



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° 157-2018-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 157-2018-TSC-OSITRAN
APELANTE : INKA AGRI-RESOURCES S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0145-2018

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 24 de abril de 2019

SUMILLA: *Corresponde revocar la resolución que declaró infundado el recurso de reconsideración, y en consecuencia declarar fundado el reclamo, en la medida que se verificó que la Entidad Prestadora no cumplió con el Plan de Operaciones acordado ni comunicó al usuario la modificación de dicho Plan.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por INKA AGRI-RESOURCES S.A.C. (en adelante, INKA AGRI o el apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0145-2018 (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 03 de abril de 2018, INKA AGRI interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° Foo3-83759, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US\$ 1,338.12 (mil trescientos treinta y ocho con 12/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- La factura se encuentra 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 siete (7) horas de paralización por falta de camiones que APM pretende cobrar, ni la razón por la cual debe asumir dicha cantidad de horas cuando la nave fue compartida con otros usuarios, tal es así que se generaron ocho (08) permisos para cuatro (04) consignatarios diferentes.

- iii.- El Contrato de Concesión de APM dispone que el tiempo de retiro de mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos contado desde el momento en que ingresa el vehículo de transporte hasta su retiro de las instalaciones portuarias, lo que en el presente caso no ha sido cumplido, correspondiendo que APM remita la documentación pertinente (tickets de ingreso y salida) que acredite que el promedio de permanencia de los camiones se encuentra dentro de los límites exigidos por el Contrato de Concesión.
- 2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 24 de abril de 2018; APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado por 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, acorde con el Plan de Trabajo de la nave AARGAU (Mfto. N°2018-00428), se planificó desarrollar la descarga en tres (03) jornadas con seis (06) cuadrillas; sin embargo, debido a la falta de camiones que debió enviar INKA AGRI, la descarga se prolongó hasta seis (06) jornadas con catorce (14) cuadrillas, según información del Reporte Final de Operaciones. Agregó que correspondía emitir la factura por ocho (08) horas; sin embargo, por un error en los sistemas de APM se cobró a favor de INKA AGRI solo siete (07) horas por el concepto de "Compensación de Cuadrilla No Utilizada".
- iv.- Las paralizaciones afectaron la descarga de las bodegas N° 1 y N° 3 que contenían carga de INKA AGRI; no obstante, el cobro objeto de reclamo solo comprende las paralizaciones registradas por la bodega N° 3, en virtud que la bodega N° 1 se trabajó de manera compartida.
- v.- En cuanto a los niveles de servicio y productividad, el Anexo 3 del Contrato de Concesión establece que el retiro de la mercadería no deberá ser mayor a 30 minutos, tiempo que se computará desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro del Terminal Portuario. Para que se verifique el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligado a presentar mensual y trimestralmente los niveles de servicio y productividad que viene alcanzando; dichos niveles se miden en función a todas las operaciones realizadas por las naves que hayan arribado en el mes y no únicamente de un solo consignatario, como ocurrió en el presente caso.

