

EXPEDIENTE : 120-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE : CALIZA CEMENTO INCA S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0127-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 29 de mayo de 2020

SUMILLA: *Atendiendo a que la Entidad Prestadora ha dispuesto un cobro menor de horas de paralización por recargo de "Cuadrillas no Utilizadas" de aquellas que correspondía facturarse luego de efectuada la liquidación entre las paralizaciones imputables a APM Terminals y las generadas por el usuario, corresponde confirmar la resolución que declaró infundado el recurso de reconsideración.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por CALIZA CEMENTO INCA S.A. (en adelante, CALIZA o el apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0127-2019 (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 19 de marzo de 2019, CALIZA interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de las Facturas detalladas en el cuadro siguiente:

N° DE FACTURA	CONCEPTO RECLAMADO	IMPORTE (incluido IGV ¹)
Foo4-15890 (107)	"Compensación de cuadrillas no utilizadas"	US\$ 15,866.28
Foo4-15891 (103)	"Compensación de cuadrillas no utilizadas"	US\$ 1,529.28
Foo4-15892 (109)	"Compensación de cuadrillas no utilizadas"	US\$ 6,117.12

A efectos de sustentar su reclamo argumentó lo siguiente:

- i.- De acuerdo a lo programado en una reunión preoperativa se acordó que la descarga de la nave FRIENDLY SEAS iniciaría el 24 de febrero de 2019 a las 07:00 horas; sin embargo, la nave no pudo iniciar operaciones de descarga en la fecha y hora acordadas por problemas con los equipos operativos desde el atraque, debido a la falta de capacidad de levante de la grúa de la nave y a que los referidos equipos no resultaban adecuados para la descarga de la mercancía; lo que ocasionó que se acumularan en el antepuerto setenta (70) unidades de transporte entre las 07:00 y las 23:00 horas del referido 24 de febrero.
- ii.- El 25 de febrero de 2019 a las 09:00 horas, recién se inició la descarga de la nave FRIENDLY SEAS utilizando equipos de la misma nave, sin embargo, debido a sus características la operación de descarga se tornó más lenta pues debió de haberse realizado con los equipos del operador portuario como en anteriores ocasiones.
- iii.- El 26 de febrero de 2019 se produjo un incidente y daño a una de las cucharas de la nave provocada por uno de los operarios de la grúa, lo que ocasionó la paralización de la descarga por parte de APM.
- iv.- Adicionalmente, existió congestión durante el ingreso de los camiones al terminal, así como una lenta operatividad de la balanza N° 2 de APM.
- v.- La cantidad de horas facturadas bajo el concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas no concuerda con los tiempos de descarga de la nave FRIENDLY SEAS.
- vi.- El Plan de Operaciones no fue modificado adecuándolo a las nuevas condiciones de trabajo en la medida que no se operó con equipos del terminal portuario.
- vii.- Finalmente, la factura materia de reclamo se encuentra mal emitida en la medida que el cargo por compensación corresponde a una indemnización y no a la venta de un bien o a la prestación de servicio por lo que no puede ser grabado con el Impuesto General a las Ventas (IGV).

¹ Impuesto General a las Ventas.

- 2.- Mediante Carta N° 0396-2019-APMTC/CL de fecha 09 de abril de 2019, APM comunicó a CALIZA que debido a la alta complejidad del reclamo se procedió a ampliar el plazo de respuesta hasta 30 días hábiles en amparo de lo establecido en el artículo 2.12 del Capítulo II del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM.
- 3.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 7 de mayo de 2019, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo fundado en parte 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.- En relación a la factura Foo4-15890, conforme al Plan de Trabajo de la nave FRIENDLY SEAS, se programó que las operaciones de descarga de la mercancía asignada exclusivamente a CALIZA se realizarían utilizando once (11) jornadas de trabajo con treinta y dos (32) cuadrillas. No obstante, en el Reporte Final de Operaciones se verificó que la descarga se ejecutó en veintiséis (26) jornadas de trabajo con cincuenta y nueve (59) cuadrillas, constatándose que luego de las jornadas de trabajo programadas se utilizaron finalmente veintisiete (27) cuadrillas adicionales a las previstas, lo que derivó en un cobro de doscientos dieciséis (216) horas por recargo de compensación de cuadrillas².
 - iv.- Por otro lado, respecto a las demoras imputables al usuario, el Plan de Trabajo muestra que la carga de CALIZA se encontraba en todas las bodegas de la nave, por lo que procedía calcular las demoras registradas en las bodegas 1, 2, 3, 4 y 5.
 - v.- En ese sentido, APMTC dejó constancia de las paralizaciones ocurridas durante la operación de descarga mediante las respectivas "Notas de tarja", en las cuales se registró una demora total de 103 horas y 25 minutos por falta de camiones externos para la descarga de la mercadería consignada a CALIZA.
 - vi.- Ahora bien, a las demoras imputables a CALIZA se descontaron las paralizaciones no operativas imputables a APM, dando como resultado final el cobro de setenta y cinco (75) horas con treinta y dos (32) minutos, equivalente a setenta y seis (76) horas de paralizaciones, considerando el cobro por hora o fracción previsto en el Reglamento de Tarifas de APM.

² En atención a que una (1) cuadrilla equivale a ocho (8) horas.

- vii.- Por tanto, habiendo facturado ochenta y tres (83) horas de paralizaciones corresponde anular la factura Foo4-15890 y emitir una nueva considerando las setenta y seis (76) horas de paralización señaladas.
- viii.- En lo que respecta a las facturas Foo4-15891 y Foo4-15892, se verificó que durante las operaciones de descarga de la nave FRIENDLY SEAS existieron demoras atribuibles al buque o línea naviera, habiendo sido registradas con los códigos 103 y 109, por lo que no correspondía dirigir su cobro al consignatario, sí no más bien al Agente Marítimo en calidad de representante del buque y la Línea Naviera, cabiendo anularlas. Agregó que dichas demoras ocurridas al inicio de operaciones fueron aceptadas de manera expresa por el Agente Marítimo (CANOPUS) en representación de la línea naviera conforme al correo electrónico de fecha 25 de febrero de 2019.
- ix.- Si bien existieron inconvenientes con las cucharas que asignaron para operar las grúas de la nave FRIENDLY SEAS, ello se debió estrictamente a razones imputables al Agente Marítimo que brindó información incorrecta sobre las grúas de la nave, lo que determinó que la maquinaria dispuesta por APM no fuera la adecuada, a efecto de lo cual adjuntan las comunicaciones con el Agente Marítimo mediante las cuales le advirtieron del error y le solicitan información correcta para disponer de cucharas apropiadas; así como el respectivo Protesto Informativo remitido a la APN.
- x.- El 24 de febrero de 2019 se verificó la existencia de averías en las cucharas ocasionándose que las grúas de la nave no pudieran levantarlas, lo que se debió a que la información remitida por el Agente Marítimo referidas a la densidad de las maquinas asignadas a APM no fueron correctamente informadas; a efecto de lo cual adjuntó correos electrónicos como medios probatorios.
- xi.- En tal sentido, si bien se registró una operación lenta de descarga el 25 de febrero de 2019, paralizaciones por problemas con las cucharas el 26 de febrero del mismo año; así como demoras por documentación, certificación e inspecciones de los equipos de la nave a utilizar; todo ello se debió a la información errónea brindada por el Agente Marítimo, lo que ha sido aceptado por éste como se desprende del correo electrónico adjunto.
- xii.- CALIZA no ha presentado medio probatorio alguno que demuestre la existencia de congestión en el terminal portuario atribuible a su personal o personal subcontratado por APM, ni que las alegadas demoras se hayan generado por hechos imputables a la Entidad Prestadora.

- xiii.- La descarga de la nave FRIENDLY SEAS se ejecutó utilizando dos (2) cuadrillas en lugar de las tres (3) cuadrillas programadas; variación generada como consecuencia de la información errónea brindada por el Agente Marítimo que acepto el error incurrido responsabilizándose de las demoras ocurridas.
 - xiv.- 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 corresponde sea gravado con IGV.
- 4.- El 27 de mayo de 2019, CALIZA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1 reiterando lo señalado en el reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- De acuerdo al cuadro de paralizaciones computables a APM emitido por el agente Marítimo (CANOPUS S.A.) que adjuntan como Anexo 2-B, se registraron cuarenta y un (41) horas y nueve (9) minutos de paralizaciones, las cuales deberán descontarse de las horas que pretende cobrarse por concepto de "recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas".
 - ii.- De acuerdo con el TUO de la ley del IGV, Decreto legislativo N° 775 y con el Decreto Legislativo 821, el IGV no se aplica a todo concepto que tenga carácter indemnizatorio, como es justamente el caso de la compensación por cuadrillas no utilizadas; a efecto de lo cual aportan como nuevo medio probatorio el Oficio N° 222-2015-SUNAT/600000 del 24 de Setiembre de 2015 que adjuntan como Anexo 2-A.
- 5.- Mediante Resolución N° 2 notificada a CALIZA el 15 de junio de 2019, APM resolvió el recurso de reconsideración declarándolo infundado, reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1 y añadiendo lo siguiente:
- i. A fin de acreditar que APM no ha descontado las demoras operativas a su representada, CALIZA adjuntó el Cuadro de Paralizaciones Computables al Terminal Portuario realizado por CANOPUS, el cual no contiene un sustento fehaciente de lo que señala.
 - ii. De la revisión de la carta adjunta por la Reclamante, se verifica que CALIZA viene considerando erróneamente, como demoras imputables a APM, demoras propias de la operación como son las denominadas como "reinicio de descarga" y "estibadores a bordo", las cuales son acciones necesarias para la continuación de las operaciones de descarga en el terminal portuario.
- 6.- El 3 de julio de 2019, CALIZA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 que declaró infundado el recurso de reconsideración manifestando lo siguiente:

- i.- La factura materia de reclamo se encuentra mal emitida en la medida que el cargo por compensación corresponde a una indemnización y no a la venta de un bien o a una prestación de servicio por lo que no puede ser grabado con el Impuesto General a las Ventas IGV, a efecto de lo cual han adjuntado como nueva prueba el Oficio N° 222-2015-SUNAT/600000 del 24 de Setiembre de 2015.
 - ii.- De acuerdo con el documento "Cuadro de Paralizaciones Computables a APM" emitido por el agente Marítimo (CANOPUS S.A.), se registraron cuarenta y un (41) horas y nueve (9) minutos de paralizaciones por lo que solicitó sean descontadas de las horas facturadas por concepto de "Compensación de Crudillas No Utilizadas".
 - iii.- El 24 de febrero de 2019 a las 09:00 horas la nave FRIENDLY SEAS atracó en el muelle 3B; sin embargo, no se pudo iniciar la descarga de la mercadería debido a la insuficiente capacidad de las grúas para el levante de las cucharas y la falta de equipos operativos de APM, lo que ocasionó que tuvieran más de 70 camiones parados entre el antepuerto y las afueras de APM desde las 07:00 horas hasta las 23:00 horas del 24 de febrero de 2019; lo que afectó toda su organización logística para la descarga de la nave.
 - iv.- Las mediciones de tiempo realizadas por APM mediante la aplicación de su semáforo, no reflejan el conjunto de todo lo realmente sucedido en una descarga, como ocurre con las prolongadas permanencias de los camiones en las puertas de ingreso al puerto.
- 7.- El 24 de julio 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 a lo largo del procedimiento.
 - 8.- El 16 de enero de 2020 se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de APM quedando la causa al voto.
 - 9.- Con fecha 20 de enero de 2020, CALIZA presentó su escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.
 - 10.- Con fecha 21 de enero de 2020, APM presentó su escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento y agregando lo siguiente:
 - i. El retraso de las operaciones de descarga de la mercancía se debió a la información errónea enviada por el Agente Marítimo referida a la densidad de las cucharas asignadas a APM, por lo que APM no es responsable de las paralizaciones generadas durante la descarga de la mercadería de CALIZA.

- ii. Cumplió con lo indicado en el Plan de Operaciones al haberse evidenciado que la extensión de las jornadas de trabajo en las operaciones se debió a la falta de envío de camiones para recoger la mercadería por parte del consignatario de la carga.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

11.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 2.
- ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de las facturas N° Foo4-1580, Foo4-15891 y Foo4-15892, emitidas 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

- 12.- En el presente caso, CALIZA cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que fue la Entidad Prestadora quien incumplió con el Plan de Operaciones acordado ocasionando paralizaciones durante las operaciones de descarga de la nave FRIENDLY SEAS. En los recursos de reconsideración y apelación interpuestos manifestó que en la medida que durante las operaciones de descarga de la nave se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de cuarenta y un (41) horas con nueve (9) minutos, debían descontarse de las horas facturadas por concepto de cuadrillas no utilizadas.
- 13.- Por su parte, APM señaló que cumplió con lo programado en el Plan de Operaciones y que las paralizaciones indicadas se debieron a que el consignatario de la carga no había enviado suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía. Agregó que cumplió con descontar las paralizaciones que le eran atribuibles en su condición de administrador portuario.
- 14.- En atención a los argumentos expuestos por las partes a lo largo del presente procedimiento, 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.
- 15.- Al respecto, cabe precisar que el artículo 2° 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.

- 16.- 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.
- 17.- El presente caso versa sobre cobro de recargo por cuadrillas no utilizadas, lo que involucra los supuestos de reclamo por facturación y cobro de los servicios, así como calidad en la prestación de servicios 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".

- 18.- 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 quince (15) días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 19.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a CALIZA el 15 de junio de 2019.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CALIZA interponga el recurso de apelación venció el 9 de julio de 2019.
 - iii.- CALIZA presentó el recurso de apelación el 3 de julio de 2019, es decir, dentro del plazo legal.
- 20.- 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.
- 21.- 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 LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 22.- En la Resolución N° 1 expedida el 9 de abril de 2019, APM señaló que luego de haber verificado que durante las operaciones de descarga de la nave FRIENDLY SEAS existieron demoras

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**, aprobada mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 25 de enero de 2019.

"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".

atribuibles a la línea naviera, declaró fundado el reclamo en el extremo referido al cobro de las facturas N° Foo4-15891 y 15892 anulándolas y dirigiéndolas al Agente Marítimo en calidad de representante de la naviera; por lo que únicamente corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento de fondo sobre la factura N° Foo4-15890.

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

- 23.- 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.”

- 24.- 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).
- 25.- 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.

26.- 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]

- 27.- 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.

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]

- 28.- 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.
- 29.- 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.

¹⁰ <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>

- 30.- 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 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]

- 31.- 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.
- 32.- 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.
- 33.- 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.

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.
(...)

- 34.- Atendiendo a lo expuesto, se verifica que de acuerdo a lo establecido en la Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos", APM se encuentra facultada a cobrar a los usuarios de sus servicios, recargos por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas según los montos establecidos en la referida Lista de Precios que publicita.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 35.- 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:

"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]

- 36.- 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".

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

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".

- 37.- 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.
- 38.- 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.
- 39.- 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.
- 40.- 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 APMTTC 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."

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.

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".

- 41.- 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° Foo4-15890 por falta de envió de camiones (107)

- 42.- En el presente caso, CALIZA cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que fue la Entidad Prestadora quien incumplió con el Plan de Operaciones acordado ocasionando paralizaciones durante las operaciones de descarga de la nave FRIENDLY SEAS. En los recursos de reconsideración y apelación interpuestos, manifestó que en la medida que durante las operaciones de descarga de la nave se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de cuarenta y un (41) horas con nueve (9) minutos, debían descontarse de las horas facturadas por concepto de cuadrillas no utilizadas.
- 43.- Por su parte, APM señaló que cumplió con lo programado en el Plan de Operaciones y que las paralizaciones indicadas se debieron a que el consignatario de la carga no había enviado suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía. Agregó que cumplió con descontar las paralizaciones que le eran atribuibles en su condición de administrador portuario.
- 44.- 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 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.
- 45.- En ese orden de ideas, corresponde verificar si durante las operaciones de descarga de la nave FRIENDLY SEAS 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 de CALIZA.
- 46.- Al respecto, cabe recordar que CALIZA ha señalado que de acuerdo a una reunión preoperativa, esto es, antes de que la nave FRIENDLY SEAS atracara en el puerto, se acordó que la descarga de la mercadería iniciaría el 24 de febrero de 2019 a las 07:00 horas; cuestión que no ha sido desvirtuada por la Entidad Prestadora.
- 47.- De la revisión del expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones"¹⁶, en el cual se acordó que la descarga de la mercadería del usuario se realizaría utilizando once (11) jornadas de trabajo con treinta y dos (32) cuadrillas, conforme se aprecia a continuación:

¹⁶ Ver folios 23 y 24 del expediente administrativo.

Plan de Operaciones nave FRIENDLY SEAS

Nº de Jornadas	Bodega Nº 1	Bodega Nº 2	Bodega Nº 3	Bodega Nº 4	Bodega Nº 5	Cuadrillas
1	X		X		X	3
2	X		X		X	3
3		X		X	X	3
4		X		X	X	3
5	X		X		X	3
6	X		X		X	3
7	X	X		X		3
8	X	X		X		3
9		X	X	X		3
10		X	X	X		3
11		X	X	X		2
Total de cuadrillas						32

48.- No obstante, del Reporte Final de Operaciones¹⁷ se aprecia que la descarga de la nave FRIENDLY SEAS se efectuó finalmente utilizando veintiséis (26) jornadas de trabajo con cincuenta y nueve (59) cuadrillas; esto es, quince (15) jornadas de trabajo y veintisiete (27) cuadrillas adicionales a lo inicialmente programado, tal como se puede verificar a continuación:

