



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 104-2019-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 104-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE : CUSA S.A.C.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0188-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 27 de setiembre de 2019

SUMILLA: *Corresponde revocar en parte la resolución recurrida, en la medida que habiéndose verificado la existencia de paralizaciones atribuibles tanto a APM como al usuario, se desprende que ambas incidieron en la ampliación de las jornadas de trabajo inicialmente previstas.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por CUSA S.A.C. (en adelante, CUSA o el apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0188-2019 (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 08 de mayo de 2019, CUSA interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° 004-21056, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US\$ 3,058.56 (tres mil cincuenta y ocho con 56/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- Conforme al reporte elaborado por el surveyor¹ TRUSTCONTROL, se registraron cuatro (4) horas de paralizaciones por causas imputables a APM, las cuales deberían ser descontadas de las dieciséis (16) horas que APM pretende cobrarle indebidamente por el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.
 - ii.- Durante la primera jornada de trabajo APM solo ejecutó sus labores de descarga por el periodo de cuatro (4) horas y treinta (30) minutos, pese a que cada jornada de trabajo

¹ Inspector marítimo



comprende ocho (8) horas, es decir, la Entidad Prestadora habría incumplido lo establecido en el Plan de Trabajo.

iii.- Conforme al documento denominado "Precios de otros Servicios y Recargos en General V7.1", publicado en la página web de APM, se aprecia que el recargo por cuadrillas no utilizadas se cobra por hora o fracción. En ese sentido, al no haber trabajado APM tres (3) horas y treinta (30) minutos durante el desarrollo de la primera jornada, corresponde se efectúe un ajuste adicional por cuatro (4) horas.

iv.- Considerando las paralizaciones imputables a APM equivalente a cuatro (4) horas más las cuatro (4) horas por incumplimiento de labores durante la primera jornada de trabajo, solicitó que se anule la factura reclamada y se emita una nueva considerando sólo ocho (8) horas por recargo de compensación de cuadrillas no utilizadas.

2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 04 de junio de 2019, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado por los siguientes argumentos:

i.- De acuerdo a lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos vigente a la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar los siguientes tipos de recargo: a) generales; b) por los servicios prestados a la nave; y, c) por los servicios prestados a la carga.

ii.- El cobro por "Compensación de Cuadrilla No Utilizada" es un recargo y no una solicitud, aplicable cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.

iii.- Conforme al Plan de Trabajo de la nave ULTRA PASSION, se programó que las operaciones de descarga de la mercancía asignada exclusivamente a CUSA se realizarían utilizando dos (2) jornadas de trabajo con dos (2) cuadrillas. No obstante, en el Reporte Final de Operaciones se verificó que la descarga se ejecutó en cuatro (4) jornadas de trabajo con cuatro (4) cuadrillas, es decir, con dos (2) cuadrillas adicionales.

iv.- Del documento denominado "Notas de Tarja", se aprecia que durante las operaciones de descarga de la nave ULTRA PASSION se registraron un total de dieciocho (18) horas con cuarenta y ocho (48) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones externos; esto es, imputables a CUSA.

v.- Asimismo, a las demoras imputables a CUSA se descontaron las paralizaciones no operativas imputables a APM, dando como resultado final el cobro de dieciocho (18) horas con veintinueve (29) minutos, equivalente a diecinueve (19) horas, considerando que el cobro es por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM.



