

EXPEDIENTE : 130-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE : CONTILATIN DEL PERÚ S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0198-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 14 de febrero de 2020

SUMILLA: *Habiéndose advertido que el resultado de la liquidación de las paralizaciones imputables tanto a APM como al usuario coincide con el cálculo realizado por la Entidad Prestadora, el cobro por el concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" fue justificado.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por CONTILATIN DEL PERÚ S.A. (en adelante, CONTILATIN o el apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0198-2019 (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 15 de mayo de 2019, CONTILATIN interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° Foo4-16347, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US\$ 5,342.48 (cinco mil trescientos cuarenta y dos con 48/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- De acuerdo con el Plan de Trabajo elaborado por APM, la descarga de la nave GENAVA se llevaría a cabo en ocho (8) jornadas de trabajo con dieciséis (16) cuadrillas; no obstante, debido a una mala coordinación entre el supervisor de muelle y el coordinador de balanza, las labores de descarga se vieron afectadas por paralizaciones por falta de envío de camiones.
 - ii.- APM debe garantizar al usuario que la prestación del servicio se ejecute de manera eficiente y acorde con lo ofrecido, lo que no ha venido ocurriendo, en la medida que durante las operaciones de descarga se registraron paralizaciones debido a la congestión en el ingreso

- al Terminal Portuario, no debiendo verse perjudicado el usuario asumiendo el cobro de un recargo que se origina por fallas en el diseño y administración de las operaciones de APM.
- iii.- La factura cuestionada ha sido emitida incluyendo el cobro del IGV, cuando el "Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada" no debe estar gravado con el referido impuesto, en la medida que APM estaría pretendiendo cobrar una penalidad. En ese sentido, la autoridad competente para dilucidar cualquier controversia derivada de la imposición de penalidades sería el Poder Judicial.
 - iv.- Finalmente, alegó que en el presente caso resultaría aplicable el principio de verdad material, el cual se encuentra previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del título preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), por lo que la autoridad administrativa no puede desestimar un reclamo en caso el administrado no cumpla con presentar medios probatorios suficientes para acreditar sus afirmaciones.
- 2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 26 de junio de 2019; APM resolvió el reclamo presentado declarándolo fundado en parte por los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo con lo dispuesto en la notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos vigente al momento de la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar por los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el "Recargo por Compensación por Cuadrilla No Utilizada"; el cual se aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.
 - ii.- El cobro de compensación por cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud que se aplica al usuario cuando se comprueba que el desarrollo de las operaciones de la nave se perjudica por razones ajenas a la responsabilidad de APM.
 - iii.- En el presente caso, acorde con el Plan de Trabajo de la nave GENEVA (Mfto. N°2019-00472), se planificó desarrollar la descarga de la citada nave en ocho (8) jornadas con dieciséis (16) cuadrillas; sin embargo, debido a la falta de camiones que debió enviar CONTILATIN, la descarga se prolongó hasta once (11) jornadas con veintidós (22) cuadrillas, constatándose que luego de las jornadas de trabajo programadas se utilizaron finalmente cinco (5) cuadrillas adicionales, correspondiendo un cobro de cuarenta (40) horas por recargo de compensación de cuadrillas¹.
 - iv.- Ahora bien, del documento denominado "Notas de Tarja", se aprecia que durante las operaciones de descarga de la nave GENEVA se registraron un total de veinticinco (25) horas con veintiséis (26) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones; esto es, imputables a CONTILATIN.

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

- v.- No obstante, correspondía que a las demoras imputables a CONTILATIN se le realizara el descuento de las paralizaciones no operativas imputables a APM, dando como resultado final el cobro de dieciocho (18) horas con once (11) minutos, equivalente a diecinueve (19) horas de paralizaciones, considerando que el cobro se realiza por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM; por lo que se procederá a anular la factura materia de reclamo y emitir una nueva considerando las diecinueve (19) horas por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas.
 - vi.- CONTILATIN alegó que durante las operaciones de descarga habría existido una mala coordinación entre el supervisor de muelle y el coordinador de balanza, generando demoras en el despacho de su mercancía. Sin embargo, no ha elevado medio probatorio alguno que acredite la alegada deficiente coordinación, ni ha explicado en qué habría consistido la misma, ni como habría generado ésta demoras en el ingreso de sus unidades vehiculares al Terminal Portuario.
 - vii.- CONTILATIN señaló que durante las operaciones de descarga de la nave GENEVA existió congestión en los ingresos y salidas de sus unidades vehiculares del Terminal Portuario; lo que no ha quedado demostrado, en la medida que el usuario no ha elevado medio probatorio alguno que acredite la supuesta congestión por actos del personal propio o subcontratado de APM ni que las presuntas demoras se hayan generado por hechos imputables a la Entidad Prestadora.
 - viii.- Finalmente, el recargo por compensación por cuadrillas no utilizadas está vinculado a la compensación por asignación de personal, lo que se relaciona directamente con la contraprestación de una operación, correspondiendo que sea gravado con el IGV.
- 3.- Con fecha 16 de julio de 2019, CONTILATIN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos expuestos en su reclamo, señalando además lo siguiente:
- i.- APM se limita a indicar que el recargo objeto de análisis se generó por la falta de envío de camiones por parte de usuario; sin embargo, la deficiente organización en el acceso y tránsito de las unidades externas que ingresan al Terminal Portuario, imputable a APM, genera que el usuario no pueda ingresar al puerto y recoger su carga conforme a lo establecido en el Plan de Trabajo.
 - ii.- Si bien APM tiene la facultad de modificar el Plan de Operaciones, dicha variación debe ser comunicada a los usuarios. En ese sentido, si las paralizaciones por falta de envío de unidades ocasionan una extensión en las jornadas de trabajo programadas inicialmente, ello debió ser comunicado al usuario conforme se ejecutó la descarga a efectos de conocer las nuevas condiciones en las que se desarrollarían las operaciones de descarga, lo que no ha sucedido en el presente caso.

- 4.- El 08 de agosto 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 lo señalado en la Resolución N° 1.
- 5.- El 28 de octubre 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 31 de octubre 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° 004-3212, 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, CONTILATIN cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que la demora en el envío de camiones se habría debido a problemas en el acceso al Terminal Portuario cuya responsabilidad correspondía fuera asumida por APM.
- 9.- En atención al argumento expuesto por el reclamante, 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.
- 10.- Cabe recordar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 11.- En ese sentido, el artículo 33² del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

² *Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN*
"Artículo 33.-"

- 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.
- 12.- El presente caso versa sobre cobro de recargo por cuadrillas no utilizadas, lo que involucra supuestos de reclamo por facturación, cobro de servicios y calidad en la prestación de servicios previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de 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.
- 13.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁶, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁷, el plazo que tiene el usuario para la

(...) 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. (...)

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 **Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN**

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.

- 14.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 fue notificada a CONTILATIN el 26 de junio de 2019.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CONTILATIN interponga el recurso de apelación venció el 17 de julio de 2019.
 - iii.- CONTILATIN presentó el recurso de apelación el 16 de julio de 2019, es decir, dentro del plazo legal.
- 15.- 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, 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.
- 16.- 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"

- 17.- 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.

⁸ **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".

⁸ **TUO de la Ley N° 27444**

Artículo 220.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".

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."

- 18.- 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).
- 19.- 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.
- 20.- 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]

- 21.- 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.

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".

⁹ <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>

[El subrayado es nuestro]

- 22.- En tal sentido, el “recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada”, cuyo cobro es materia de cuestionamiento por el apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM para la prestación del servicio estándar, cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
- 23.- 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.
- 24.- 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]

- 25.- 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]

- 26.- 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.
- 27.- 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.