- 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 corresponde que sea gravado con el IGV.
- 3.- El 10 de mayo de 2018, INKA AGRI interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, reiterando lo señalado en el reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- Del documento emitido por los agentes marítimos (CANOPUS), que adjunta como Anexo 2-B, se puede apreciar que las paralizaciones que afectaron la descarga de la nave AARGAU se debieron a hechos atribuibles a APM; tales como el cambio de equipos, reinicio de descarga o fallas en los equipos, eventos que suman un total de seis (6) horas diez (10) minutos de retraso en las operaciones; por lo que solicita se realice una compensación con las siete (07) horas que APM pretende cobrar por el concepto de cuadrilla no utilizada.
 - ii.- La nave AARGAU registró una carga de 7400 TM de dos (02) productos (urea y nitrato de amonio), la cual sería descargada para cuatro (04) consignatarios. En atención a ello, en el Plan de Trabajo se programó que el citado cargamento sería descargado en tres (03) jornadas, procediéndose a descargar primero urea en una (01) jornada y luego nitrato de amonio en dos (02) jornadas. Sin embargo, la descarga de urea se realizó en tres (03) jornadas, lo que dio origen a jornadas y cuadrillas adicionales que afectaron la descarga del nitrato de amonio, circunstancia que escapa de su responsabilidad correspondiendo a APM asumir el respectivo cargo por compensación de cuadrillas.
- 4.- Mediante Resolución N° 2 notificada a INKA AGRI el 7 de junio de 2018, APM resolvió el recurso de reconsideración declarándolo infundado, reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1 y añadiendo lo siguiente:
- i. Con relación al argumento señalado por INKA AGRI en relación a que las operaciones de descarga de urea habrían ampliado las jornadas de trabajo, precisó que de acuerdo con el Plan de Trabajo, la bodega N° 3 sería descargada en dos (02) jornadas para el 01 de marzo de 2018: (i) desde las 15:00 hasta las 23:00 horas; y, (ii) desde las 23:00 horas hasta las 7:00 horas del día siguiente. No obstante, conforme se advierte del documento Reporte Final de Operaciones, las operaciones de la bodega N° 3, cuyo único consignatario era INKA AGRI, registraron una (01) jornada adicional, ello debido a la falta de camiones externos, tal como se acredita en el "Resumen/Nota de Tarja" vinculado con la autorización N° 89665. Agrega, además que teniéndose en cuenta que cada jornada comprende ocho (08) horas, correspondía realizar el cobro por dichas horas; sin embargo, solo se generó la Factura N° 003-83759 por siete (07) horas.
 - ii. Con relación al documento que contiene el cuadro de descarga de la nave emitido supuestamente por el Agente Marítimo, precisó que el citado documento carece de validez en la medida que no se encuentra firmado y/o suscrito por la persona que lo elaboró.

Asimismo, en caso dicho documento se hubiera encontrado suscrito, tampoco constituiría un medio probatorio idóneo para demostrar la responsabilidad de APM ante las supuestas demoras registradas durante las operaciones de descarga, toda vez que corresponde valorar los documentos denominados "Resumen/Nota de Tarja" para registrar el detalle de las operaciones, entre ellas, las paralizaciones, tal como el Tribunal del OSITRAN lo ha señalado en la Resolución Final del Expediente N° 115-2016-TSC-OSITRAN.

- 5.- Con fecha 26 de junio de 2018, INKA AGRI interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 que declaró infundado su recurso de reconsideración, reiterando los argumentos expuestos en su reclamo y recurso de reconsideración, agregando lo siguiente:
- i.- La nave AARGAU desembarcó en el puerto del Callao dos productos (urea y nitrato de amonio) para cuatro (04) consignatarios distintos, de los cuales solo el producto nitrato de amonio corresponde a INKA AGRI.
 - ii.- Conforme se estableció en el Plan de Trabajo la descarga de los dos productos se realizaría en tres (03) jornadas, asignándose solo una (01) jornada para descargar urea; no obstante, dicho Plan de Trabajo se vio alterado en tanto se utilizaron las tres (03) jornadas programadas para la descarga de urea y como consecuencia de ello se programaron tres (03) jornadas y cuadrillas adicionales para la descarga de nitrato de amonio, lo que debe ser asumido por APM, no correspondiendo el cobro del concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas".
- 6.- El 09 de julio de 2018, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando lo señalado en sus pronunciamientos anteriores y añadiendo lo siguiente:
- i.- Con relación al argumento referido a que las operaciones de descarga de urea ampliaron las jornadas de trabajo, precisó que no era cierto lo alegado por INKA AGRI, pues si bien en el Plan de Trabajo se programaron tres (03) jornadas para efectuar la descarga, dicha programación era aplicable a toda la nave y no únicamente a la carga asignada a INKA AGRI. Por ello, ante la falta de camiones externos, la descarga de la bodega N° 3 se realizó en tres (03) jornadas con tres (03) cuadrillas y no en dos (02) jornadas con dos (02) cuadrillas, lo que evidenciaría el incumplimiento del Plan de Trabajo programado por parte de INKA AGRI.
 - ii.- Con relación a las demoras registradas durante las operaciones de descarga, precisó que de conformidad con las Nota de Tarja de las bodegas N° 1 y N° 3, se dejó constancia de que las paralizaciones han sido imputables a INKA AGRI, observándose en dichos documentos que el "COD.107.-Espera de camiones externos" registró un equivalente de siete (07) horas y 18 minutos de demora, por lo que correspondía el cobro de ocho (08) horas por recargo de compensación de cuadrilla no utilizada, ello en atención a que el citado concepto es por hora y/o fracción; sin embargo, por un error en el sistema solo se facturaron siete (07) horas, siendo válido el cobro efectuado.