Reporte Final de Operaciones de la nave FRIENDLY SEAS

Inicio de Operación	25/02 (09:36)
Término de Descarga	04/03 (17:15)

Nº	Inicio de Jornada	B 1	B2	B3	B4	B5
1	24/02 (11:30 - 15:00)					
2	24/02 (15:00 - 23:00)					
3	24/02 (23:00 - 07:00)					
4	25/02 (09:36 - 15:00)	X				X
5	25/02 (15:00 - 23:00)	X		X		
6	25/02 (23:00 - 07:00)	X		X		
7	26/02 (07:00 - 15:00)	X		X		X
8	26/02 (15:00 - 23:00)		X		X	
9	26/02 (23:00 - 07:00)		X		X	
10	27/02 (07:00 - 15:00)		X			X
11	27/02 (15:00 - 23:00)		X		X	X
12	27/02 (23:00 - 07:00)	X			X	
13	28/02 (07:00 - 15:00)	X			X	
14	28/02 (15:00 - 23:00)	X		X		X
15	28/02 (23:00 - 07:00)	X		X		X
16	01/03 (07:00 - 15:00)		X	X	X	

¹⁷ Ver folio 25 del expediente administrativo.

17	01/03 (15:00 - 23:00)	X	X			X
18	01/03 (23:00 - 07:00)	X	X			X
19	02/03 (07:00 - 15:00)	X	X	X	X	X
20	02/03 (15:00 - 23:00)	X	X	X	X	
21	02/03 (23:00 - 07:00)		X	X	X	
22	03/03 (07:00 - 15:00)		X	X	X	
23	03/03 (15:00 - 23:00)		X	X	X	
24	03/03 (23:00 - 07:00)		X		X	
25	04/03 (07:00 - 15:00)				X	
26	04/03 (15:00 - 17:15)				X	
Total de cuadrillas						59

- 49.- Ahora bien, en el documento denominado "Resumen/Nota de Tarja" obrante en el expediente¹⁸, 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 por un total de seis mil setenta y tres (6073) minutos, consignando que estas se habrían debido a la ausencia de camiones atribuibles al usuario (Código 107).
- 50.- No obstante, en el documento "Resumen/Nota de Tarja" vinculado a la nave FRIENDLY SEAS, se observa el registro de paralizaciones imputables a APM, las cuales se desprenden también que incidieron en los tiempos programados de descarga, conforme se detalla a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA		CONCEPTO	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	26/02 (07:00 - 15:00)	Bodega 3: Otras demoras	10:05-13:20	195
2	26/02 (23:00 - 07:00)	Bodega 2: Maniobra de tripulación en bodega	06:00-06:20	20
3	28/02 (07:00 - 15:00)	Bodega 4: Cambio de manguera de la Hidrolina	11:25-12:10	45
4	28/02 (23:00 - 07:00)	Bodega 3: Limpieza de cubierta	02:55-03:05	10
5	01/03 (23:00 - 07:00)	Bodega 5: Ingreso de maquina a bodega	02:40-03:22	42
6	01/03 (23:00 - 07:00)	Bodega 1: Ingreso de maquina a bodega	23:30-00:37	67
7	02/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 2: Movilización de Payloader	19:40-20:20	40
8	02/03 (23:00 - 07:00)	Bodega 4: Ingreso de maquinaria	00:39-01:30	51
9	02/03 (23:00 - 07:00)	Bodega 3: Ingreso de maquina a bodega	00:25-00:40	75
10	03/03 (07:00 - 15:00)	Bodega 4: Espera de acceso a balanza 106	07:15-10:15	180
11	03/03 (07:00 - 15:00)	Bodega 3: Espera de acceso a balanza 106	07:15-09:45	150
12	03/03 (07:00 - 15:00)	Bodega 2: Espera de acceso a balanza 106	07:15-09:50	155
13	03/03 (07:00 - 15:00)	Bodega 2: Ingreso de maquinaria	08:10-08:20	10
14	03/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 3: Movilización de Eco hopper	18:00-18:30	30
15	03/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 3: Desconexión de Clamshell	18:30-18:45	15
16	03/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 3: Salida de Payloader	18:45-19:10	25

¹⁸ Ver folios 26 a 76 del expediente administrativo.

