07.2016 (15:30)
Fecha y Hora de inicio de las operaciones de descarga <u>realizada</u> (Reporte Final de Operaciones)	19.07.2016 (17:50)	19.07.2016 (17:25)	19.07.2016 (18:40)	20.07.2016 (23:25)	19.07.2016 (17:50)
Número de Jornadas <u>programadas</u> según el Plan de Operaciones	5	7	5	4	5
Número de Jornadas <u>realizadas</u> en la operación de descarga	6	11	10	6	7

De acuerdo a lo detallado en el cuadro, se evidencia lo siguiente:

- i.- Según el Plan de Operaciones, la operación de descarga debía de iniciar el 18 de julio de 2016 a las 15:30 horas en todas las bodegas. Sin embargo, inició el 19 de julio de 2016 a las 17:50 horas en la Bodega 1; el 19 de julio de 2016 a las 17:25 horas en la Bodega 2; el 19 de julio de 2016 a las 18:40 horas en la Bodega 3; el 20 de julio de 2016 a las 23:25 horas en la Bodega 4; y, el 19 de julio de 2016 a las 17:50 horas en la Bodega 5.
- ii.- En el Plan de Operaciones se programó que la operación de descarga de las bodegas N° 1, 2, 3, 4 y 5, debían desarrollarse en 5, 7, 5, 4 y 5 jornadas de trabajo respectivamente; sin embargo, finalmente se desarrollaron en 6, 11, 10, 6 y 7 jornadas de trabajo.
- iii.- El número total de jornadas programadas para la operación de descarga de la nave Federal Sutton fue de 8 jornadas de trabajo; sin embargo, ésta se desarrolló finalmente en 12 jornadas.

**b. Con relación al orden cronológico de la descarga**

Jornada	Bodega 1		Bodega 2		Bodega 3		Bodega 4		Bodega 5	
	PO ¹⁹	RFO ²⁰	PO	RFO	PO	RFO	PO	RFO	PO	RFO
1	X	o	X	o	X	o			X	o
2	X	o	X	o	X	o			X	o
3	X	o	X	o	X	o			X	o
4	X	o	X	o		o	X		X	o
5	X	o	X	o			X		X	o
6		o	X	o	X		X	o		o
7			X	o	X	o	X	o		o
8				o	X	o	X	o		
9				o		o		o		
10				o		o		o		
11				o		o				
12						o				

De acuerdo a lo detallado en el cuadro se evidencia lo siguiente:

- i.- En la Bodega N° 1 no se programó descarga de mercadería en la jornada N° 6; sin embargo, en dicha jornada sí se desarrollaron operaciones de descarga.
- ii.- En la Bodega N° 2 no se programó descarga en las jornadas N° 8, 9, 10 y 11; sin embargo, en dichas jornadas sí se desarrollaron operaciones de descarga.
- iii.- En la Bodega N° 3 no se programó descarga en la jornada N° 4, 9, 10, 11 y 12; sin embargo, en dichas jornadas sí se desarrollaron operaciones de descarga. Asimismo, se programó descarga de mercadería en la jornada N° 6; sin embargo, en dichas jornadas no se desarrollaron operaciones de descarga.
- iv.- En la Bodega N° 4 se programó descarga de mercadería en las jornadas N° 4 y 5; sin embargo, en dichas jornadas no se desarrollaron operaciones de descarga. Asimismo, en la referida bodega no se programó operaciones de descarga en las jornadas N° 9 y 10; sin embargo, en dichas jornadas sí se desarrollaron operaciones de descarga.
- v.- En la Bodega N° 5 no se programó descarga de mercadería en las jornadas N° 6 y 7; sin embargo, en dichas jornadas sí se desarrollaron operaciones de descarga.

¹⁹ Según Plan de Operaciones

²⁰ Según Reporte Final de Operaciones



68. Ahora bien, en los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen/Nota de Tarja", APM realizó el registro de las paralizaciones imputables tanto a ADM ANDINA como a APM, las que habrían incidido en los tiempos programados de descarga de la nave Federal Sutton, las mismas que se detallan a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA	CONCEPTO	TIEMPO (minutos)
1	Cierre de bodega por lluvia	90
2	Cierre de bodega por lluvia	20
3	Cierre de bodega por lluvia	290
4	Sube máquina y baja otra	35
5	-	-
6	Abastecimiento de combustible a excavadora	25
	Arreglo de clamshell	10
7	-	-
8	Paralización por lluvia	325
	Subida de maquinaria	20
	Cuchara malograda	10
9	Bajada y subida de excavadora	30
	Cambio de cuchara	15
10	Salida de retroexcavadora	25
11	Cambio de cuchara	20
12	-	-
TOTAL DE PARALIZACIONES		915

