



EXPEDIENTE : 096-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE : SAN FERNANDO S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0075-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 12 de diciembre de 2019

SUMILLA: *Cuando se verifique la existencia de paralizaciones atribuibles tanto a APM como al usuario; y, se desprenda que ambas incidieron en la ampliación de las jornadas de trabajo inicialmente previstas, corresponde que éstas sean liquidadas entre sí y se emita una nueva factura por el concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas".*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por SAN FERNANDO S.A. (en adelante, SAN FERNANDO o la apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0075-2019 (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 18 de febrero de 2019, SAN FERNANDO interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo4-13090, emitida por concepto de "Compensación de cuadrillas no utilizadas" por la suma de US\$ 1, 529.28 (incluido IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- La factura se encuentra mal emitida en la medida 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 ocho (8) horas de paralizaciones por falta de camiones que APM pretende cobrarle.



- iii.- APM no puede realizar liquidaciones de tiempos de paralización con información de la propia Entidad Prestadora y 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.
 - iv.- 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 2 de abril de 2019, APM declaró infundado el reclamo presentado por SAN FERNANDO, sustentando su decisión en 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 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.- De acuerdo a lo establecido en el Plan de Trabajo de la nave PORT VERA CRUZ, la descarga se había planificado para un total de siete (7) jornadas con once (11) cuadrillas; sin embargo, debido a las paralizaciones por falta de camiones que debió enviar SAN FERNANDO, la descarga se prolongó hasta once (11) jornadas con dieciséis (16) cuadrillas, según información del Reporte Final de Operaciones.
 - iv.- Conforme con el Plan de Trabajo la carga de SAN FERNANDO se encontraba en tres (3) bodegas de la nave PORT VERA CRUZ; esto es, las bodegas N° 2, 3 y 4, por lo que únicamente se calcularon las demoras registradas en las citadas bodegas.
 - v.- Del documento denominado "Notas de Tarja", se aprecia que durante las operaciones de descarga de la nave PORT VERA CRUZ se registraron un total de trece (13) horas con cuarenta y seis (46) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones externos; esto es, imputables a SAN FERNANDO.



- vi.- Asimismo, a las demoras imputables a SAN FERNANDO, correspondía se realizara el descuento de las paralizaciones no operativas imputables a APM, dando como resultado final el cobro de once (11) horas con veintiún (21) minutos de recargo.
 - vii.- No obstante, por error y a favor del usuario en la factura objeto de análisis solo se ha realizado el cobro de ocho (8) horas por cuadrillas no utilizadas.
 - viii.- Respecto a la presunta responsabilidad de APM sobre la congestión al interior del terminal portuario, SAN FERNANDO no ha cumplido con acreditar que la demora en el ingreso de sus camiones se haya producido por la alegada congestión interna, ni mucho menos que dicha demora se haya producido por hechos atribuibles a APM.
 - ix.- 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. A fin de que se verifique el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligada a presentar mensual y trimestralmente los niveles de servicio y productividad que viene alcanzando; niveles que 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.
 - x.- Finalmente, el recargo por compensación por cuadrillas no utilizadas está vinculado a la compensación por asignación de personal, lo que se relaciona directamente con la contraprestación de una operación, por lo que sí corresponde que sea gravado con IGV.
- 3.- El 17 de abril de 2019, SAN FERNANDO interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1 señalando lo siguiente:
- i.- Del reporte emitido por su agente marítimo se advierte que las paralizaciones en la descarga por hechos imputables a APM suman un total de veinte (20) horas con veintitrés (23) minutos, demoras que deberían ser detraídas o compensadas de las ocho (8) horas por cuadrillas no utilizadas que APM pretende cobrarle.
 - ii.- De acuerdo con el Plan de Trabajo, la nave PORT VERA CRUZ transportó mercadería para un total de cinco (5) consignatarios, por lo que se generaron cinco (5) permisos diferentes. Asimismo, se efectuó una descarga mixta por silos y directas a camión; motivo por el cual corresponde a APM demostrar y establecer de qué forma y proporción debe asumir SAN FERNANDO el cobro de las ocho (8) horas de recargo, más aún teniendo en cuenta que parte de su mercadería fue asignada a silos, consecuencia de lo cual su carga podía permanecer en el Terminal Portuario libre de cobro hasta cinco (5) días calendario después del término de la descarga.



