

EXPEDIENTE : 232-2018-TSC-OSITRAN

APELANTE : COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/o468-2018

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 12 de febrero de 2019

SUMILLA: *Corresponde confirmar la Resolución de primera instancia que declaró improcedente el reclamo presentado por el usuario, en la medida que está referido a hechos que ya fueron materia de pronunciamiento final por parte del Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos del OSITRAN en un procedimiento anterior.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A. (en adelante, MOLICENTRO o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/o468-2018 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 26 de octubre de 2018, MOLICENTRO cuestionó el cobro de la factura N° Foo3-95511 emitida por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas por un monto de US\$ 10,738.00 (incluido IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- En la factura cuestionada se hace referencia a veintiséis (26) horas de supuestas paralizaciones de cuadrillas no utilizadas; sin embargo, en ésta no detalla en qué momento se habrían generado las referidas paralizaciones, ni la razón por la cual se computaron tales horas. Agrega, además, que el concepto cobrado corresponde a 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.- APM no puede realizar liquidaciones de tiempos de paralización sobre la base de una información que ésta emite, así como tampoco puede dejar al margen de dicha liquidación los tiempos de paralización que le son imputables, como son los generados por la congestión al ingreso, dentro y a la salida del Terminal Portuario, lo que perjudica el flujo de los vehículos de transporte para atender la descarga.
 - iii.- APM debe considerar que su servicio de retiro de la mercadería es deficiente, toda vez que conforme con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el retiro de mercancía del Terminal Portuario no debe ser mayor de 30 minutos, contados desde el ingreso de cada unidad hasta su retiro de las instalaciones portuarias; no obstante ello, en el presente caso la Entidad Prestadora excedió dicho tiempo, lo que consta en los documentos emitidos al ingreso y salida del puerto.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada a MOLICENTRO el 20 de noviembre de 2018, APM resolvió el reclamo declarándolo improcedente en base a los siguientes argumentos:
- i.- Con fecha 16 de setiembre de 2018, APM emitió la factura N° Foo3-95511 por concepto de compensación de compensación de cuadrillas no utilizadas por el importe de USD \$ 10,738.00.
 - ii.- El literal c) del artículo 2.10 del Reglamento de Atención de Reclamos de Usuarios de APM establece que un reclamo se encuentra incurso en causal de improcedencia en caso de imposibilidad jurídica, es decir, cuando exista un obstáculo legal que impida estimar el objeto del reclamo.
 - iii.- En el presente caso, la pretensión del reclamo fue materia de análisis en el expediente APMTC/CL/0347-2017, el mismo que fue declarado fundado en parte en segunda instancia, pues el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos resolvió lo siguiente:

*"PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0347-2017 que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A., referido a la factura N° Foo3-69875 emitida por recargo por compensación de cuadrilla no utilizada; y, en consecuencia, declarar **FUNDADO EN PARTE** el reclamo, correspondiendo se emita una nueva factura por el equivalente a 25 horas con 11 minutos de paralizaciones."*
 - iv.- En ese sentido, la factura N° Foo3-95511 por el concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas fue emitida conforme a lo resuelto por el Tribunal, precisándose que si bien en la citada Resolución se ordenó que en la refacturación debía considerarse minutos, conforme a su Listado de Precios y otros Recargos de

APM, se establece que el cobro se realiza por cuadrilla/hora, por lo que se emitió la factura N° Foo3-95511 por 26 horas de compensación de cuadrillas.

- v.- Por lo tanto, dado que el objeto del reclamo ha sido materia de análisis en un procedimiento anterior, el referido reclamo ha incurrido en la causal de imposibilidad jurídica siendo necesario declararlo improcedente.
- 3.- Con fecha 04 de diciembre de 2018, MOLICENTRO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 reiterando los argumentos expuestos en su reclamo.
- 4.- El 20 de diciembre 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 los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 5.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución N° 1 de APM.
- ii.- De ser el caso, determinar si corresponde amparar el reclamo presentado por MOLICENTRO.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 6.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de APM¹, 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)², el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de

¹ Reglamento de Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN.

"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".