Tiempos de paralización imputables a ADM ANDINA

JORNADA	CONCEPTO	TIEMPO (minutos)
1	Falta de camiones	339
2	Falta de camiones	800
3	-	-
4	Falta de camiones	260
5	Falta de camiones	270
6	Falta de camiones	85
7	Falta de camiones	30
8	-	-
9	Falta de camiones	25
10	-	-
11	-	-
12	-	-
TOTAL DE PARALIZACIONES		1809



69. De la información contenida en los cuadros precedentes se evidencia que existieron paralizaciones imputables tanto a APM (cierre de bodegas y paralizaciones por lluvia, Arreglo de clamshell, cambio de cuchara y cuchara malograda, movimientos y abastecimiento de combustible a excavadora) como a ADM ANDINA (falta de envío de camiones); las cuales se produjeron durante el desarrollo de toda la operación de descarga de la nave Federal Sutton.
70. No obstante ello, se advierte que en el presente caso las paralizaciones atribuibles a APM, que en total sumaron 915 minutos, no fueron cobradas a ADM, constatándose que en la factura N° F00338806 se consideró únicamente las paralizaciones generadas por la falta de envío de camiones.
71. Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, se verifica que la operación de descarga de la nave Federal Sutton no se ejecutó conforme a lo planificado en el Plan de Operaciones, toda vez que se presentaron los siguientes hechos: i) no se inició la descarga en la fecha y hora programada; ii) se realizaron trabajos de descarga en jornadas donde no se había programado y no se realizaron en jornadas donde sí se había programado; y, iii) se utilizó un mayor número de jornadas para culminar la descarga.
72. Al respecto, cabe recordar que el numeral 5.4.1. del Anexo N° 5 "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido" del Reglamento de Operaciones de APM, versión 4, ha establecido responsabilidades a cargo del Concesionario, las que debe cumplir en el marco del procedimiento de descarga de gráneles sólidos. Entre dichas responsabilidades se encuentran: i) hacer cumplir el Plan de Operaciones; ii) informar a los usuarios las novedades de las condiciones de descarga; iii) modificar el Plan de Operaciones ante la existencia de cualquier evento que determine una ampliación del número de jornadas establecidas en el Plan de Operaciones, entre otras.
73. En ese sentido, habiéndose constatado que en el presente caso el Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado y que existió una ampliación de jornadas para culminar la operación de descarga; le correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar a ADM ANDINA las nuevas condiciones que se estaban presentando conforme avanzaban los trabajos de descarga, así como acreditar que cumplió con su obligación de modificar el Plan de Operaciones y comunicarlo al usuario con la finalidad de que este tome conocimiento de las nuevas condiciones de descarga a fin de tener la posibilidad de organizar la cantidad de camiones y la frecuencia de envío a efectos de que la atención de la descarga se realizara sin contratiempos y no incurrir en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
74. Sin embargo, de la revisión del expediente administrativo se advierte que la Entidad Prestadora no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que cumplió con su obligación de informar lo señalado precedentemente.



75. En efecto, APM tenía la responsabilidad de comunicar a ADM ANDINA lo siguiente: i) que la operación de descarga no iniciaría en la fecha y hora programada en el Plan de Operaciones, indicando la nueva fecha y hora de inicio de operaciones; ii) la modificación del orden en que se ejecutarían las operaciones de descarga en cada una de las Bodegas de la nave Federal Sutton; iii) las paralizaciones por fallas de sus equipo; y, iv) que la operación de descarga no culminaría en las jornadas programadas en el Plan de Operaciones, indicando la nueva cantidad de jornadas a realizar así como la fecha y hora de término de las operaciones de descarga.
76. De acuerdo a lo expuesto, no se acredita que APM haya cumplido con sus responsabilidades para brindar el servicio de descarga de conformidad con el "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido" antes citado.
77. Cabe resaltar que si bien ADM ANDINA es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado, y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de envío de camiones; también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM y a la información que este le envíe.
78. De acuerdo a lo señalado, no corresponde el cobro del recargo de compensación de cuadrilla no utilizada recogido en la factura N° Foo3-38806.
79. Finalmente, en cuanto al extremo del reclamo referido a que la factura N° Foo338806 estaría incluyendo indebidamente el cobro del IGV, cabe señalar que en la medida que se ha determinado que no corresponde el cobro del recargo de compensación de cuadrilla no utilizada, dejándose sin efecto la indicada factura; carece de objeto emitir un pronunciamiento al respecto.

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 OSITRAN²¹;

²¹ **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

*La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:
Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Integrar la resolución apelada;
Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda".*

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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



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° 328-2016-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 3

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. en el expediente N° APMTC/CL/801-2016, que declaró infundado el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L., contra la Entidad Prestadora respecto del cobro de la factura N° Foo3-38806, emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada y, en consecuencia, declarar **FUNDADO** el referido reclamo, dejándose sin efecto el cobro de la referida factura.

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

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

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

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

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