

EXPEDIENTE : 132-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE : ANITA FOOD S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0189-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 30 de marzo de 2020

SUMILLA: *En la medida que la Entidad Prestadora no cumplió con lo acordado en el Plan de Operaciones inicialmente programado ni acreditó haber comunicado al usuario la variación de dicho Plan corresponde dejar sin efecto el cobro por el recargo de cuadrillas no utilizadas materia de reclamo.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ANITA FOOD S.A. (en adelante, ANITA FOOD o el apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0189-2019 (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 8 de mayo de 2019, ANITA FOOD interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° Foo4-21055, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US\$ 1,911.60 (mil novecientos once con 60/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- La factura se encuentra incorrectamente emitida toda vez que el concepto cobrado es el de una compensación, esto es, una indemnización, no encontrándose referida a la venta de un bien o a la prestación de un servicio, por lo que no debería encontrarse gravada con el IGV.

- ii.- La factura materia de cobro hace referencia a diez (10) horas de paralizaciones de cuadrillas, infiriéndose que se deberían a la falta de camiones y sin explicarse en qué momento se generaron éstas. Conforme a la información brindada por el supervisor de muelle la descarga de la nave solo se prolongó en dos (2) jornadas de trabajo adicionales.
 - iii.- No pueden aceptarse liquidaciones de tiempo por hechos imputables a APM, como es la congestión al ingreso y salida del terminal así como al interior del recinto portuario, pues impiden el óptimo rendimiento de las unidades de transporte retrasando la circulación y flujo de los mismos.
 - iv.- A través del agente marítimo (CANOPUS), el 04 de mayo de 2019 comunicó a APM la existencia de once (11) horas con dieciocho (18) minutos de paralizaciones atribuibles a la Entidad Prestadora, motivo por el cual solicitó compensaran con las diez (10) horas de recargo por cuadrillas no utilizadas que pretendía cobrarles. Adjuntó correos electrónicos a fin de acreditar su alegación.
 - v.- El Contrato de Concesión de APM dispone que el tiempo de retiro de mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos contado desde el momento en el que ingresa el vehículo de transporte hasta su retiro de las instalaciones portuarias, lo que en el presente caso no ha sido cumplido, correspondiendo que APM remita la documentación pertinente (tickets de ingreso y salida) que acredite que el promedio de permanencia de los camiones se encuentra dentro de los límites exigidos por el Contrato de Concesión.
 - vi.- Finalmente, señaló que APM no comunicó la variación del Plan de Operaciones en el cual estableció para efectos de las operaciones de descarga de la nave GREBE BULKER la utilización de dos (2) Megahopper para la descarga a silos, y una (1) Arlona para la descarga directa a camiones adjuntando como medio de prueba un correo electrónico remitido por el agente marítimo (CANOPUS) el 23 de abril de 2019.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 31 de mayo de 2019, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado 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 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 por compensación de cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud, aplicable cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
- iii.- Conforme al Plan de Trabajo de la nave GREBE BULKER, se programó que las operaciones de descarga de la mercancía asignada exclusivamente a ANITA FOOD se realizarían utilizando cuatro (4) jornadas de trabajo con nueve (9) cuadrillas. No obstante, en el Reporte Final de Operaciones se verificó que la descarga se ejecutó en cinco (5) jornadas de trabajo con trece (13) cuadrillas, constatándose que luego de las jornadas de trabajo programadas se utilizaron finalmente dos (2) cuadrillas adicionales, lo que resultó en un cobro de dieciséis (16) horas por recargo de compensación de cuadrillas¹.
- iv.- No obstante, del documento denominado "Notas de Tarja", se aprecia que durante las operaciones de descarga de la nave GREBE BULKER se registraron un total de doce (12) horas con dieciocho (18) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones externos; esto es, imputables a ANITA FOOD.
- v.- Asimismo, a las demoras imputables a ANITA FOOD se descontaron las paralizaciones no operativas imputables a APM, dando como resultado final el cobro de diez (10) horas con treinta y uno (31) minutos, equivalente a once (11) horas de paralizaciones, considerando que el cobro es por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM.
- vi.- 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 sea gravado con IGV.
- vii.- ANITA FOOD señaló que durante las operaciones de descarga de la nave GREBE BULKER existió congestión en el ingreso, al interior y a la salida de sus unidades vehiculares del Terminal Portuario; sin embargo, no ha presentado medio probatorio alguno que demuestre 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.- El usuario señaló que APM no comunicó la variación del Plan de Operaciones inicial, sin embargo, el 24 de abril de 2019 a las 03:11 horas se remitió mediante correo electrónico al consignatario de la carga el Plan de Operaciones actualizado en el cual se estableció que en la primera jornada de trabajo que desarrollaría desde el 24 de abril de 2019 a las 07:00 horas hasta la 15:00 horas, descargándose la mercancía de dos (2) bodegas directo a silo y ninguna a camión.