17	03/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 2: Salida de Payloader	16:55-17:11	16
18	03/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 2: Ingreso de Payloader	19:30-19:55	25
19	03/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 2: Salida de Payloader	16:55-17:11	16
20	03/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 4: Salida de máquina de bodega	18:00-18:47	47
21	03/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 4: Movilización de bodega	18:47-19:05	18
22	03/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 4: Limpieza de Espigón	20:46-21:01	15
23	03/03 (23:00 - 07:00)	Bodega 4: Salida y entrada de máquina	04:30-05:10	40
TOTAL DE PARALIZACIONES				1287

- 51.- En efecto, de la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron mil doscientos ochenta y siete (1287) minutos; esto es, veintiún (21) horas con veintisiete (27) minutos de paralizaciones debido a ingreso y salida de payloader, limpieza de espigón y cubierta, movilización de máquinas, espera de acceso a balanza (106), cambio de manguera de hidrolina, maniobra de tripulación a bodega y otras demoras las cuales resultan imputables a APM y afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave FRIENDLY SEAS.
- 52.- Cabe mencionar que si bien CALIZA ha manifestado que setenta (70) de sus unidades de transporte se encontraban a la espera entre el antepuerto y las afueras de APM desde las 07:00 hasta las 23:00 horas del 24 de febrero de 2019 debido a la existencia de congestión al interior de Terminal Portuario, de la revisión del expediente se aprecia que no ha cumplido con remitir medio probatorio alguno que respalde tal afirmación.
- 53.- Debe recordarse que conforme lo dispone el numeral 173.2 del artículo 173 del TUO de la LPAG¹⁹, corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones, lo que no ha ocurrido en el presente caso por lo que se desestiman las alegaciones del usuario en este extremo.
- 54.- Conforme a lo señalado precedentemente, a las paralizaciones imputables a CALIZA por seis mil setenta y tres (6073) minutos debido a la falta de envío de unidades de transporte, se le deben descontar las paralizaciones imputables a APM, es decir, mil doscientos ochenta y siete (1287) minutos; quedando un resultante de cobro de cuatro mil setecientos ochenta y seis (4786) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones que corresponde sean cobradas a la apelante.
- 55.- De acuerdo con ello, se concluye que las paralizaciones por falta de envío de camiones computables para el cobro por recargo de cuadrillas no utilizadas ascienden a setenta y nueve (79) horas con cuarenta y seis (46) minutos.

¹⁹ 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".

- 56.- Debe tenerse en cuenta que, en la Resolución N° 1 de fecha 03 de mayo de 2019, la Entidad Prestadora declaró fundado en parte el reclamo interpuesto por CALIZA, manifestando que en beneficio del usuario correspondía se efectuara el cobro de una cantidad menor de horas a la resultante entre las cuadrillas adicionales utilizadas en la descarga de la nave y las paralizaciones por falta de envío de camiones; por lo que dispuso la anulación de la factura N° F003-15890 por ochenta y tres (83) horas de recargo con la finalidad de emitir una nueva considerando únicamente el cobro por las paralizaciones correspondientes a la falta de envío de camiones; esto es, por setenta y seis (76) horas de cobro de recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.
- 57.- En ese sentido, en la medida que se verifica que APM dispuso a favor del usuario una factura por el cobro de una cantidad menor a las setenta y nueve (79) horas con cuarenta y seis (46) minutos de paralizaciones; esto es, el cobro por concepto de recargo de cuadrillas no utilizadas por setenta y seis (76) horas de paralizaciones, corresponde desestimar el recurso de apelación presentado por el usuario.

Cuestiones Finales

- 58.- En atención al Oficio N° 222-2015-SUNAT/600000 del 24 de setiembre de 2015, presentado por el apelante como nueva prueba, en el cual la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria emitió pronunciamiento señalando que no se encuentra gravado con el IGV todo recargo o penalidad que un proveedor de servicios cobra a su cliente en caso de incumplimiento contractual, CALIZA ha manifestado que APM no puede incluir el cobro del IGV al momento de facturar el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas debido a que dicho recargo no tiene una naturaleza contraprestativa sino indemnizatoria.
- 59.- 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 municipales²⁰.
- 60.- 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:

²⁰ **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. (...)"

"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]

61.- 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.

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.- CONFIRMAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0127-2019 que declaró **INFUNDADO** el recurso de reconsideración interpuesto por CALIZA CEMENTO INCA S.A. contra la Resolución N° 1 que dispuso la anulación de la factura N° Foo4-15890; correspondiendo que APM TERMINALS CALLAO S.A. emita una nueva factura por concepto de recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas por setenta y seis (76) horas de paralizaciones.

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

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".

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa CALIZA CEMENTO INCA 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

NT2020036627