- 7.- Mediante Oficio N° 454-2018-STO-OSITRAN, la Secretaría Técnica de los Tribunales de OSITRAN remitió a APM un requerimiento de información, mediante el cual solicitó a la Entidad Prestadora remitir los documentos "Estado de Hechos por Nave", "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" elaborados durante las operaciones de descarga de la nave AARGAU con manifiesto N° 2018-00428. Atendiendo a ello, APM remitió lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Carta N° 1158-2018-APMT/CL recibida el 13 de noviembre de 2018.
- 8.- El 10 de abril de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa con la asistencia del representante de APM quien procedió a dar su informe oral, quedando la causa al voto.
- 9.- Con fecha 15 de abril de 2019, APM presentó un escrito con sus alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 10.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 2.
 - ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la Factura N° 003-83759, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 11.- En el presente caso, INKA AGRI cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que la demora en las operaciones de descarga se habría generado por el incumplimiento del Plan de Operaciones por parte de APM.
- 12.- En atención al argumento expuesto por el reclamante, 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.
- 13.- Cabe recordar que el artículo 2° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.

- 14.- En ese sentido, el artículo 33¹ del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:
- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura.
 - ii) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
- 15.- Siendo así, dado que en el presente caso se requerirá analizar la prestación del servicio en atención a lo acordado por las partes en el Plan de Operaciones, a efectos de determinar la pertinencia del cobro del recargo; se evidencia que 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) 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.

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".

³ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

- 16.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de quince (15) días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 17.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a INKA AGRI el 07 de junio de 2018.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que INKA AGRI interponga el recurso de apelación venció el 28 de junio de 2018.
 - iii.- INKA AGRI presentó el recurso de apelación el 26 de junio de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
- 18.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.
- 19.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.


⁵ Reglamento Reclamos de APM

"3.1.2 Recurso de Apelación

Contra la resolución emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A., procede la interposición de recurso de apelación.

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

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

⁶ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

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".

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"

- 20.- 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."

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

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

"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada"

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

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

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

- 25.- 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.
- 26.- 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.
- 27.- 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:

⁸ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicioso8072013.pdf>

"(...) 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]

28.- 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]

29.- Como se verifica del mencionado informe, las áreas técnicas del OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrillas no utilizadas" 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.

30.- 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.

31.- 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 Cuadrillas No Utilizadas", por lo que dicha entidad prestadora se encuentra facultada a poder repetir este cobro, no sólo a la línea naviera, sino también al consignatario de la carga, siempre y cuando se haya comprobado que la aplicación de ese recargo fue responsabilidad de éste último.

9 PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGOS

Recargos a los Servicios prestado a la Nave

Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

(...)

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

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

(...)

- 32.- 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 cuadrillas no utilizadas según los montos establecidos en la Lista de Precios que publicita.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

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

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

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

(...)

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

[El subrayado es nuestro]

- 34.- 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".

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

¹¹ Contrato de Concesión

"DEFINICIONES

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

1.23.26. Concesión

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

SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

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

[El subrayado es nuestro]

- 35.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado¹².
- 36.- 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.
- 37.- En ese sentido, el Contrato de Concesión le otorga a APM la facultad de regular sus actividades como administrador portuario, otorgándole la potestad de emitir sus propias políticas comerciales y operativas para la adecuada operación y funcionamiento del puerto. Así, el artículo 8.13¹³ del referido contrato concesión establece la potestad de la Sociedad Concesionaria de presentar, para la aprobación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), su Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito y otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN.
- 38.- De acuerdo a ello, en el Reglamento de Operaciones de APM, versión 5, vigente al momento de ocurrido los hechos, 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 13º.- 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."

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

¹³ **Contrato de Concesión de APM**

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

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

[El subrayado y resaltado es nuestro]

- 39.- 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

- 40.- El Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público¹⁴, 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 las ITUP.