- iii.- Reiteró que la factura reclamada se encuentra mal emitida debido a que el concepto de la misma es del tipo compensatorio – indemnizatorio, por lo que no debía de incluirse el pago del IGV.
- 4.- Mediante Resolución N° 2 notificada a SAN FERNANDO el 16 de mayo de 2019, APM resolvió el recurso de reconsideración interpuesto declarándolo infundado, reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1 y añadiendo lo siguiente:
- i. El documento emitido por su agente marítimo CONAPUS carece de validez en la medida que no se encuentra firmado y/o suscrito por la persona que lo elaboró o por APM.
 - ii. Por el contrario, los documentos “Estado de Hechos por Nave” y “Resumen / Nota de Tarja” elaborados por APM durante las operaciones de descarga sí registran el detalle de las paralizaciones por falta de envío de camiones, por lo que no se acredita lo señalado por SAN FERNANDO.
 - iii. Si bien la nave PORT VERA CRUZ transportó mercadería de distintos consignatarios, para el cobro del recargo materia de reclamo únicamente se consideraron las paralizaciones que afectaron las bodegas N° 2, 3 y 4; las cuales contenían carga exclusiva de SAN FERNANDO, por lo que las demoras por falta de envío de camiones que se registraron en dichas bodegas resultan de total responsabilidad del usuario.
- 5.- Con fecha 28 de mayo de 2019, SAN FERNANDO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 que declaró infundado su recurso de reconsideración, señalando lo siguiente:
- i.- La factura N° Foo4-13090 fue mal emitida toda vez que el concepto definido en la misma es del tipo compensación - indemnización, lo que no se encuentra gravado con IGV.
 - ii.- El nivel de servicio y productividad del Contrato de Concesión de APM indica que el tiempo de retiro de mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos; sin embargo, el tiempo promedio de los 1064 viajes que realizaron los camiones para la descarga de la nave PORT VERA CRUZ fue mayor al establecido en el Contrato de Concesión.
 - iii.- En el documento “Consolidado de Cuadros Paralizados” emitido por el agente marítimo CANOPUS se registraron paralizaciones imputables a APM, las cuales suman un total de veinte (20) horas con veintitrés (23) minutos que debería ser detraídas o compensadas de las ocho (8) horas de compensación de cuadrillas no utilizadas que APM pretende cobrarle.



- iv.- Se efectuó una descarga mixta (camiones y silos) con dos (2) atraques iniciándose las operaciones en el muelle 11-A y continuando luego en el muelle 1-A, por lo que APM debe demostrar en qué forma y proporción le corresponde asumir las ocho (8) horas de compensación de cuadrillas no utilizadas.
 - v.- Reiteró que parte de su mercadería fue asignada a silos, contando hasta cinco (5) días calendario después del término de la descarga para retirar su mercadería, por lo que APM no puede cobrar el recargo por cuadrillas no utilizadas, en la medida que resulta optativo que el usuario retire inmediatamente la carga.
- 6.- El 17 de junio de 2019, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando lo señalado en sus pronunciamientos anteriores. Asimismo, precisó que únicamente se han contabilizado las demoras imputables a SAN FERNANDO, las cuales han sido registradas en las jornadas en las que la descarga se realizó de manera directa a camión, quedando desvirtuado lo alegado por el apelante.
 - 7.- El 29 de noviembre de 2019 se realizó la audiencia de vista de la causa, quedando la causa al voto.
 - 8.- Con fecha 4 de diciembre de 2019, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 9.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución N° 2 de APM.
 - ii.- Determinar si corresponde que SAN FERNANDO pague la factura N° Foo4-13090 por el concepto de recargo por compensación por cuadrilla no utilizada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 10.- En el presente caso, SAN FERNANDO cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas señalando que APM realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas, dejando al margen de dicha liquidación paralizaciones que le son imputables como son las generadas por congestión al ingreso y salida del Terminal Portuario, las cuales correspondía compensar con las cobradas por APM.