- 28.- 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.
- 29.- 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

- 30.- 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:

"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.*
(...)

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 en caso 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".*

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]

31.- 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]

32.- 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.

33.- 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.

34.- 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

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.

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".

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.

- 35.- De acuerdo a ello, en el Reglamento de Operaciones de APM, versión 6, vigente al momento de ocurrido los hechos, 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 13º.- La Gerencia del Área de Operaciones de APM TERMINALS es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones que se desarrollan en el Terminal Portuario, verificando el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento."

[El subrayado y resaltado es nuestro]

- 36.- 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° Foo4-16347

- 37.- En el presente caso, CONTILATIN cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que la demora en el envío de camiones se habría debido a problemas en el acceso al Terminal Portuario cuya responsabilidad correspondía fuera asumida por APM.
- 38.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se produjeron debido a las causas señaladas por CONTILATIN, alegando que dichas paralizaciones se habrían debido más bien a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para el recojo de su mercancía.
- 39.- APM agregó que durante las operaciones de descarga de la nave GENEVA se registraron paralizaciones imputables tanto a CONTILATIN como a APM, por lo que al efectuarse la liquidación entre sí correspondía el cobro de diecinueve (19) horas por recargo de cuadrillas no utilizadas, indicando que procedería a anular la factura N° Foo4-16347 a efectos de emitir una nueva por diecinueve (19) horas de recargo.
- 40.- 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.

- 41.- En ese orden de ideas, corresponde verificar si durante las operaciones de descarga de la nave GENEVA se registraron paralizaciones que afectaron el desarrollo del Plan de Operaciones programado; y, que en atención de ello se habría generado la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo para ejecutar el retiro de la carga asignada a CONTILATIN.
- 42.- De la revisión del expediente administrativo se aprecia que APM ha adjuntado los documentos denominados "Estado de Hechos por Nave" y "Resumen / Nota de Tarja"¹⁵ en los cuales se corrobora que personal de APM dejó constancia de veintidós (22) horas con veintidós (22) minutos de paralizaciones ocurridas al desarrollarse las operaciones de descarga de la nave GENEVA, consignando que estas se habrían producido por la falta de envío de camiones, hecho imputable a CONTILATIN.
- 43.- Asimismo, en los citados documentos también se observa el registro de las paralizaciones que resultan imputables a APM, las cuales habrían incidido en los tiempos programados de descarga detallados a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA		CONCEPTO	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	06/03 (23:00 - 07:00)	Bodega 4: Fallas en equipo Hooper	04:59-05:19	20
2	07/03 (07:00 - 15:00)	Bodega 4: Mantenimiento de grúa	07:00-07:40	40
3	07/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 2: Hooper malogrado	18:11-18:20	9
4	07/03 (23:00 - 07:00)	Bodega 2: Falla de la grúa	06:00-06:25	25
5	08/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 3: Cambio de maniobras	15:15-16:00	45
6	09/03 (07:00 - 15:00)	Bodega 5: Maniobra Hooper	08:20-08:45	25
7	09/03 (15:00 - 23:00)	Bodega 3: Movilización de equipos	20:00-20:35	35
8	09/03 (23:00 - 07:00)	Bodega 3: Movilización de equipos	03:15-03:30	15
TOTAL DE PARALIZACIONES				214

- 44.- De la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron doscientos catorce (214) minutos de paralizaciones; esto es, tres (3) horas con treinta y cuatro (34) minutos de paralizaciones imputables a APM que afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave GENEVA.
- 45.- En cuanto a la congestión en el ingreso al Terminal Portuario, cabe precisar que CONTILATIN no ha presentado medio probatorio alguno que permita acreditar la existencia de demoras en la recepción y atención de sus camiones como consecuencia de la alegada congestión.
- 46.- Cabe indicar que si bien el usuario adjuntó imágenes GPS a fin de demostrar que sus camiones no habrían podido ingresar al Terminal Portuario como consecuencia de la congestión señalada, las citadas imágenes no evidencian que los vehículos registrados en ellas correspondan a

¹⁵ Folios 40 a 56.