... la relación de las Entidades Prestadoras con los Usuarios de los servicios que se brinden como consecuencia de la explotación de las ITUP está regida por los siguientes principios:

a) Transparencia.- *El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios portuarios, aeroportuarios, viales, ferroviarios y del Sistema de Transporte Masivo de Lima y Callao..."*

Artículo 7.- De los Derechos de los Usuarios.-

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

a) A la información

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

- 41.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, señala en su artículo 7 que "es responsabilidad de APMTTC planificar, coordinar, **comunicar** y ejecutar las operaciones, así como identificar, ubicar y custodiar la carga al interior del Terminal Portuario, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".

- 42.- En los artículos 60 y 62 del mencionado Reglamento de Operaciones de APM se establece:

"Artículo 60.- *APMTTC coordinará con los Usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas autorizadas por APMTTC que desarrollen actividades en*

¹⁴ Aprobado a través de la Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN.

las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise dichas labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones, cuando atendiendo a la operación su participación sea necesaria".

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

Contempla las siguientes acciones de cargo de APMTC:

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

- 43.- 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.
- 44.- 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.
- 45.- 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.
- 46.- 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 el cobro de la factura N° Foo3-83759

- 47.- En el presente caso, INKA AGRI cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando la existencia de una variación en el Plan de Operaciones debido a que APM no realizó la descarga de sus contenedores conforme a las jornadas de trabajo programadas inicialmente.
- 48.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas señaladas por INKA AGRI, alegando que dichas paralizaciones se debieron a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte, generándose así una (01) jornada adicional a lo originalmente programado.
- 49.- Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se suspendan o paraliquen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 50.- De la revisión del expediente administrativo se aprecia que APM remitió los documentos denominados "Estado de Hechos" y "Resumen / Nota de Tarja"¹⁵ correspondientes a la operación de descarga de la nave AARGAU, de los cuales puede evidenciarse la existencia de paralizaciones imputables tanto a APM como a INKA AGRI.
- 51.- Al respecto, INKA AGRI no ha negado la ocurrencia de las paralizaciones en las operaciones de descarga por la falta de envío de camiones, habiéndolas justificado señalando que se debieron al incumplimiento del Plan de Operaciones por parte de la Entidad Prestadora.
- 52.- Con relación al Plan de Operaciones, el Reglamento de Operaciones de APM, versión 5, lo ha definido como el: "Documento mediante el cual se detallan las actividades específicas que se han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una Nave, en base a la información provista por el Agente Marítimo y a lo coordinado en la Junta Pre Operativa."
- 53.- En ese entendido, el Plan de Operaciones es el documento elaborado por la Entidad Prestadora en el cual se detallan 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.

¹⁵ Los documentos denominados "Estado de Hechos" y "Resumen / Nota de Tarja" fueron enviados por APM en un Disco Compacto (CD) de datos, a través de la Carta N° 1158-2018-APMTC/CL, obrante en el folio 55 del expediente.

- 54.- Cabe resaltar que el artículo 9° del Reglamento de Operaciones de APM¹⁶ ha establecido que el Concesionario tiene la responsabilidad de ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones conforme ha sido elaborado antes del inicio de las operaciones de descarga.
- 55.- En atención a lo señalado por INKA AGRI, de la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones"¹⁷, del cual se advierte que APM informó la hora de inicio de la operación, el tonelaje a movilizar, los equipos a utilizar, el número de cuadrillas a utilizar por jornada y el orden de descarga planificado para cada bodega N° 3 de la nave AARGAU, conforme se aprecia a continuación:

Plan de Operaciones nave AARGAU (PO)