- 11.- En atención a lo expuesto; corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio se prestó o no conforme a lo previsto en el Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
- 12.- Cabe recordar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 13.- 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.
- 14.- El presente caso versa sobre el cobro de recargo por cuadrillas no utilizadas, lo que involucra supuestos de reclamo por facturación, cobro de servicios y calidad en la prestación de servicios previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el 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

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;



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.

- 15.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶, 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.
- 16.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a SAN FERNANDO el 16 de mayo de 2019.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que SAN FERNANDO interponga el recurso de apelación venció el 6 de junio de 2019.
 - iii.- SAN FERNANDO presentó el recurso de apelación el 28 de mayo de 2019, es decir, dentro del plazo legal.
- 17.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷, al tratarse de

d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN. Asimismo regula el procedimiento de arbitraje, en los casos que corresponda.

⁴ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁵ **Reglamento Reclamos de APM**
"3.1.2 Recurso de Apelación"

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

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

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

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 220.- 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".



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.

- 18.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

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

- 19.- 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."

- 20.- 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).



- 21.- 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.
- 22.- 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]

- 23.- 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]

- 24.- 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.
- 25.- 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

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

relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.

- 26.- Con relación al recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada conviene tener presente que mediante informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas del OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica) opinaron lo siguiente:

"(...) este cobro no se realiza como contraprestación económica por algún servicio brindado por el Concesionario. Por el contrario, se trata de un mecanismo resarcitorio cuya función es que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora y que hayan sido previa y debidamente difundidas por este último".

[El subrayado es nuestro]

- 27.- 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]

- 28.- Como se verifica del mencionado informe, las áreas técnicas del OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla No Utilizada" es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
- 29.- 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.
- 30.- 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

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.



establece entre los recargos aplicables a la nave el recargo por "Compensación de Cuadrilla No Utilizada", por lo que dicha entidad prestadora se encuentra facultada a poder repetir este cobro, no sólo a la línea naviera, sino también al consignatario de la carga, siempre y cuando se haya comprobado que la aplicación de ese recargo fue responsabilidad de éste último.

- 31.- Atendiendo a lo expuesto en los párrafos precedentes, se verifica que APM se encuentra legitimada a cobrar a los usuarios de sus servicios recargos por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada según los montos establecidos en la Lista de Precios que publicita.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 32.- En virtud del Contrato de Concesión²⁰ 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)²¹. 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.

(...)

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.

(...)

²⁰ *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.*

²¹ *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".*



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]

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

“Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Terminal Norte Multipropósito de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico”.

[El subrayado es nuestro]

34.- 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.

35.- 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.

Sobre de los cinco (05) días de almacenaje libre de pago para la carga sólida a granel

36.- En sus escritos, SAN FERNANDO ha manifestado que parte de su mercadería fue asignada a silos, por lo que el retiro de dicha carga podía realizarla hasta el cinco (5) días calendario después del término de la descarga de la nave, sin asumir recargo alguno.

37.- Al respecto, el artículo 7.1.4.1.2 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, vigente al momento de los hechos, señala lo siguiente:

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.

**"7.1.4.1.2 Servicio Estándar Carga Sólida a Granel (Sección 4.1.2 del Tarifario)**

Embarque y Desembarque Estándar de Carga Sólida a Granel.- El servicio estándar a la carga sólida a granel incluye:

- a) Las actividades de estiba o desestiba, descarga/embarque con fajas transportadoras u otros equipos,*
- b) El servicio de manipuleo -en el área de almacenaje (silos), o zona de maniobra para la recepción de la carga de la Nave y carguío al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque.*
- c) Pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información, y*
- d) Uso de infraestructura (uso de muelle),*
- e) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables, que deban prestarse únicamente en el Terminal por APM TERMINALS CALLAO S.A. No incluye, de ser el caso, los servicios relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal. La prestación de estos servicios en ningún caso afectará el cumplimiento de las obligaciones de carácter aduanero que correspondan a los diferentes operadores de comercio exterior, conforme a la normativa vigente.*
- f) La carga sólida a granel excepto concentrado de minerales, podrá permanecer almacenada en el Terminal a libre disposición del Usuario hasta cinco (05) días calendario, con uso de torres absorbentes y silos.*

[El subrayado es nuestro]

- 38.- Asimismo, la sección 4 del Tarifario de APM, vigente al momento de los hechos, establece lo siguiente:

SECCIÓN 4	CARGA SÓLIDA A GRANEL
Sección 4.1	Servicios Estándar
4.1.1	Servicio Estándar a la Nave - En Función a la Nave
4.1.1.1	Uso o alquiler de amaradero (por hora o fracción de hora) (n1)
4.1.2	Servicio Estándar a la Carga Sólida a Granel - En Función a la Carga
4.1.2.1	Embarque o Descarga de Granel Sólido
Sección 4.2	Servicios Especiales - En Función a la Nave
4.2.1	Escotillas o tapas de bodegas (n6)
4.2.1.1	Movilización de escotillas (ISO Hatches)
Sección 4.3	Servicios Especiales - En Función a la Carga
4.3.1	Uso de Área Operativa - todos los tráficos
4.3.1.1	Días: 1 - 5 (Tiempo libre - incluido en el servicio estándar) (n60)
4.3.1.2	Días: 6 - 15 (Precio por todo el período o fracción de período)
4.3.1.3	Días: 16 - 30 (Precio por todo el período o fracción de período)
4.3.1.4	Día: 31 hacia adelante (Precio por día o fracción de día)
4.3.2	Otros servicios
4.3.2.1	Posaje adicional (no incluye movimiento extra) (n61)

(n60): Los días libres otorgados aplica para aquellas mercancías que hacen uso de torres absorbentes y silos.
(n61): Se realizará dentro de las instalaciones del Terminal Norte Multipropósito, ya sea a solicitud del usuario o de las autoridades. Se requiere el movimiento (extra) de la carga sólida a gran

- 39.- Como se aprecia, tanto en el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, como en su Tarifario, se encuentra establecido el almacenamiento de la carga sólida a granel en el Terminal Portuario hasta por un periodo de 5 días libres de pago. No obstante, se advierte que dicha liberalidad a favor del usuario únicamente aplica para las operaciones realizadas con el



uso de torres absorbentes o silos, y no para las operaciones de descarga directa que se realizan retirando la carga directamente de las bodegas del buque a los camiones del consignatario.

- 40.- En el caso bajo análisis, conforme se desprende de lo descrito en los antecedentes, la desestiba de la carga de SAN FERNANDO se realizaría bajo dos modalidades: utilizando silos y directamente desde la nave a los camiones que el usuario aceptó disponer para el retiro de su mercadería del Terminal Portuario.
- 41.- En ese sentido, a fin de determinar si SAN FERNANDO debe asumir el pago por el concepto de recargo por compensación por cuadrilla no utilizada, corresponde tomar en cuenta únicamente las jornadas donde se programó que la operación de descarga se realizaría de forma directa de la nave al camión.

Sobre el cobro de la factura N° Foo4-13090

- 42.- En el presente caso, SAN FERNANDO cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de recargo por cuadrillas no utilizadas señalando que APM realizó una liquidación unilateral de las horas de recargo por cuadrillas no utilizadas, dejando al margen de dicha liquidación paralizaciones que le son imputables como son las generadas por congestión al ingreso y salida del Terminal Portuario, las cuales correspondía compensar con las cobradas por APM.
- 43.- Asimismo, SAN FERNANDO precisó que la descarga de su mercadería fue mixta (camiones y silos), por lo que APM debía demostrar en qué forma y proporción le correspondía asumir el recargo por ocho (8) horas, toda vez que su mercadería descargada en silos podía permanecer en el Terminal Portuario libre de cobro hasta cinco (5) días calendario después del término de la descarga de la nave.
- 44.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas manifestadas por SAN FERNANDO, señalando que dichas paralizaciones se debieron a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía asignada en las bodegas N° 2, 3 y 4, las cuales contenían carga exclusiva de SAN FERNANDO.
- 45.- Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, uno de los supuestos generadores del recargo por cuadrillas no utilizadas es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se suspendan o paralicen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga, precisándose que en caso de suspensión, procederá el recargo siempre y cuando la suspensión prolongue las horas de trabajo del personal asignado por la entidad prestadora de acuerdo al Plan de Operaciones.