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

- ix.- Finalmente, en cuanto a los niveles de servicio y productividad, el Anexo 3 del Contrato de Concesión establece que el retiro de la mercadería no deberá ser mayor a treinta (30) minutos, tiempo a computarse desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro del Terminal Portuario. A fin de que se verifique el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligada a presentar mensual y trimestralmente los niveles de servicio y productividad que viene alcanzando; niveles que se miden en función a todas las operaciones realizadas por las naves que hayan arribado en el mes y no únicamente de un solo consignatario, como ocurrió en el presente caso.
- 3.- El 13 de junio de 2019, ANITA FOOD interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, reiterando lo señalado en el reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- Solicitó la aplicación del silencio administrativo positivo señalando que APM debió de notificar la resolución que resolvió su reclamo o solicitar la ampliación del plazo hasta el 29 de mayo de 2019; sin embargo, no lo hizo sino hasta el 31 de mayo de 2019; esto es, de manera extemporánea.
 - ii.- En el documento emitido por los agentes marítimos (CANOPUS) se acredita que la descarga de la nave GREBE BULKER se vio afectada por las paralizaciones imputables a APM; generándose un retraso de once (11) horas con dieciocho (18) minutos, por lo que solicitó una compensación de dichas horas con las diez (10) horas facturadas bajo el concepto "Recargo por Compensación por Cuadrilla No Utilizada".
- 4.- Mediante Resolución N° 2 notificada a ANITA FOOD el 12 de julio de 2019, APM resolvió el recurso de reconsideración declarándolo infundado, reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1 y añadiendo lo siguiente:
- i.- No procede la solicitud de Silencio Administrativo Positivo debido a que la Resolución N° 1 emitida por APM fue notificada utilizando dos (2) de los cinco (5) días hábiles que establece la normativa vigente; esto es, dentro del plazo.
 - ii.- En relación a las supuestas demoras registradas en el "cuadro de paralizaciones" por el agente marítimo (CANOPUS), precisó que el citado cuadro de paralizaciones no es un medio probatorio que deba considerarse, pues no contiene un sustento fehaciente de lo alegado.
 - iii.- Finalmente, en el documento emitido por el agente marítimo se estaría incluyendo demoras propias de la operación, es decir, actividades necesarias para poder realizar la prestación del servicio, tales como "reinicio de descarga, estibadores a bordo, etc.", por lo que no corresponde se efectúe una liquidación de dichas demoras con las paralizaciones por falta de envío de camiones.