ETA	24/02/2018 05:00
ETB	28/02/2018 23:00
IO	28/02/2018 23:30

Inicio de operaciones →

Carga y tonelaje en la bodega N° 3

Hold No 2	Hold No 3	Hold No 2
PRILLED UREA	AMMONIUM STRATE	PRILLED UREA
1,324.840 MT.	1,850.000 MT.	1,324.000 MT.
SAVLON 1.324 MT PATA	SAVLON 1.850 MT EQUILIBRA: 350 MT	SAVLON 1.324 MT PATA
1,825.000 MT.	SALAVERRY	1,825.000 MT.
SAVLON 1.825 MT SALAVERRY	2,000.000 MT.	SAVLON 1.825 MT SALAVERRY
1,175.000 MT.	CALLAO	1,175.000 MT.
SAVLON 1.175 MT CALLAO	1,000.000 MT.	SAVLON 1.175 MT CALLAO
558.000 MT.	MOLINO & CA. 1.000 MT	558.000 MT.
SAVLON 558 MT. PISCO	PISCO	558.000 MT. CALLAO
1,324.000 MT.	1,497.570 MT.	1,324.000 MT.
SAVLON 1.324 MT MATARANI	MOLINO & CA. 1.497 570 MT	SAVLON 1.324 MT MATARANI
	MATARANI	MATARANI

¹⁶ Reglamento de Operaciones de APM, versión 5

"Artículo 9.- APMTTC será responsable por ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones final conforme a lo establecido en los procedimientos de APMTTC."

¹⁷ Folios 23 y 24

Detalle de equipos a utilizar

EQUIPOS	3 Arlona - 3 cucharas 15 TM
Densidad de la UREA	0.80 TM/M3
Densidad del Nitrato de Amonio	1.00 TM/M3
Operativo iniciara con 02 cuadrillas de Urea.	
Operativo iniciara con 02 cuadrillas de Urea.	
CAMIÓN	GRUA NAVE
	ARLONA
	CUCHARA 15 TM
	1,550 TM a Bodega x Bodega

Secuencia de la descarga

SECUENCIA DE DESCARGA		Volumen					CUADRILLAS
		H1	H2	H3	H4	H5	
		NITRATO DE AMONIO	UREA	NITRATO DE AMONIO	UREA	NITRATO DE AMONIO	
		1,550	1,175	2,000	1,175	1,550	
01.03 0700-1500	1		GAVILON 1,175		GAVILON 1,175		2
01.03 1500-2300	2	EQUILIBRA 500		INKA AGRI 1,500		MOLINO 1,000	3
		GAVILON 500				INKA AGRI 500	
01.03 2300-0700	3			INKA AGRI 500		INKA AGRI 100	1
		0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	6

Descarga total de la nave: 03 jornadas

Descarga bodega N° 3: 02 jornadas

56.- Como puede apreciarse, de acuerdo con el Plan de Operaciones elaborado por APM, el proceso de descarga de la bodega N° 3 de la nave AARGAU se realizaría en un total de dos (02) jornadas de trabajo, estableciendo como fecha de inicio de operaciones el 01 de marzo de 2018 a las 15:00 horas y como fecha de término el 02 de marzo de 2018 a las 07:00 horas, tal como se sintetiza en el siguiente cuadro:

Cuadro 1: Descarga de la bodega N° 3 de acuerdo al Plan de Operaciones

Inicio de Operaciones de la Nave AARGAU		28/02 (23:30)
Número de jornada (Bodega N° 3)	Fecha	Horario
1	01/03	15:00-23:00
2	01/03	23:00-07:00 (del día 02/03)

- 57.- No obstante, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"¹⁸ emitido y presentado por APM, que también obra en el expediente se aprecia que las operaciones de descarga vinculado con la nave AARGAU, se desarrollaron conforme al siguiente detalle:

Cuadro 2: Reporte Final de Operaciones (RFO) – Bodega N° 3

Inicio de Operaciones de la Nave AARGAU		01/03 (17:00)
Finalización de Operaciones de la Nave AARGAU		03/03 (10:55)
Número de jornada (Bodega N° 3)	Fecha	De - Hasta
1	02/03	15:00 – 23:00
2	02/03	23:00 – 07:00
3	03/03	07:00 – 10:55