- 46.- En ese orden de ideas, corresponde verificar si durante las operaciones de descarga de la nave PORT VERA CRUZ se registraron paralizaciones que afectaron el desarrollo del Plan de Operaciones programado y generaron la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo para ejecutar el retiro de la carga asignada a SAN FERNANDO.
- 47.- De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones"¹³, en el cual se verifica que la descarga planificada para las bodegas N° 2, 3 4 de la nave PORT VERA CRUZ se realizaría en dos (2) atraques: el primer atraque en cuatro (4) jornadas de trabajo con doce (12) cuadrillas; y el segundo atraque en cinco (5) jornadas de trabajo con once (11) cuadrillas, conforme se aprecia a continuación:

Plan de Operaciones nave PORT VERA CRUZ

Inicio de Operaciones de la nave PORT VERA CRUZ (1er atraque – Muelle 11 A)	30/01/19 (15:30)
---	------------------

Fecha y Horario de las Jornadas de Trabajo	Bodega N° 2	Bodega N° 3	Bodega N° 4	Cuadrillas
30/01 (15:00-23:00 horas)	x (descarga a silo)		x (descarga a silo)	3
30/01 (23:00-07:00 horas)	x (descarga a silo)		x (descarga a silo)	3
31/01 (07:00-15:00 horas)	x (descarga directa a camión)	x (descarga a silo)		3
31/01 (15:00-23:00 horas)		x (descarga a silo)	x (descarga directa a camión)	3
Total de cuadrillas				12

¹³ Folios 49 y 50





PORT VERA CRUZ (2do atraque – Muelle 1 A)	31/01/19 (23:00)
--	------------------

Fecha y Horario de las Jornadas de Trabajo	Bodega N° 2	Bodega N° 3	Bodega N° 4	Cuadrillas
31/01 (23:00-07:00 horas)		x (descarga directa a camión)		3
01/02 (07:00-15:00 horas)	x (descarga directa a camión)	x (descarga directa a camión)		3
01/02 (15:00-23:00 horas)			x (descarga directa a camión)	3
01/02 (23:00-07:00 horas)				1
02/02 (07:00-15:00 horas)				1
Total de cuadrillas				11

48.- Ahora bien, del Reporte Final de Operaciones¹⁴ se aprecia que en la primera línea de atraque (muelle 11 A), la descarga de las bodegas N° 2, 3 y 4 se efectuaron conforme a lo planificado, es decir, utilizando cuatro (4) jornadas de trabajo y doce (12) cuadrillas.

49.- No obstante, en la secuencia de las operaciones correspondiente a la segunda línea de atraque (muelle 1 A), se verifica que la descarga de las bodegas N° 2, 3 y 4 finalmente se realizaron utilizando siete (7) jornadas de trabajo y veintiún (21) cuadrillas; esto es, dos (2) jornadas de trabajo adicionales a lo inicialmente programado, tal como se puede apreciar:

Reporte Final de Operaciones de la nave PORT VERA CRUZ (Muelle 1 A)

Inicio de Operación	01/02 (00:15)
Término de Descarga	03/02 (05:45)

N°	Inicio de Jornada	B 2	B 3	B 4
1	01/02 (00:15 - 07:00)		x (descarga directa a camión)	
2	01/02 (07:00 - 15:00)		x (descarga directa a camión)	
3	01/02 (15:00 - 23:00)		x	

¹⁴ Folios 51 y 52



			(descarga directa a camión)	
4	01/02 (23:00 - 07:00)		x (descarga directa a camión)	x (descarga directa a camión)
5	02/02 (07:00 - 15:00)			x (descarga directa a camión)
6	02/02 (15:00 - 23:00)			x (descarga directa a camión)
7	02/02 (23:00 - 05:45 del 03/03)	x (descarga directa a camión)		x (descarga directa a camión)