- 5.- Con fecha 24 de julio de 2019, ANITA FOOD interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 que declaró infundado el recurso de reconsideración manifestando lo siguiente:
- i.- Conforme a los artículos 188.1 y 188.2 de la LPAG, resulta aplicable el silencio administrativo positivo en tanto APM no emitió el pronunciamiento correspondiente dentro de los plazos establecidos. En efecto, el reclamo fue presentado el 08 de mayo de 2019, por lo que el plazo máximo que tenía APM para notificar la resolución que resuelve el reclamo venció el 29 de mayo de 2019; sin embargo, esta fue notificada el 31 de mayo de 2019, es decir de forma extemporánea.
 - ii.- Conforme al nivel de servicio y productividad del contrato de concesión que APM tiene firmado con el Estado Peruano, el tiempo para el retiro de la mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos, el cual se computa desde el ingreso de cada unidad de transporte al terminal hasta su retiro, el cual no se viene cumpliendo.
 - iii.- Del documento elaborado por CANOPUS S.A. se verifica que en la descarga de la nave existieron paralizaciones imputables a APM por un total de once (11) horas con dieciocho (18) minutos, motivo por el cual correspondería una compensación con las horas que APM pretende cobrar.
- 6.- El 13 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 los argumentos esgrimidos en sus Resoluciones N° 1 y 2.
- 7.- El 27 de diciembre de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de APM, quedando la causa al voto.
- 8.- Con fecha 02 de enero de 2020, ANITA FOOD presentó su escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.
- 9.- Con fecha 02 de enero de 2020, APM presentó su escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento y agregando que comunicó a ANITA FOOD el Plan de Operaciones actualizado en el que estableció que en la primera jornada de trabajo la descarga se realizaría únicamente a silo y ninguna directa a camión.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 10.- 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 la factura N° Foo4-21055, 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

- 11.- En el presente caso, ANITA FOOD cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que la Entidad Prestadora resulta responsable de las paralizaciones por demora en el envío de camiones debido a la existencia de problemas en el acceso al Terminal Portuario, no habiéndose comunicado el Plan de Operaciones actualizado.
- 12.- Agregó que durante las operaciones de descarga de la nave GREBE BULKER se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de once (11) horas con dieciocho (18) minutos de paralizaciones, solicitando que en todo caso se realizara una compensación con las diez (10) horas que APM pretende cobrar por el concepto de cuadrillas no utilizadas.
- 13.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se debieran a las causas manifestadas por ANITA FOOD, señalando que habiéndose comunicado el Plan de Operaciones actualizado las referidas paralizaciones obedecieron a que ANITA FOOD no envió suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía.
- 14.- En atención a los argumentos expuestos por las partes a lo largo del presente procedimiento, los cuales se refieren a si existió o no variación en el respectivo Plan de Operaciones; corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio estándar efectivamente se prestó o no conforme a lo previsto en el señalado Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
- 15.- Al respecto, cabe precisar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 16.- En ese sentido, el artículo 33² del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

² Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

- a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora (...)
- c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora. (...)

- 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 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.
- 18.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁶, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁷, el plazo que tiene el usuario para la

³ **Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM.** Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

"1.5.3 Materia de Reclamos

(...)

1.5.3.1 La facturación y el cobro de los servicios que ofrece APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA, En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a APM TERMINALS CALLAO S.A.

1.5.3.2 La calidad y oportuna prestación de los servicios que brinda APM TERMINALS CALLAO S.A., derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA".

⁴ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

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

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

a) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;

b) **Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN.**

c) Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;

d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.

Asimismo regula el procedimiento de arbitraje, en los casos que corresponda.

⁵ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁶ **Reglamento Reclamos de APM**

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁷ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

El plazo para la interposición del recurso es de quince (15) días contados a partir de la notificación del acto recurrido o de aplicado el silencio administrativo".

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.

- 19.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
 - i.- La Resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a ANITA FOOD el 12 de julio de 2019.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que ANITA FOOD interponga el recurso de apelación venció el 5 de agosto de 2019.
 - iii.- ANITA FOOD presentó el recurso de apelación el 24 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 General⁸ (en adelante, TUO de la LPAG), al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.
- 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

Sobre la aplicación del silencio administrativo positivo a favor del usuario

- 22.- Con relación a la aplicación del Silencio Administrativo Positivo (en adelante, SAP), los numerales 199.1 y 199.2 del artículo 199 del TUO de la LPAG⁹, disponen que los procedimientos

⁸ TUO de la LPAG

"Artículo 220.- Recurso de apelación

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

⁹ TUO de la LPAG

"Artículo 199.- Efectos del silencio administrativo

199.1. Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24 de la presente Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo. La declaración jurada a la que se refiere el artículo 36 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad.

199.2. El silencio positivo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento, sin perjuicio de la potestad de nulidad de oficio prevista en el artículo 211 de la presente Ley

(...)"

- administrativos sujetos al SAP quedarán automáticamente aprobados si transcurrido el plazo establecido, la entidad no hubiere notificado su respectivo pronunciamiento.
- 23.- Sobre el particular, Morón Urbina señala que el SAP *"produce la incompetencia del órgano-hasta ese momento a cargo de la instrucción del caso - por razón del tiempo para poder decidir sobre el asunto. De este modo, vencido el término final para resolver el expediente, queda sin competencia para dictar una resolución extemporánea"*¹⁰.
- 24.- Asimismo, el artículo 7 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹¹, dispone que en los procedimientos de reclamo, las Entidades Prestadoras como APM tienen el carácter de *"Entidad de la Administración Pública"*, conforme al numeral 8 del artículo I del TUO de la LPAG¹², siéndoles exigibles las disposiciones de dicho reglamento y, en lo no previsto, las de la referida ley.
- 25.- Siendo así, dentro del procedimiento administrativo las entidades de la Administración Pública, tales como APM, se encuentran sujetas a la obligación de emitir sus actos administrativos con sujeción a las normas que las regulan. Es decir, la legalidad de un acto administrativo se debe verificar en función a la norma legal que le sirve de sustento¹³, en este caso, los Reglamentos de Reclamos de APM y OSITRAN, así como también las previstas en el TUO de la LPAG.
- 26.- Ahora bien, de conformidad con el artículo 2.12 del Reglamento de Reclamos de APM¹⁴ y el artículo 41 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁵, el plazo para resolver los reclamos

¹⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Ed. 2011 pp.540.

¹¹ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 7.-A los efectos de este reglamento, las entidades prestadoras tienen carácter de "entidad de la administración pública" conforme al artículo I numeral 8 del Título Preliminar de la LPAG. En tal sentido les son aplicables las disposiciones de este reglamento y en lo no previsto, las de la LPAG".

¹² **TUO de la LPAG**

"Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley. La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública.

(...)

8.-Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada.

¹³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Ed. 2011 pp.61.

¹⁴ **Reglamento Reclamos de APM**

"2.12 Plazo Máximo para Resolver

APM TERMINALS CALLAO S.A. resolverá en el momento aquellos reclamos que sean factibles de ser solucionados conforme a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el TRIBUNAL.

En los de más casos los reclamos deberán ser resueltos en un plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la fecha de presentación de los mismos. No obstante, dicho plazo podrá extenderse hasta treinta (30) días, mediante decisión motivada en aquellos reclamos que sean considerados particularmente complejos."

¹⁵ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN.**

"Artículo 41.- Plazo máximo para la expedición de la Resolución

La Entidad Prestadora resolverá en el momento aquellos reclamos que sean factibles de ser solucionados inmediatamente, conforme a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal de Solución de Controversias. En los demás casos, los reclamos deberán ser resueltos en un plazo máximo de quince (15) días. No obstante, dicho plazo podrá extenderse hasta treinta (30) días, mediante decisión motivada en aquellos reclamos que sean considerados particularmente complejos."

- presentados por los usuarios es de 15 días contados a partir del día siguiente de la fecha de su presentación, pudiendo extenderse hasta 30 días mediante decisión motivada, en aquellos casos considerados particularmente complejos.
- 27.- En línea con lo expuesto en los párrafos precedentes, tanto el Reglamento de Reclamos de APM, como el Reglamento de Reclamos de OSITRAN, señalan que si la Entidad Prestadora omitiera pronunciarse en el plazo establecido, se aplicará el SAP, y en consecuencia, se entenderá que el reclamo ha sido resuelto favorablemente a favor del usuario¹⁶.
- 28.- Asimismo, cabe precisar que el artículo 24.1 del TUO de la LPAG¹⁷, señala que toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del quinto día hábil a partir de toda expedición del acto que se notifique.
- 29.- En el presente caso, se ha verificado que ANITA FOOD presentó su reclamo el 08 de mayo de 2019. En ese sentido, APM tenía 15 días, esto es, hasta el 29 de mayo de 2019, para emitir su resolución o ampliar el plazo para resolver, y hasta el 05 de junio de 2019, para notificar la resolución, cualquiera fuere su decisión.
- 30.- De la revisión del expediente se aprecia que la Resolución N° 1 que resolvió el reclamo interpuesto fue expedida el 29 de mayo de 2019, siendo notificada el 31 de mayo de 2019; esto es, dentro de los plazos legales correspondientes.
- 31.- En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, no corresponde aplicar el SAP solicitado por ANITA FOOD.

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

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

¹⁶ **Reglamento Reclamos de APM**

**" 2.12 Plazo Máximo para Resolver
(..)**

En caso APM TERMINALS CALLAO S.A. omitiera pronunciarse en el plazo establecido en párrafo precedente, se aplicará el silencio administrativo positivo, y en consecuencia se entenderá que el reclamo ha sido resuelto favorablemente para el USUARIO."

Reglamento de Reclamos de OSITRAN.

**"Artículo 41.- Plazo máximo para la expedición de la Resolución
(...)**

Transcurrido el plazo resolutorio sin que la Entidad Prestadora hubiera emitido su pronunciamiento se aplicará silencio administrativo positivo, pudiendo el usuario solicitar la ejecución ante las instancias correspondientes".

¹⁷ **TUO de LPAG**

Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:

24.1.1 El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación.

(...)

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."

- 33.- 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).
- 34.- 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.
- 35.- 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]

36.- 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”¹⁸. 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.

¹⁸ <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>

Asimismo, se aplicará el recargo cuando la operación es concluida antes del horario programado en el Plan de Operaciones, como consecuencia del recorte del volumen de la carga embarcada/descargada o en el caso que la línea naviera o consignatario solicite ser atendido al arribo de la nave al terminal, y esto ocurra después de la hora de inicio de cada jornada de trabajo.

Este cargo se aplica también en el caso que la nave o el consignatario soliciten el término de operaciones antes del término de la jornada.

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

El importe del recargo será asumido por la línea naviera o el consignatario de ser el caso, siendo el importe de US\$ 350 (Trescientos Cincuenta con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cuadrilla/hora o fracción de hora”.

[El subrayado es nuestro]

- 37.- 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.
- 38.- 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.
- 39.- 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]

- 40.- 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]

- 41.- 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.
- 42.- 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.
- 43.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"¹⁹ 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.
- 44.- 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

- 45.- En virtud del Contrato de Concesión²⁰ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)²¹. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente.

¹⁹ 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.

(...)

²⁰ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao entre APM y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.

²¹ **Contrato de Concesión**

“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]

46.- 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]

47.- 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 resultado²².

“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”.

²² 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.

- 48.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente.

Sobre el deber de información de APM

- 49.- El Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público²³, con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar la información, establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

“Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de las ITUP.

... la relación de las Entidades Prestadoras con los Usuarios de los servicios que se brinden como consecuencia de la explotación de las ITUP está regida por los siguientes principios:

a) Transparencia.- *El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios portuarios, aeroportuarios, viales, ferroviarios y del Sistema de Transporte Masivo de Lima y Callao...”.*

Artículo 7.- De los Derechos de los Usuarios.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) A la información

Los Usuarios deben recibir información, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras brindan, a fin de poder utilizarlos integralmente...”.

- 50.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, señala en su artículo 7 que “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”.*

- 51.- En los artículos 60 y 62 del mencionado Reglamento de Operaciones de APM se establece:

“Artículo 60.- APMTTC coordinará con los Usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas autorizadas por APMTTC que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise dichas labores

²³ Aprobado a través de la Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN.

y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones, cuando atendiendo a la operación su participación sea necesaria”.

Artículo 62.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos de APMTC para las operaciones que sean solicitadas por los Usuarios.

Contempla las siguientes acciones de cargo de APMTC:

- a.- Planear coordinar con los usuarios las disposiciones para el desarrollo de las operaciones por nave.*
- b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.*
- c.- Planear la asignación de amarraderos.*
- d.- Planear la cantidad de equipos, cuadrillas de estibadores y determinar el número de jornadas a emplear para cada Nave en base a la información que el usuario debe remitir de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento. La cantidad de jornadas que tomará la operación puede variar de acuerdo a las condiciones de estiba y de la Carga que se adviertan durante las operaciones, así como de las condiciones de la nave y de las grúas de la misma.*
- e.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento.*
- f.- Programar la recepción y el despacho de la carga”.*

- 52.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.
- 53.- Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora.
- 54.- El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.

55.- En este orden de ideas, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.

Sobre el cobro de la factura N° F004-21055

56.- ANITA FOOD cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que resulta responsable de las paralizaciones por demora en el envío de camiones debido a la existencia de problemas relacionados a la congestión vehicular en el acceso al Terminal Portuario, no habiéndose comunicado el Plan de Operaciones actualizado.

57.- Agregó que durante las operaciones de descarga de la nave GREBE BULKER se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de once (11) horas con dieciocho (18) minutos, solicitando que en todo caso se realizara una compensación con las diez (10) horas que APM pretende cobrar por el concepto de cuadrillas no utilizadas.

58.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas manifestadas por ANITA FOOD, señalando que mediante correo electrónico de fecha 24 de abril de 2019 comunicó al consignatario de la carga el Plan de Operaciones actualizado por lo que las referidas paralizaciones obedecieron debido a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía.

59.- Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, uno de los supuestos generadores del recargo por cuadrillas no utilizadas es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se suspendan o paralicen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.

60.- En esa línea, el Reglamento de Operaciones de APM, versión 6, ha definido el Plan de Operaciones como el: "*Documento mediante el cual se detallan las actividades específicas que se han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una Nave, en base a la información provista por el Agente Marítimo y a lo coordinado en la Junta Pre Operativa.*"

61.- En ese entendido, el Plan de Operaciones es el documento elaborado por la Entidad Prestadora en el cual se detallan de forma específica, todas las actividades de una operación de carga o descarga, convirtiéndose en el documento que determina la actuación, tanto de la Entidad Prestadora como del usuario, durante la ejecución del servicio portuario.

- 62.- Cabe resaltar que el artículo 9° del Reglamento de Operaciones de APM²⁴ ha establecido que el Concesionario tiene la responsabilidad de ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones conforme ha sido elaborado antes del inicio de las operaciones de descarga.
- 63.- De acuerdo a lo indicado precedentemente, cabe recordar que ante la existencia de pormenores en las operaciones portuarias bajo la potestad de gestión de APM, esta debe determinar la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna a fin de que este último en virtud del derecho de información que ostenta tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.
- 64.- De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones"²⁵, conforme se aprecia a continuación:

Plan de Operaciones nave GREBE BULKER (PO)

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	24/04/2019	15:00 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	25/04/2019	07:00 horas
Muelle (descarga)	11 A	

N° Jornada	Fecha y Horario de las Jornadas de Trabajo	Bodega N° 1	Bodega N° 3	Bodega N° 5	Cuadrillas directa a camión
1	24/04 (07:00-15:00 horas)	x (descarga a silo)		x (descarga a silo)	0
2	24/04 (15:00-23:00 horas)	x (descarga directa a camión)	x (descarga a silo)	x (descarga directa a camión)	2
3	24/04 (23:00-07:00 horas)	x (descarga directa a camión)	x (descarga a silo)	x (descarga directa a camión)	2
4	25/04 (07:00-15:00 horas)		x (descarga a silo)		0
Total de cuadrillas directa a camión					4

²⁴ Reglamento de Operaciones de APM,

"Artículo 9.- APMTC será responsable por ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones final conforme a lo establecido en los procedimientos de APMTC."