- 58.- Como se observa, de conformidad con el Reporte Final de Operaciones remitido por APM, **las operaciones de descarga de la bodega N° 3 de la nave AARGAU se realizaron en tres (3) jornadas de trabajo, entre el 02 de marzo de 2018 a las 15:00 horas y el 03 de marzo de 2018 a las 10:55 horas.**
- 59.- De los documentos señalados precedentemente, se verifica que la descarga de la bodega N° 3 nave AARGAU, según el Plan de Operaciones, fue programada para realizarse en dos (2) jornadas de trabajo, habiéndose realizado finalmente en tres (3) jornadas de trabajo; lo que conllevó a su vez a que la fecha y hora del inicio y la finalización de las operaciones también variaran evidenciándose el incumplimiento del Plan de Operaciones; conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro 3: Comparativo de las jornadas de descargas en la Bodega N° 3

Detalle de jornadas de trabajo			Jornadas establecidas en el Plan de Operaciones original	Jornadas finalmente ejecutadas
Número	Fecha	Horario		
1	01/03	15:00-23:00	X	-
2	01/03	23:00-07:00 (del día 02/03)	X	-
3	02/03	15:00-23:00	-	X
4	02/03	23:00-07:00	-	X
5	03/03	07:00-10:55	-	X
Fecha y hora de inicio			28/02 23:30 horas	01/03 17:00 horas
Fecha y hora de finalización			02/03 07:00 horas	03/03 10:55 horas

¹⁸ Folio 25

- 60.- Los hechos señalados evidencian el incumplimiento del Plan de Operaciones en lo que se refiere al día y la hora de inicio de la operación y al número total de jornadas que se utilizarían para realizar la descarga de la nave AARGAU, lo que en efecto habría generado la necesidad de programar jornadas adicionales para ejecutar el retiro de la carga asignada a INKA ANGRI.
- 61.- Al respecto, cabe recordar que la Entidad Prestadora es responsable de ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones teniendo la potestad de modificarlo de acuerdo a las circunstancias que presente cada operación. No obstante, el usuario en virtud al derecho a la información que le asiste tiene derecho a ser informado oportunamente por el Concesionario sobre la forma en que llevará a cabo la operación portuaria y también sobre cualquier circunstancia que altere el servicio prestado.
- 62.- En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado, correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar al usuario las nuevas condiciones que se estaban presentando conforme avanzaban los trabajos de descarga con la finalidad de que éste tome conocimiento de las nuevas condiciones de descarga a fin de tener la posibilidad de organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar, a efectos de que la atención de la descarga se realice sin contratiempos evitando incurrir en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- 63.- Sin embargo, de la revisión del expediente administrativo no se advierte que la Entidad Prestadora haya presentado medio probatorio alguno que acredite que cumplió con su obligación de informar lo señalado precedentemente.
- 64.- En efecto, APM tenía la responsabilidad de comunicar a INKA AGRI: i) la modificación de la fecha y hora de inicio de la descarga; y, ii) que la operación de descarga se desarrollaría en más jornadas que las programadas originalmente en el Plan de Operaciones.
- 65.- Cabe resaltar que si bien INKA AGRI es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado, y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones; también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM y a la información que le envíe.
- 66.- Teniendo en consideración que la Entidad Prestadora incumplió el Plan de Operaciones y no acreditó haber informado las modificaciones que realizó a dicho Plan a INKA AGRI, carece de objeto pronunciarse sobre las alegaciones del apelante en relación al cobro del Impuesto General a las Ventas.
- 67.- Consecuentemente, en atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, no corresponde el cobro del recargo de compensación de cuadrilla no utilizada recogido en la factura N° Foo3-83759.

68.- Finalmente, en relación a la presunta deficiencia en el servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión de APM, cabe precisar que la Gerencia de Supervisión del OSITRAN es el área encargada de la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, entre ellas, las relativas a la calidad de los niveles de servicio. En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, respecto de los niveles de servicio y productividad a los que está obligada APM contractualmente, se advierte algún incumplimiento por parte de ésta última, corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente¹⁹, y no al Tribunal pronunciarse sobre dicha materia al no encontrarse dentro de sus competencias.

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 OSITRAN²⁰;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0145-2018 respecto al cobro de la factura N° Foo3-83759 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, dejando sin efecto su cobro.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa INKA AGRI-RESOURCES S.A.C. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

¹⁹ **Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN**

"Artículo 7° Órganos competentes

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

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

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

²⁰ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 157-2018-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

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

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Francisco Javier Coronado Saleh.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS