

EXPEDIENTE N° : 233-2018-TSC-OSITRAN

APELANTE : SAN FERNANDO S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTCL/CL/0526-2018

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 el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos del OSITRAN previamente ha emitido un pronunciamiento final sobre el fondo del asunto que dio por agotada la vía administrativa.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por SAN FERNANDO S.A. (en adelante, SAN FERNANDO o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTCL/CL/0526-2018 (en lo sucesivo, Resolución N° 1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- El 15 de noviembre de 2018, SAN FERNANDO presentó un reclamo contra APM, a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° Foo3-97702, emitida el 29 de octubre de 2018 por la suma de US\$ 4,543.00 (cuatro mil quinientos cuarenta y tres con 00/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), por concepto de "Compensación de cuadrillas no utilizadas – por cuadrilla/hora" en las labores de descarga de la nave Sun Globe, argumentando lo siguiente:
 - i.- La factura se encontraría mal emitida toda vez que el concepto cobrado sería el de una compensación, esto es, una indemnización, no encontrándose referida a la venta de un bien o a la prestación de un servicio, por lo que no debería encontrarse gravada con el IGV.

- ii.- En la factura cuestionada no se detalla en qué momento se habrían generado las once (11) horas de paralizaciones por falta de camiones que APM pretende cobrarle a través de la factura N° Foo3-97702.
 - iii.- APM no puede efectuar liquidaciones de tiempos de paralización con información calculada por la propia Entidad Prestadora y tampoco puede dejar al margen de dicha liquidación los tiempos de paralización que le son imputables, tales como aquellos generados por la congestión en el ingreso, al interior y salida del terminal portuario, circunstancias que perjudican el flujo de los vehículos de transporte para atender la descarga.
 - iv.- El nivel de servicio y productividad establecido en el Contrato de Concesión prevé que el tiempo de retiro de la mercancía no debe ser mayor a treinta (30) minutos computados desde el momento en que el cliente ingresa con su unidad de transporte al Terminal Portuario hasta su salida, lo que en el presente caso no se ha cumplido, motivo por el cual, el servicio prestado por APM fue deficiente.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada a SAN FERNANDO el 20 de noviembre de 2018, APM declaró improcedente el reclamo formulado por compensación de cuadrilla, invocando como sustento los siguientes argumentos:
- i.- La factura en cuestión fue emitida en ejecución de lo ordenado en la Resolución N° 1 del 13 de septiembre de 2018 emitida por el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos del OSITRAN (en adelante, TSC), por la cual se dispuso entre otros, lo siguiente:

*"REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente APMT/CL/0205-2017 y; en consecuencia, declarar **FUNDADO EN PARTE** el reclamo presentado por SAN FERNANDO S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A. relacionado con el cobro de la factura N° Foo3-60595, emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, correspondiendo se emita una nueva factura por el equivalente a 11 horas con 25 minutos de paralizaciones."*
 - ii.- En la medida que, los hechos controvertidos han sido materia de pronunciamiento por parte del mencionado Tribunal mediante la Resolución N° 1, actuada en un anterior procedimiento seguido bajo el expediente N° 106-2017-TSC-OSITRAN, corresponde que el presente reclamo sea declarado improcedente.
- 3.- Con fecha 4 de diciembre de 2018, SAN FERNANDO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 de APM, a través del cual reiteró los argumentos de defensa vertidos en su reclamo, precisando que el mismo comprende un cuestionamiento al deficiente servicio y baja productividad para el retiro de mercancía, el cual resulta imputable a APM.

- 4.- El 26 de diciembre de 2018, APM elevó al TSC el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación ratificando lo expuesto 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 de APM.
 - ii.- Determinar si corresponde que SAN FERNANDO pague la factura N° Foo3-97702 por el concepto de recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 6.- En el presente caso, SAN FERNANDO cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas alegando que la Entidad Prestadora realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas, sin tomar en cuenta las paralizaciones que le son atribuibles.
- 7.- 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.
- 8.- 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.

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.

(...)

- 9.- Siendo así, dado que en el presente caso, se requerirá analizar la prestación del servicio en atención a lo acordado por las partes en el Plan de Operaciones, a efectos de determinar la pertinencia del cobro del recargo; se evidencia que dichos extremos involucran los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM², así como el literal b) del artículo 2³ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente 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.
- 10.- 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

² Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM

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

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.

- 11.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
 - i.- La Resolución N° 1 materia de impugnación fue notificada a SAN FERNANDO el 20 de noviembre de 2018.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que SAN FERNANDO interponga el recurso de apelación venció el 11 de diciembre de 2018.
 - iii.- SAN FERNANDO presentó el recurso de apelación el 4 de diciembre de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
- 12.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷ (en adelante, TUO de la LPAG), al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.
- 13.- 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

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 Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, 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".