² 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".

apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

- 7.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 de APM, que contiene la decisión de declarar improcedente el reclamo, fue notificada a MOLICENTRO el 20 de noviembre de 2018.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 11 de diciembre de 2018.
 - iii.- MOLICENTRO presentó su recurso de apelación el 04 de diciembre de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
- 8.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto al servicio brindado por parte del personal de APM, se cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del Texto único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG)³.

III.2.- EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 9.- En el presente caso, MOLICENTRO cuestionó la emisión de la factura N° Foo3-95511 por concepto de cuadrillas no utilizadas por un total de US\$ 10, 738.00 correspondientes a 26 horas de paralizaciones vinculados con la nave OCEAN GRACIOUS atendida por APM, alegando que en dicha factura no se detalla puntualmente en qué momento se habrían generado las referidas paralizaciones, ni la razón por la cual se computaron tales horas. Asimismo, señaló que el concepto cobrado sería el de una compensación y por tanto no debería encontrarse gravada con el IGV.
- 10.- Por su parte, APM resolvió que el objeto del reclamo, esto es, la factura N° Foo3-95511 por 26 horas de paralizaciones, fue emitida en ejecución de lo dispuesto en la resolución final correspondiente al expediente de apelación N° 141-2017-TSC-OSITRAN que declaró fundado en parte el reclamo presentado por MOLICENTRO en el expediente N° APMTC/CL/0347-2017, ordenando que se emita una nueva factura por el equivalente a 25 horas con 11 minutos de paralizaciones en lugar del cobro por 29 horas incluidas en la Factura N° Foo3-69875 por el concepto de compensación por cuadrillas no utilizadas.

³ TUO de la LPAG

"Artículo 218.- Recurso de apelación

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

- 11.- Al respecto, de la revisión del expediente N° 141-2017-TSC-OSITRAN se evidencia que el 29 de agosto de 2017, MOLICENTRO presentó un reclamo a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo3-69875 emitida por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas por un total de US\$ 11, 977.00 correspondientes a 29 horas de paralizaciones, reclamados a la Motonave OCEAN GRACIOUS atendida por APM; en atención a lo cual APM emitió la Resolución N°1 en el expediente N° APMTC/CL/0347-2017, declarándolo infundado.
- 12.- Ante ello, MOLICENTRO interpuso un recurso de apelación contra la Resolución N°1, el cual fue resuelto por este Tribunal mediante Resolución N° 1 de fecha 27 de agosto de 2018, en el referido expediente N° 141-2017-TSC-OSITRAN, conforme al cual se declaró fundado en parte el reclamo presentado por el usuario resolviendo lo siguiente:

"SE RESUELVE:

*REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0347-2017 que declaró infundado el reclamo presentado por COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A. referido a la Factura N° 003-69875, emitida por el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada; y, en consecuencia, declarar FUNDADO EN PARTE el reclamo, correspondiendo se emita una nueva factura por el equivalente a 25 horas con 11 minutos de paralizaciones.
(...)"*

- 13.- De acuerdo con ello, con la Resolución N° 1 emitida en el expediente N°141-2017-TSC-OSITRAN, este Tribunal emitió pronunciamiento sobre el fondo del asunto, valorándose en dicha oportunidad los documentos "Estados de hechos" y "Resumen/Nota de Tarja", que determinaron los tiempos de paralización imputables tanto a APM como a MOLICENTRO y, en virtud de ello se ordenó declarar fundado en parte el reclamo, correspondiendo la emisión de una nueva factura por la cantidad de 25 horas con 11 minutos de paralizaciones en lugar de la Factura N°003-69875 emitida por 29 horas de paralizaciones. Cabe aclarar que, de acuerdo con lo establecido en la Sección 2.2. de la "Lista de Precios por otros Servicios y Recargos" de APM, la unidad de cobro aplica por hora de cuadrilla no utilizada o fracción de hora no utilizada, por lo que, si bien se ordenó la emisión de una nueva factura por 25 horas con 11 minutos de paralizaciones, ésta resulta equivalente al cobro de 26 horas de paralizaciones, conforme a lo antes señalado.
- 14.- Por otro lado, cabe añadir que, en el apartado denominado "Cuestiones Finales" de la aludida Resolución, este Tribunal se pronunció respecto al argumento referido a la inclusión del IGV en la factura, manifestando que tal cuestionamiento se encontraba incurso dentro del ámbito de la competencia de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria.

- 15.- En este punto, cabe recordar que el artículo 61⁹⁴ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, dispone que la resolución que dicta el TSC pone fin a la instancia administrativa.
- 16.- En ese mismo sentido, el artículo 195 del TUO de la LPAG, dispone que las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, ponen fin al procedimiento administrativo, como se aprecia a continuación:

"Artículo 195.- Fin del procedimiento

195.1 Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el párrafo 197.4 del Artículo 197, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.

195.2 *También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo."*

- 17.- Asimismo, el artículo 226.1 del TUO de la LPAG, establece lo siguiente:

"Artículo 226.- Agotamiento de la vía administrativa

226.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

(...)"

- 18.- De lo señalado precedentemente, se advierte que la Resolución emitida por el TSC en el expediente N°141-2017-TSC-OSITRAN, que se pronunció sobre el fondo del asunto ordenando la emisión de una factura por 25 horas 11 minutos, esto es, por 26 horas de paralizaciones relacionados al servicio de la nave OCEAN GRACIOUS, agotó la vía administrativa del procedimiento de reclamo, toda vez que a nivel administrativo no existe recurso impugnatorio alguno que pueda contradecir dicha decisión, siendo pasible de revisión únicamente mediante acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial.

⁹⁴ *"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.

La resolución deberá ejecutarse en un plazo máximo de siete (7) días, salvo que ésta haya fijado su propia fecha de ejecución en función de la naturaleza de la obligación que determine ejecutar.

El incumplimiento de lo resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias será sancionado de acuerdo al RIS."

- 19.- En ese sentido, no cabía la interposición de recurso impugnatorio alguno contra dicha decisión, ni tampoco la presentación de un nuevo reclamo contra la materia sobre la cual se había pronunciado el Tribunal mediante dicha resolución.
- 20.- No obstante lo señalado, en el presente procedimiento se advierte que MOLICENTRO ha presentado un reclamo cuestionando la legitimidad del cobro por compensación de cuadrilla no utilizada⁵ por 26 horas de paralizaciones derivado de la nave OCEAN GRACIOUS, a pesar de que este Tribunal ya emitió un pronunciamiento final al respecto.
- 21.- En tal sentido, habiendo quedado acreditado que este Tribunal ya emitió pronunciamiento final en el expediente N° 141-2017-TSC-OSITRAN, con relación al cuestionamiento e impugnación del cobro por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas por las paralizaciones durante las labores de descarga de la nave OCEAN GRACIOUS; de conformidad con lo establecido en el artículo 195 y 226.1 del TUO de la LPAG, no cabe que este Tribunal emita un nuevo pronunciamiento al respecto.
- 22.- Siendo así, corresponde confirmar la Resolución N° 1 de APM que declaró improcedente el reclamo presentado por MOLICENTRO, encontrándose agotada la vía administrativa.
- 23.- 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 correspondiente⁶, no correspondiendo 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 OSITRAN⁷;

⁵ Cabe precisar que si bien, en el presente reclamo, MOLICENTRO cuestionó la factura N° Foo3-95511, que es distinta a la factura cuestionada por el apelante en el expediente N° 141-2017-TSC-OSITRAN, de la revisión de dicho documento se evidencia que fue emitida por APM en cumplimiento de la Resolución N° 1 del expediente N° 141-2017-TSC-OSITRAN (vinculada al expediente de reclamo N° APMTC/CL/0347-2017), la cual ordenó a APM emitir una nueva factura por el cobro de cuadrilla no utilizada descontando el tiempo de demoras imputable a APM.

⁶ **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".

⁷ **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0468-2018 que declaró improcedente el reclamo presentado por COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A. relacionado con el cobro de la factura N° Foo3-95511.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a COMPAÑÍA MOLINERA DEL CENTRO S.A., 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**

*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".