- vi.- Si APM hubiese cobrado por la sumatoria de las horas por falta de envío de camiones, previo descuento de las paralizaciones que le fueron imputables, la factura se habría emitido por un total de diecinueve (19) horas; sin embargo, APM optó por efectuar un cobro menor; esto es, solo por las dieciséis (16) horas correspondientes a las dos (2) cuadrillas adicionales a las inicialmente programadas, por lo que la factura reclamada se encuentra debidamente emitida.
- vii.- Si bien es cierto que se registraron demoras en el inicio de las operaciones, éstas se debieron al inicio del "Draft Survey"² de la mercancía, siendo esto responsabilidad de la nave y no de la Entidad Prestadora.
- viii.- Asimismo, en el documento denominado Estado de Hechos de la nave, también se consignó la falta de envío de unidades vehiculares para el recojo de la mercancía, con lo cual aún cuando se hubiese empezado a tiempo la primera jornada de trabajo, el desarrollo de las operaciones se hubiera visto afectado por la falta de envío de camiones.
- ix.- Finalmente, CUSA alegó que conforme al reporte emitido por surveyor TRUSTCONTROL, durante las operaciones de descarga se registraron cuatro (4) horas de paralizaciones imputables a APM; sin embargo, no adjuntó el referido informe a fin de acreditar la validez del documento y de su contenido.
- 3.- Con fecha 12 de junio de 2019, CUSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 reiterando lo señalado en su reclamo, agregando lo siguiente:
- i.- Conforme al Plan de Trabajo se estableció que la descarga de la mercancía se desarrollaría en dos (2) jornadas de trabajo; no obstante, la Entidad Prestadora precisó que conforme al Reporte Final de Operaciones, la descarga se ejecutó en cuatro (4) jornadas sin considerar que durante la primera jornada APM no trabajó tres (3) horas con doce (12) minutos, equivalente a cuatro (4) conforme su lista de precios que precisa que el cobro se realiza por hora o fracción.
- ii.- En ese sentido, el recargo por las dieciséis (16) horas por compensación de cuadrillas no utilizadas resulta indebido, toda vez que corresponde que la Entidad Prestadora efectúe un descuento total de ocho (8) horas correspondientes a la sumatoria de las cuatro (4) horas que APM no trabajó en la primera jornada y las cuatro (4) horas por las paralizaciones que le fueron imputables.
- 4.- El 04 de junio de 2019, 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 su Resolución N° 1.

² Conforme se describe en el enlace <http://www.hrodas.net/assets/draft-survey-como-herramienta-de-control-de-carga2.pdf>: "El draft survey es el procedimiento que se realiza para determinar la cantidad de carga embarcada o desembarcada en un buque, se efectúa una inspección inicial al arribo y una final al zarpe de la embarcación".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 104-2019-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

- 5.- El 9 de setiembre de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de ambas partes, quedando la causa al voto.
- 6.- Con fecha 12 de setiembre de 2019, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 7.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1.
 - ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la factura N° Foo4-21056, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 8.- En el presente caso, CUSA cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que durante el desarrollo de las operaciones de descarga de la nave ULTRA PASSION se registraron paralizaciones imputables a APM.
- 9.- Por su parte, APM alegó que dichas paralizaciones se debieron a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte.
- 10.- En atención a los argumentos expuestos por las partes a lo largo del presente procedimiento, los cuales se refieren a si existió o no alteración de la jornada de trabajo acordada por las partes en el respectivo Plan de Operaciones; corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio estándar efectivamente se prestó o no conforme a lo previsto en el señalado Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
- 11.- Al respecto, cabe precisar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 104-2019-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

- 12.- En ese sentido, el artículo 33³ 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.
- 13.- 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 APM⁴, así como el literal b) del artículo 2⁵ 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 Reglamento⁶, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

³ **Reglamento de Reclamos de 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. (...)

⁴ **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".

⁵ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

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

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

- a) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;
 - b) **Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN.**
 - c) Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;
 - d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.
- Asimismo regula el procedimiento de arbitraje, en los casos que corresponda.

⁶ **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".

- 14.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁷, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁸, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 15.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 materia de impugnación fue notificada a CUSA el 4 de junio de 2019.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CUSA interponga el recurso de apelación venció el 25 de junio de 2019.
 - iii.- CUSA presentó el recurso de apelación el 12 de junio de 2019, es decir, dentro del plazo legal.
- 16.- 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 General⁹ (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.
- 17.- 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"

- 18.- El Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante,

⁷ **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".

⁸ **Reglamento de Reclamos de 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".

⁹ **TUO de la LPAG**

"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".

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."