- 50.- Como se verifica del cuadro precedente, las jornadas de trabajo desarrolladas en el muelle 1 A correspondiente al segundo atraque de la nave PORT VERA CRUZ, se efectuaron en su totalidad de forma directa a camión, es decir, directamente desde la nave a los camiones que el usuario aceptó disponer para el retiro de su mercadería del Terminal Portuario; por lo que corresponde analizar cuál fue el motivo de las demoras que afectaron las operaciones de descarga de la nave PORT VERA CRUZ.
- 51.- En ese sentido, de los documentos denominados "Estado de Hechos" y "Resumen/Nota de Tarja" obrantes en el presente expediente,¹⁵ se corrobora que en el ítem denominado "Detalle por paralizaciones por falta de camiones", el personal de APM dejó constancia de las paralizaciones ocurridas en las tareas de descarga de las bodegas N° 2, 3 y 4 por un total de once (11) horas con diecinueve (19) minutos, consignando que estas se habrían debido a la ausencia de camiones atribuibles al usuario.
- 52.- Asimismo, en los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" de la nave PORT VERA CRUZ, también se observa el registro de las paralizaciones que resultan imputables a APM, las cuales habrían incidido en los tiempos programados de descarga, conforme se detallan en el siguiente cuadro:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA		CONCEPTO	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	31/01 (23:00 - 07:00)	Bodega 3: Cambio de maniobra para operación	23:05-01:05	120
2	01/02 (07:00 - 15:00)	Bodega 3: Falla de Clamshell	11:15-12:05	50
3	01/02 (15:00 - 23:00)	Bodega 3: Falla de grúa	21:40-22:15	35

¹⁵ Folios del 68 al 84



4	01/02 (23:00 - 07:00)	Bodega 4: Bloqueo de la grúa energía eléctrica (108)	23:10-23:50	40
5	02/02 (07:00 - 15:00)	Bodega 4: Movimiento de maquinaria	07:20-08:05	45
6	02/02 (15:00 - 23:00)	Bodega 4: Cambio de maniobra	15:20-16:05	45
TOTAL DE PARALIZACIONES				335

- 53.- De la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron trescientos treinta y cinco (335) minutos; esto es, cinco (5) horas con treinta y cinco (35) minutos de paralizaciones imputables a APM, tales como fallas en las grúas y Clamshell; que afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave PORT VERA CRUZ.
- 54.- Cabe mencionar que si bien SAN FERNANDO ha manifestado la existencia de paralizaciones en las operaciones de descarga que habrían sido consecuencia de una presunta congestión dentro y fuera del Terminal Portuario atribuibles a APM, no ha cumplido con remitir medio probatorio alguno que respalde tales afirmaciones, conforme lo dispone el numeral 173.2 del artículo 173 del TUO de la LPAG¹⁶ el cual establece que corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones, por lo que se desestima dicha alegación del usuario.
- 55.- Conforme a lo señalado precedentemente, a las paralizaciones imputables a SAN FERNANDO por un total de once (11) horas con diecinueve (19) minutos se le debe descontar el tiempo imputable a APM, es decir, cinco (5) horas con treinta y cinco (35) minutos; quedando un resultante de cobro de cinco (5) horas con cuarenta y cuatro (44) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones que corresponde sean cobradas a la apelante.
- 56.- Consecuentemente, corresponde dejar sin efecto el cobro de ocho (8) horas por el recargo de compensación de cuadrillas incluido en la factura N° Foo4-13090, debiendo APM emitir una nueva factura por un total de cinco (5) horas con cuarenta y cuatro (44) minutos de paralizaciones.

Cuestiones Finales

- 57.- A lo largo de procedimiento SAN FERNANDO ha manifestado que el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas no tiene una naturaleza contraprestativa sino indemnizatoria por lo que APM indebidamente viene incluyendo el cobro del IGV al momento de facturar dicho recargo sin considerar que mediante Oficio N° 222-2015-SUNAT/60000 del 24 de setiembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración

¹⁶ TUO de la LPAG

"Artículo 173.- Carga de la prueba
(...)"

