



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° 105-2019-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 105-2019-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/0187-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 27 de setiembre de 2019

SUMILLA: *Corresponde revocar la resolución recurrida, en la medida que de no acreditarse que las paralizaciones en la descarga ocurrieron por causas imputables al usuario, no procede el cobro de dichas paralizaciones por el concepto de recargo de cuadrillas no utilizadas.*

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/0187-2019 (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° 004-21103, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US\$ 9,175.68 (nueve mil ciento setenta y cinco con 68/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- Conforme al reporte elaborado por el surveyor¹ TRUSTCONTROL, se registraron seis (6) horas de paralizaciones por causas imputables a APM, las cuales no han sido descontadas en la factura objeto de análisis.
 - ii.- APM estaría cobrando indebidamente seis (6) horas de trabajo adicional, pese a que en la última jornada la Entidad Prestadora solo ejecutó sus labores de descarga por el periodo de una (1) hora con cuarenta (40) minutos; esto es, una fracción de tiempo, por lo que correspondería se realice el ajuste por seis (6) horas, en la medida que el documento

¹ Inspector marítimo

denominado "Precios de otros Servicios y Recargos en General V7.1", publicado en la página web de APM, indica que el recargo por cuadrillas no utilizadas se cobra por hora o fracción.

- iii.- Considerando las paralizaciones imputables a APM equivalente a seis (6) horas más las seis (6) horas por incumplimiento de labores durante la última jornada de trabajo, solicitó que se anule la factura reclamada y se emita una nueva considerando sólo treinta y seis (36) horas por recargo de compensación de cuadrillas no utilizadas.
- 2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 30 de mayo 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.- La nave CYPRESS ARROW transportó carga granel, carga siderúrgica y bolsones; sin embargo, la bodega N° 3 comprendió carga granel asignada exclusivamente a CUSA. En el sentido, conforme al Plan de Trabajo se programó que las operaciones de descarga de la bodega N° 3 se realizarían utilizando seis (6) jornadas de trabajo con seis (6) cuadrillas.
- iv.- No obstante, en el Reporte Final de Operaciones se verificó que la descarga de la bodega N° 3 se ejecutó en doce (12) jornadas de trabajo con doce (12) cuadrillas, es decir, seis (6) cuadrillas adicionales.
- v.- Del documento denominado "Notas de Tarja", se aprecia que durante las operaciones de descarga de la bodega N° 3 se registraron un total de cincuenta y tres (53) horas con nueve (9) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones externos; esto es, imputables a CUSA.
- vi.- Asimismo, a las demoras imputables a CUSA se descontaron las paralizaciones no operativas imputables a APM, dando como resultado final un cobro de cincuenta y dos (52) horas con quince (15) minutos, equivalente a cincuenta y tres (53) horas, considerando que el cobro es por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM.
- vii.- Si APM hubiese cobrado el total de las horas de paralizaciones por falta de envío de camiones, la factura se habría emitido por un total de cincuenta y tres (53) horas; sin

embargo, APM optó por efectuar un cobro menor; esto es, solo por las cuarenta y ocho (48) horas correspondientes a las seis (6) cuadrillas adicionales a las inicialmente programadas, por lo que la factura reclamada se encuentra debidamente emitida.

viii.- Finalmente, señaló que CUSA estaría solicitando un descuento por seis (6) horas de paralizaciones imputables a APM conforme al reporte emitido por el surveyor TRUSTCONTROL; sin haber adjuntado el referido informe a fin de acreditar la validez del documento y su contenido.

- 3.- Con fecha 12 de junio de 2019, CUSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 manifestando que únicamente correspondería el cobro de treinta y ocho (38) horas de recargo por compensación de cuadrillas, en la medida que durante la descarga de su mercancía, ésta se vio afectada por cuatro (4) horas por paralizaciones imputables a APM y seis (6) horas que fueron erróneamente incluidas pese a que la Entidad Prestadora no ejecutó labores en la última jornada.
- 4.- El 28 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.
- 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° F004-21103, 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 correspondía se efectuara un descuento de diez (10) horas en la factura objeto de análisis, toda vez que durante las operaciones de descarga se registraron cuatro

(4) horas de paralizaciones imputables a APM; y, se habrían cobrado indebidamente seis (6) horas adicionales por la última jornada de trabajo la cual se ejecutó de manera parcial.

- 9.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas señaladas por CUSA, manifestando que conforme con el Plan de Trabajo se programó que las operaciones de descarga de la bodega N° 3, que contenía carga exclusiva de CUSA, se realizarían utilizando seis (6) jornadas de trabajo con seis (6) cuadrillas; no obstante, debido a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para efectuar la descarga de la bodega N° 3, la descarga se extendió en seis (6) jornadas adicionales, generando un cobro de cuarenta y ocho (48) horas de recargo por cuadrillas no utilizadas.
- 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.
- 12.- En ese sentido, el artículo 33² 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

² 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. (...)

OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM³, así como el literal b) del artículo 2⁴ 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 Reglamento⁵, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

- 14.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁶, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁷, 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 30 de mayo de 2019.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CUSA interponga el recurso de apelación venció el 20 de junio de 2019.

³ 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".

⁴ 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.

⁵ 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".

⁶ 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".

⁷ 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".

- 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 General⁸ (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, 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

⁸ 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".

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"⁹. 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.

⁹ <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicioso8072013.pdf>

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"¹⁰ 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 Concesión¹¹ 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)¹². Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

¹⁰ 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.

(...)

¹¹ 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.

¹² 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".

"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 resultado¹³.

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

¹³ 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.

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 8.13¹⁴ 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° Foo4-21103

- 38.- En el presente caso, CUSA cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas por cuarenta y ocho (48) horas de paralizaciones, alegando en el recurso de apelación que correspondía se efectuara un descuento de diez (10) horas en la factura objeto de análisis, toda vez que durante las operaciones de descarga se registraron cuatro (4) horas de paralizaciones imputables a APM; y, se habrían cobrado indebidamente seis (6) horas adicionales por la última jornada de trabajo la cual se ejecutó de manera parcial.

¹⁴ 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".

- 39.- En ese sentido, CUSA solicitó la anulación de la factura reclamada y se emita una nueva considerando únicamente el cobro de treinta y ocho (38) horas de paralizaciones debido a la falta de envío de camiones.
- 40.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas señaladas por CUSA, manifestando que conforme al Plan de Trabajo, se programó que las operaciones de descarga de la bodega N° 3 que contenía carga exclusiva de CUSA, se realizarían utilizando seis (6) jornadas de trabajo con seis (6) cuadrillas; no obstante, debido a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para efectuar la descarga de la bodega N° 3, la descarga se extendió en seis (6) jornadas adicionales, generando un cobro de cuarenta y ocho (48) horas de recargo por cuadrillas no utilizadas.
- 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 bodega N° 3 vinculada con la nave CYPRESS ARROW se registraron paralizaciones que afectaron el desarrollo del Plan de Operaciones programado; y, que en atención a ello se generó la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo para ejecutar el retiro de la carga asignada a CUSA.
- 43.- Al respecto, cabe precisar que obra en el expediente el documento denominado "Estados de Hechos"¹⁵, en el cual APM dejó constancia del registro de paralizaciones por falta de envíos de camiones que afectó la descarga de la mercadería asignada a la bodega N° 3; esto es, imputable a CUSA.
- 44.- No obstante, del "Plan de Trabajo - CYPRESS ARROW"¹⁶, que también obra en el expediente se aprecia que la citada bodega N° 3 se encontraba compartida con otros consignatarios; tales como SQM VITAS PERÚ S.A.C., EQUILIBRA PERÚ, INKA AGRISUR SA.A.C y CORPORACIÓN FORTUNA S.A.
- 45.- En ese sentido, correspondía a APM especificar y acreditar con la documentación correspondiente, las paralizaciones que exclusivamente resultaban atribuibles al propietario de la carga. Sin embargo, de la revisión de los documentos presentados por APM no es posible identificar ni acreditar que la descarga se extendió en seis (6) jornadas adicionales, equivalente

¹⁵ Folios 36 a 44

¹⁶ Folios 20 y 21

a un cobro de cuarenta y ocho (48) horas de recargo por cuadrillas no utilizadas, debido a paralizaciones imputables exclusivamente a CUSA.

- 46.- En efecto, en el presente caso, la carga de probar que todas las paralizaciones que afectaron las labores de descarga de la bodega N° 3 resultaban fehacientemente responsabilidad de CUSA recaía en la Entidad Prestadora; atendiendo a que era ésta quien se encontraba en mejor posición de demostrarlo al estar las operaciones bajo su control y manejo.
- 47.- Cabe recordar que el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada aplica cuando las paralizaciones ocurridas en las operaciones de descarga son responsabilidad del usuario del servicio portuario, lo que no ha quedado acreditado en el presente procedimiento administrativo de acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores.
- 48.- Debe tenerse en cuenta que CUSA expresamente ha reconocido treinta y ocho (38) de la cuarenta y ocho (48) horas de paralizaciones facturadas, por lo que teniendo en consideración que la Entidad Prestadora no ha acreditado que la totalidad de las paralizaciones por falta de envío de camiones que ocurrieron en la descarga de la bodega N° 3 resultando atribuibles a CUSA, corresponde descontar diez (10) horas de cobro.
- 49.- Consecuentemente, corresponde dejar sin efecto el cobro de cuarenta y ocho (48) horas de paralizaciones por el concepto de recargo de compensación de cuadrillas incluido en la factura N° Foo4-21103, debiendo emitir APM una nueva factura por un total de treinta y ocho (38) horas 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 OSITRAN¹⁷;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0187-2019, y, en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por CUSA S.A.C. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., debiendo la Entidad Prestadora anular la factura N° Foo4-21103 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, y emitir una nueva por el equivalente a treinta y ocho (38) horas de paralizaciones.

¹⁷ 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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

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

EXPEDIENTE N° 105-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

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

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**