- 19.- 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).
- 20.- 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.
- 21.- 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]

22.- 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"¹⁰. 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.

¹⁰ <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicioso8072013.pdf>

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]

- 23.- 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 cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
- 24.- Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario sino que se genera por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
- 25.- 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]

- 26.- 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]

- 27.- Como se verifica del mencionado informe, las áreas técnicas del OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrillas no utilizadas" es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
- 28.- 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.
- 29.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"¹¹ que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, se establece entre los recargos aplicables a la nave el recargo por "Compensación de Cuadrillas No Utilizadas", por lo que dicha entidad prestadora se encuentra facultada a poder repetir este cobro, no sólo a la línea naviera, sino también al consignatario de la carga, siempre y cuando se haya comprobado que la aplicación de ese recargo fue responsabilidad de éste último.
- 30.- Atendiendo a lo expuesto en los párrafos precedentes, se verifica que APM se encuentra legitimada a cobrar a los usuarios de sus servicios recargos por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas según los montos establecidos en la Lista de Precios que publicita.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 31.- En virtud del Contrato de Concesión¹² 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)¹³. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

¹¹ PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGOS

Recargos a los Servicios prestado a la Nave

Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

(...)

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

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

(...)

¹² 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.

¹³ 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

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

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

(...)

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

[El subrayado es nuestro]

32.- 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]

33.- 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 resultado¹⁴.

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".

¹⁴ 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.

- 34.- 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.
- 35.- En ese sentido, el Contrato de Concesión le otorga a APM la facultad de regular sus actividades como administrador portuario, otorgándole la potestad de emitir sus propias políticas comerciales y operativas para la adecuada operación y funcionamiento del puerto. Así, el artículo 8.13¹⁵ del referido contrato concesión establece la potestad de la Sociedad Concesionaria de presentar, para la aprobación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), su Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito y otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN.
- 36.- De acuerdo al referido Reglamento de Operaciones de APM versión 6, aplicable al presente caso, la Entidad Prestadora es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones desarrolladas en el Terminal Portuario, como se aprecia a continuación:

"Artículo 7º.- Es responsabilidad de APMTC planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, así como identificar, ubicar y custodiar la carga al interior del Terminal Portuario, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión. Asimismo, es responsable de gestionar adecuada y oportunamente los recursos humanos espacios y equipamiento portuario, disponibles para las operaciones a realizar dentro del Terminal Portuario."

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

Sobre el cobro de la factura N° F004-21056

- 38.- En el presente caso, CUSA cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, manifestado que corresponde se efectuó un descuento equivalente a ocho (8) horas, en atención a los siguientes eventos:
- i.- Durante la primera jornada de trabajo que comprendió ocho (8) horas, APM solo ejecutó labores de descarga durante cuatro (4) horas, incumpliendo el Plan de Trabajo programado.