²⁵ Folios 27 a 29

- 65.- Como puede verificarse, de acuerdo con el Plan de Operaciones elaborado por APM, el proceso de descarga de la nave GREBE BULKER se realizaría en el muelle 11 A programándose un total de dos (2) jornadas de trabajo con cuatro (4) cuadrillas, estableciendo como fecha de inicio de operaciones de descarga directo a camión el 24 de abril de 2019 a las 15:00 horas.
- 66.- No obstante, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"²⁶ emitido y presentado por APM que también obra en el expediente, se aprecia que las operaciones de descarga vinculado con la nave GREBE BULKER se desarrollaron conforme al siguiente detalle:

Reporte Final de Operaciones (RFO)

Inicio de Operaciones de la nave GREBE BULKER en el muelle 11 A	24/04 (07:55)
Término de Operaciones de la nave GREBE BULKER en el muelle 11 A	25/04 (20:50)

N° Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo en el muelle 11 A ²⁷	Bodega N° 1	Bodega N° 3	Bodega N° 5	Cuadrillas directa a camión
1	24/04 (07:55 - 15:00)		x (descarga a silo)	x (descarga a silo)	0
2	24/04 (15:00 - 23:00)	x (descarga a silo)	x (descarga a silo)	x (descarga a silo) x (descarga directa a camión)	1
3	24/04 (23:00 - 07:00)		x (descarga a silo)	x (descarga directa a camión)	2
4	25/04 (07:00 - 15:00)	x (descarga directa a camión)	x (descarga directa a camión)	x (descarga a silo) x (descarga directa a camión)	3
5	25/04 (15:00 - 20:50)	x (descarga directa a camión)		x (descarga a silo) x (descarga directa a camión)	2
Total de cuadrillas utilizadas					8

²⁶ Folio 30.

²⁷ Conforme con lo establecido en el Reglamento de Operaciones de APM, las jornadas laborales comprenden los siguientes horarios: 07:00 horas, 15:00 horas y 23:00 horas)

- 67.- Del análisis en conjunto del Plan de Operaciones y del Reporte Final de Operaciones se desprende lo siguiente:
- i.- Según el Plan de Operaciones el inicio de descarga directo a camión de la Bodega 1 de la nave GREBE BULKER estuvo programado para el 24 de abril de 2019 a las 15:00 horas; sin embargo, la descarga de la referida Bodega recién se inició el 24 de abril de 2019 a las 23:00 horas; esto es, ocho (8) horas después de lo programado.
 - ii.- Conforme a lo acordado en el Plan de Operaciones, la descarga directa a camión de la nave GREBE BULKER se realizaría en las bodegas 1 y 5, utilizando dos (2) jornadas con cuatro (4) cuadrillas; no obstante, del Reporte Final de Operaciones se aprecia que las operaciones de descarga directa a camión se ejecutaron en las bodegas 1, 3 y 5 utilizando cuatro (4) jornadas con ocho (8) cuadrillas, es decir la descarga se realizó adicionalmente en la bodega 3 y utilizándose dos (2) jornadas con cuatro (4) cuadrillas adicionales a las programadas.
 - iii.- De acuerdo al Reporte Final de Operaciones, la descarga directa a camión de la nave GREBE BULKER finalizó el 25 de abril de 2019 a las 20:50 horas en lugar del 25 de abril de 2019 a las 07:00 horas, es decir, trece (13) horas con cincuenta (50) minutos después de lo programado inicialmente.
- 68.- Consecuentemente, se verifican variaciones en las actividades programadas inicialmente en el Plan de Operaciones, lo que afectó la secuencia de descarga de la nave GREBE BULKER generando la necesidad de disponer jornadas y cuadrillas adicionales para ejecutar el retiro de la carga de ANITA FOOD conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro comparativo de las operaciones de descarga directo a camión de la nave GREBE BULKER

Nave GREBE BULKER		Plan de Operaciones inicialmente programado			Plan de Operaciones finalmente ejecutado		
Inicio de operaciones de la bodega 1 de la nave en el muelle 11 A		24/04 15:00 horas			24/04 23:00 horas		
Jornadas de descarga directo a camión de la nave	Fecha y hora	B1	B3	B5	B1	B3	B5
	1	24/04 (07:00 - 15:00)					
	2	24/04 (15:00 - 23:00)	X		X		X
	3	24/04 (23:00 - 07:00)	X		X	X	X
	4	25/04 (07:00 - 15:00)				X	X
5	25/04 (15:00 - 20:50)				X		X
Fin de operaciones de la nave en el muelle 11 A		25/04 07:00 horas			25/04 20:50 horas		