- 14.- Mediante la Resolución N° 1, APM declaró improcedente el reclamo presentado por SAN FERNANDO referido al cobro realizado mediante factura N° Foo3-97702 por concepto de recargo de once (11) horas por cuadrillas no utilizadas, señalando que su pretensión ya fue materia de análisis en el expediente N° APMTC/CL/0205-2017 y en el Expediente N° 106-2017-TSC-OSITRAN.
- 15.- Al respecto, cabe señalar que de la revisión del Expediente N° 106-2017-TSC-OSITRAN se evidencia que el 11 de mayo de 2017, SAN FERNANDO presentó un reclamo ante ATM a fin de que deje sin efecto el cobro de factura N° Foo3-60595 por concepto de "Compensación de cuadrillas no utilizadas" correspondiente a quince (15) horas, por las labores de descarga de la nave Sun Globe, por la suma de US\$ 6,195.00 (seis mil ciento noventa y cinco con 00/100 dólares americanos) incluido el IGV, alegando entre otros que, la Entidad Prestadora realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas, sin tomar en cuenta las paralizaciones que le eran atribuibles; en atención a lo cual, APM emitió la Resolución N° 1 en el expediente N° APMTC/CL/205-2017 declarando infundado el reclamo presentado por el usuario.
- 16.- Ante ello, SAN FERNANDO interpuso un recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, recurso que fue resuelto por APM mediante Resolución N° 2 por la cual declaró infundado el referido recurso.
- 17.- Posteriormente, SAN FERNANDO interpuso un recurso de apelación contra la decisión de APM, recurso que fue resuelto por este Tribunal mediante Resolución N° 1 de fecha 13 de septiembre de 2018, en el Expediente de apelación N° 106-2017-TSC-OSITRAN, conforme se aprecia a continuación:

*"REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente APMTC/CL/0205-2017 y; en consecuencia, declarar **FUNDADO EN PARTE** el reclamo presentado por SAN FERNANDO S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A. relacionado con el cobro de la factura N° Foo3-60595, emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, correspondiendo se emita una nueva factura por el equivalente a 11 horas con 25 minutos de paralizaciones."*

- 18.- De acuerdo con ello, se aprecia que el TSC revocó la resolución emitida por APM y declaró fundado en parte el reclamo presentado por SAN FERNANDO en la medida que la Entidad Prestadora no acreditó haber cumplido con su deber de informar al usuario las variaciones realizadas al Plan de Operaciones al evidenciarse que se utilizó un mayor número de jornadas de trabajo que las programadas originalmente, debiendo emitirse una nueva factura, por el equivalente a once (11) horas con veinticinco (25) minutos de paralizaciones, en lugar de las quince (15) horas estipuladas en la factura N° Foo3-60595.
- 19.- 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. Además, precisó que con relación a la presunta deficiencia en el servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión de APM, 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.

- 20.- De lo antes expuesto, se aprecia que este Tribunal ya emitió un pronunciamiento sobre el fondo del asunto respecto del servicio prestado por APM a SAN FERNANDO, referido al cobro por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas, declarando fundado en parte el reclamo y ordenando que en lugar de la factura N° Foo3-60595 emitida por quince (15) horas de paralizaciones, se emitiera una nueva factura por la cantidad de once (11) horas con veinticinco (25) minutos de paralizaciones.
- 21.- Luego de la emisión de la referida resolución el 13 de septiembre de 2018, APM emitió la factura N° Foo3-997702 del 29 de octubre de 2018, por la suma de US\$ 4,543.00 (cuatro mil quinientos cuarenta y tres con 00/100 dólares americanos) por concepto de "Compensación de cuadrillas no utilizadas – por cuadrilla/hora" en las labores de descarga de la nave Sun Globe, entendiéndose que la emisión de dicha factura se realizó en cumplimiento de lo resuelto por este Tribunal mediante Resolución N° 1 del 13 de septiembre de 2018 actuada en el expediente N° 106-2017-TSC-OSITRAN.
- 22.- En este punto, es pertinente señalar que el artículo 61⁸ del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), dispone que la resolución que dicta el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (TSC) pone fin a la instancia administrativa.
- 23.- 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*

⁸ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"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."

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."*

22.- 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.

(...)"

- 23.- De lo señalado precedentemente, se advierte que la Resolución emitida por el TSC, que se pronuncia sobre el fondo del asunto, agota 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.
- 24.- En ese sentido, no cabe la interposición de recurso impugnatorio alguno contra dicha decisión ni tampoco, la presentación de un nuevo reclamo contra la materia sobre la cual ya se ha pronunciado el Tribunal mediante la emisión de una resolución.
- 25.- No obstante lo señalado, en el presente procedimiento se advierte que SAN FERNANDO ha presentado un reclamo cuestionando nuevamente la legitimidad del cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas derivado de las paralizaciones de las descargas de la nave Sun Globe, objetando que la Entidad Prestadora realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo, sin tomar en cuenta las paralizaciones que le son atribuibles, a pesar de que este Tribunal ya había emitido un pronunciamiento final al respecto en el Expediente de apelación N° 106-2017-TSC-OSITRAN.
- 26.- En consecuencia, habiendo quedado acreditado que este Tribunal ya emitió un pronunciamiento final en el Expediente N° 106-2017-TSC-OSITRAN referido al cobro por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas derivado de las paralizaciones de las descargas de la nave Sun Globe; corresponde confirmar la Resolución N° 1 emitida por APM, la cual declaró improcedente el reclamo presentado por SAN FERNANDO, al haberse agotado la vía administrativa.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN⁹;

SE RESUELVE:

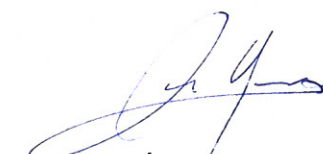
PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 01 emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A., en el Expediente N° APMTCL/0526-2018 que declaró **IMPROCEDENTE** el reclamo presentado por SAN FERNANDO S.A., relacionado con el cobro de la factura N° Foo3-97702.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a SAN FERNANDO 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

⁹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...) La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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