¹⁵ **Contrato de Concesión de APM**

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

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



- ii.- Las operaciones de descarga de la nave ULTRA PASSION, se vieron afectadas por cuatro (4) horas de paralizaciones imputables a APM, conforme al reporte emitido por el surveyor TRUSTCONTROL.
- 39.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas señaladas por CUSA, señalando que dichas paralizaciones se debieron a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte. Asimismo, precisó que si bien se registraron demoras en el inicio de las operaciones, éstas se debieron al inicio del "Draft Survey" de la mercancía, siendo esto responsabilidad de la nave y no de la Entidad Prestadora.
- 40.- Como se aprecia CUSA no ha negado la ocurrencia de las paralizaciones en las operaciones de descarga por la falta de envío de camiones, solicitando más bien que se realice un descuento total de ocho (8) horas; las cuales comprenden cuatro (4) horas en las que APM no habría ejecutado labores durante la primera jornada de trabajo; y, cuatro (4) horas de paralizaciones durante las operaciones de descarga de la nave ULTRA PASSION imputables a APM.
- 41.- 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 paraliquen 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.
- 42.- En ese orden de ideas, corresponde verificar si durante las operaciones de descarga de la nave ULTRA PASSION se registraron paralizaciones que afectaron el desarrollo del Plan de Operaciones programado; y, que en atención a ello se hubiera generado la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo para ejecutar el retiro de la carga asignada a CUSA.
- 43.- Ahora bien, en primer lugar cabe señalar que CUSA ha manifestado a lo largo del procedimiento que conforme al reporte elaborado por el surveyor TRANSCONTROL, las operaciones de descarga de la nave ULTRA PASSION se vieron afectadas por cuatro (4) horas de paralizaciones imputables a APM; sin embargo, el usuario no ha presentado ningún medio probatorio que acredite sus alegaciones determinando la responsabilidad de la Entidad Prestadora sobre las presuntas demoras.
- 44.- Por otro lado, CUSA también solicitó se realizara un descuento de cuatro (4) horas debido a que la Entidad Prestadora solo habría ejecutado sus labores de descarga en forma parcial durante la primera jornada programada.
- 45.- Al respecto, cabe indicar que obra en el expediente el documento denominado "Plan de Operaciones"¹⁶, del cual se advierte que la descarga planificada para la nave ULTRA PASSION

¹⁶ Folios 23 y 24

se realizaría en dos (2) jornadas de trabajo con dos (2) cuadrillas conforme se aprecia a continuación:

Plan de Operaciones nave ULTRA PASSION

Inicio de Operaciones de la Nave ULTRA PASSION	26/04/19 (07:30)
--	------------------

N° de Jornadas	Turnos - Jornada de Trabajo ¹⁷	Bodega N° 3	Cuadrillas
1	26/04 (07:00 - 15:00 horas)	X	1
2	26/04 (15:00 - 23:00 horas)	X	1
Cuadrillas Totales			2

- 46.- En efecto, APM programó el inicio de la secuencia de descarga de la nave ULTRA PASSION para el 26 de abril de 2019 a las 07:30 horas; no obstante, del Reporte Final de Operaciones¹⁸, se verifica que las operaciones de descarga finalmente se iniciaron el 26 de abril de 2019 a las 10:30 horas; esto es, tres (3) horas después de lo inicialmente programado, tal como se puede apreciar:

Reporte Final de Operaciones de la nave ULTRA PASSION

Inicio de Operaciones	26/04 (10:30)
Término de Descarga	27/04 (14:18)

N° de Jornadas	Jornada de Trabajo	B 3	Cuadrillas
1	26/04 (10:30 - 15:00)	X	1
2	26/04 (15:00 - 23:00)	X	1

- 47.- Al respecto, la Entidad Prestadora manifestó que efectivamente existieron demoras en el inicio de las operaciones, las cuales precisó fueron responsabilidad de la nave, alegando la existencia de retrasos en el inicio del "Draft Survey"; esto es, en la verificación de la mercancía al momento de efectuarse la descarga de la nave.
- 48.- Sobre el particular, cabe señalar que en el documento denominado "Estado de Hechos por Nave"¹⁹ se verificó que durante la primera jornada de trabajo desarrollada en el horario de 07:00 a 15:00 horas, en efecto se consignó la ocurrencia del "Draft Survey" que abarcó desde las 09:15 hasta las 10:00 horas, es decir, únicamente por el lapso de cuarenta y cinco (45) minutos, tal como se puede apreciar:

¹⁷ Conforme con lo establecido en el Reglamento de Operaciones de APM, las jornadas laborales comprenden los siguientes horarios: 07:00 horas, 15:00 horas y 23:00 horas)

¹⁸ Folio 22

¹⁹ Folio 25



APM TERMINALS			ESTADO DE HECHOS POR NAVE		N° 0013108		
NAVE	ULTRA PASSION		FECHA	26/04/2019		JORNADA	07/15
SUPERVISOR	OSCAR DIAZ LO						
OR	A	Evento	OCURRENCIAS				
07:00	07:10	007	STUDORES IN PICK				
07:00	07:04	013	SAFETY TALK WITH STUDORES				
09:20	09:22	014	STUDORES ON BOARD				
09:15	10:00	113	DRAFT SURVEY				