- operaciones vinculadas con las operaciones de descarga de la nave GENEVA, ni fundamentalmente, que el ingreso tardío de sus vehículos al Terminal Portuario se haya debido a causas atribuibles a APM, por lo que corresponde desestimar este argumento.
- 47.- Conforme a lo señalado precedentemente, a las paralizaciones imputables a CONTILATIN por un total de veintidós (22) horas y veintidós (22) minutos se le debe descontar el tiempo imputable a APM, es decir, tres (3) horas con treinta y cuatro (34) minutos; quedando un resultante de cobro de dieciocho (18) horas con cuarenta y ocho (48) minutos de prolongaciones; esto es, equivalente a diecinueve (19) horas de paralizaciones considerando que el cobro se realiza por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM.
- 48.- Cabe mencionar que en la Resolución N° 1 la Entidad Prestadora manifestó que procedería a anular la factura materia de reclamo y emitir una nueva por el cobro de diecinueve (19) horas de recargo por "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas"; esto es, por el mismo número de horas de paralizaciones por falta de envío de camiones que corresponde sean cobradas a la apelante.
- 49.- Finalmente, cabe agregar que CONTILATIN alegó que en atención al Principio de Verdad Material contemplado en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG¹⁶, la autoridad administrativa no puede desestimar un reclamo así el administrado no cumpla con presentar medios probatorios suficientes para acreditar sus afirmaciones.
- 50.- Al respecto, debe precisarse que el citado principio dispone que la autoridad administrativa competente tiene el deber de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, encontrándose por ello facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes.
- 51.- Es en esa línea que este Colegiado procedió a revisar los documentos denominados "Estado de Hechos por Nave" y "Resumen / Nota de Tarja" presentados por APM con la finalidad de verificar la existencia de las paralizaciones que afectaron las operaciones de descarga, la responsabilidad sobre dichas paralizaciones, así como si fue justificado el cobro del recargo de cuadrillas no utilizadas por parte de la Entidad Prestadora.
- 52.- Luego de ello se verificó que efectivamente existieron prolongaciones que incidieron en la ampliación de las jornadas de trabajo inicialmente previstas para la nave GENEVA, correspondiendo que tanto las paralizaciones imputables al usuario como a la Entidad Prestadora fueran liquidadas entre sí, conforme se ha detallado precedentemente.

¹⁶ TUO de la LPAG

"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público."

- 53.- En ese sentido, corresponde confirmar la Resolución N° 1, debiendo APM emitir una nueva factura por el cobro objeto de análisis en los términos ofrecidos en la citada Resolución.

Cuestiones Finales

- 54.- En cuanto al cuestionamiento de CONTILATIN respecto de la inclusión del IGV en la emisión de la factura por concepto de recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada; cabe señalar que de acuerdo a la Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria –SUNAT, Ley N° 29816, corresponde a esta Entidad, entre otras funciones, la administración, aplicación, fiscalización y recaudación de los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales¹⁷.
- 55.- En esa línea, el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Resolución de Superintendencia N° 122-2014/SUNAT y sus modificatorias, establece en el literal v) del artículo 4° que una de las funciones de esta Entidad es:

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

Son funciones y atribuciones de la SUNAT:

(...)

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

[El subrayado es nuestro]

- 56.- 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 OSITRAN¹⁸;

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

"Artículo 5. Funciones de la SUNAT

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

¹⁸ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0198-2019 que declaró **FUNDADO EN PARTE** el reclamo presentado por CONTILATIN DEL PERÚ S.A., consecuencia de lo cual APM TERMINALS CALLAO S.A. deberá a anular la factura N° Foo4-16347; y, emitir una nueva por un total de diecinueve (19) horas de cobro por recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa CONTILATIN DEL PERÚ 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

NT 2020015440

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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