173.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones".



Tributaria emitió pronunciamiento precisando que no encuentra gravado con el IGV todo concepto que tenga carácter indemnizatorio.

- 58.- Al respecto, cabe señalar que de acuerdo a la Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración Tributaria –SUNAT, Ley N° 29816, corresponde a esta Entidad, entre otras funciones, la administración, aplicación, fiscalización y recaudación de los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales¹⁷.
- 59.- En esa línea, el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Resolución de Superintendencia N° 122-2014/SUNAT y sus modificatorias, establece en el literal v) del artículo 4° que una de las funciones de esta Entidad es:

"Artículo 4°.- Funciones y Atribuciones de la SUNAT

Son funciones y atribuciones de la SUNAT:

(...)

v) Determinar la correcta aplicación y recaudación de los tributos que administra y de otros cuya recaudación se le encargue, así como de los derechos que cobren por los servicios que prestan, de acuerdo a Ley."

[El subrayado es nuestro]

- 60.- Como se desprende siendo una de las funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria el determinar la correcta aplicación de los tributos, corresponde a esta Entidad pronunciarse sobre la aplicación del I.G.V. en la facturación sobre el recargo por concepto de Compensación de Cuadrilla no utilizada; y, no a este Tribunal, el cual se circunscribe a verificar si el recargo fue emitido correctamente, es decir, si en efecto se registraron paralizaciones que afectaron el desarrollo del Plan de Operaciones programado; y, si en atención a ello se generó la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo que justifiquen el cobro del recargo.
- 61.- Con relación al nivel de servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión de APM, corresponde precisar que si bien el Anexo 3 señala que la Entidad Prestadora deberá atender a los camiones de los usuarios en un promedio de 30 minutos¹⁸, establece

¹⁷ **LEY N° 29816. LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA –SUNAT**

"Artículo 5. Funciones de la SUNAT

La SUNAT tiene por función administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales, así como proponer y participar en la reglamentación de las normas tributarias y aduaneras. Asimismo, puede dictar normas en materia tributaria, aduanera y de organización interna en el ámbito de su competencia. También administra y/o recauda otros conceptos no tributarios que se le encargue por ley y cumple otras funciones establecidas de acuerdo a ley. (...)"

¹⁸ **Contrato de Concesión**

Niveles de Servicio y Productividad

(...)

El cumplimiento de los indicadores que se establecen a continuación se verificará en base al promedio trimestral o por operación, según sea el caso.

(...)



también que la medición de esta atención se realizará de manera trimestral y conforme al tonelaje atendido de cada carga.

- 62.- Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión¹⁹, la Gerencia de Supervisión es la encargada de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes).
- 63.- En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión, 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 correspondiente²⁰, por lo que debe desestimarse dicho argumento.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN²¹;

Niveles de Servicio y Productividad para cualquier tipo de carga tiempo de atención al Usuario para el retiro de su mercadería. Una vez que el cliente haya realizado el pago de los derechos aduaneros que correspondan y obtenga la autorización del terminal, el tiempo posterior a este proceso no deberá ser mayor a treinta (30) minutos en promedio computados desde que el Usuario ingresa su unidad al Terminal hasta que salga de la misma. Los treinta (30) minutos se computarán desde el ingreso de cada unidad

¹⁹ **Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones

g) Órgano Supervisor: Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras".

"Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

d) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidos contractualmente para la infraestructura de transporte."

²⁰ **Reglamento de Infracciones y Sanciones**

"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".

²¹ **Reglamento de Reclamos de 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.

**SE RESUELVE:**

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0075-2019, y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO, EN PARTE**, el reclamo presentado por SAN FERNANDO S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., debiendo la Entidad Prestadora anular la factura N° Foo4-13090 emitida por ocho (8) horas de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada; y, emitir una nueva por el equivalente a cinco (5) horas con cuarenta y cuatro (44) minutos de paralizaciones.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa SAN FERNANDO S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN

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