49.- Asimismo, en el "Estado de Hechos por Nave" también se observó que durante el desarrollo de la referida primera jornada existieron periodos de tiempo en los cuales APM no desarrolló ninguna actividad relacionada con las operaciones de descarga, tal como se aprecia en el siguiente detalle:

APM TERMINALS			ESTADO DE HECHOS POR NAVE		N° 0013108		
NAVE	ULTRA PASSION		FECHA	26/04/2019		JORNADA	07/15
SUPERVISOR	OSCAR DIAZ LO						
OR	A	Evento	OCURRENCIAS				
07:00	07:10	007	STUDORES IN PICK				
07:00	07:04	013	SAFETY TALK WITH STUDORES				
09:20	09:22	014	STUDORES ON BOARD				
09:15	10:00	113	DRAFT SURVEY				
10:05	10:10	105	OPEN HOLID # 3				
	15:00		SHIFT CHANGE				
			OPEN HOLID # 3				
			HOLID # 9				
			11:20 A 11:35				
			11:40 A 12:35				
			12:40 A 15:00				

No se registra actividad desde las 7:10 hasta las 9:15 horas.

No se registra actividad desde las 10:10 hasta las 11:20 horas.

50.- De lo señalado en el cuadro precedente, se aprecia que existieron ciento noventa y cinco (195) minutos; esto es, tres (3) horas y veinticinco (25) minutos de paralizaciones que afectaron el inicio de las operaciones de descarga de la nave ULTRA PASSION, respecto de las cuales APM no ha dejado constancia de que se hayan debido a la falta de envío de camiones por parte de CUSA; pues se constata que recién a partir de las 11:20 horas del 26 de abril de 2019 personal de APM consignó el registro del código 107 referido a la falta de camiones; por lo que al no haber deslindado su responsabilidad corresponde que la Entidad Prestadora asuma las demoras que afectaron el inicio de la primera jornada de trabajo.

- 51.- Por otro lado, obra en el expediente el documento denominado "Resumen de Reporte de Llenado",²⁰ donde se corrobora que personal de APM dejó constancia de quince (15) horas y veintiséis (26) minutos de paralizaciones ocurridas al desarrollarse las operaciones de descarga de la nave ULTRA PASSION, consignando que en este caso sí, se habrían producido por la falta de envío de camiones imputable a CUSA.
- 52.- En ese sentido, se verifica tanto la existencia de demoras imputables a APM que afectaron el inicio de las labores de descarga; como las paralizaciones atribuibles al usuario por falta de envío de camiones que incidieron en la ampliación de las jornadas de trabajo inicialmente previstas, correspondiendo que tanto las demoras imputables a APM como las imputables a CUSA sean liquidadas entre sí.
- 53.- Conforme a lo señalado precedentemente, a las paralizaciones imputables a CUSA por un total de quince (15) horas y veintiséis (26) minutos se le debe descontar el tiempo imputable a APM, es decir, los ciento noventa y cinco (195) minutos equivalente a tres (3) horas y quince (15) minutos; quedando un resultante de cobro de doce (12) horas y once (11) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones que corresponde sean cobradas al usuario.
- 54.- Consecuentemente, corresponde dejar sin efecto el cobro de dieciséis (16) horas por el recargo de compensación de cuadrillas incluido en la factura N° Foo4-21056, debiendo APM emitir una nueva factura por un total de doce (12) horas y once (11) minutos de paralizaciones.

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;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, EN PARTE, la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0188-2019, y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO, EN PARTE,** el reclamo presentado por CUSA S.A.C. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., debiendo la Entidad Prestadora anular la factura N° Foo4-21056 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, y emitir una nueva por el equivalente a doce (12) horas y once (11) minutos de paralizaciones.

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

²⁰ Folios 31, 32 y 33.

²¹ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa. Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 104-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa CUSA S.A.C.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**