- 69.- Asimismo, en los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" de la nave GREBE BULKAR²⁸, se observa el registro de paralizaciones que resultan imputables a APM, las cuales se desprende incidieron en los tiempos programados de descarga, conforme se detalla a continuación:

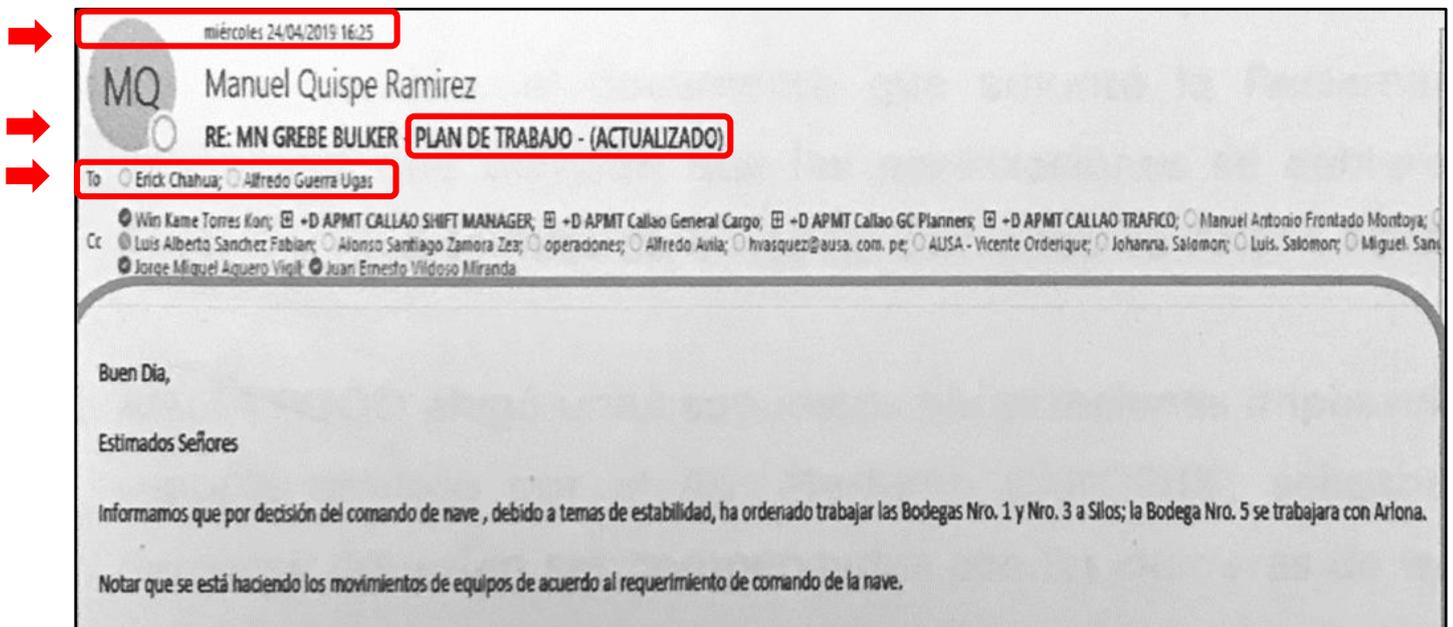
Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA		CONCEPTO	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	24/04 (07:00 - 15:00)	Bodega 3: Avería de Hopper's	07:40-08:45	65
2	24/04 (07:00 - 15:00)	Bodega 2: Avería de Hopper's	09:30-09:50	20
3	24/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 1: Cambio de secuencia de plan	15:00-17:15	135
4	24/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 3: Cambio de secuencia de plan	16:10-17:35	85
5	24/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 5: Cambio de secuencia de plan	16:10-17:50	80
6	25/04 (07:00 - 15:00)	Bodega 3: Movilización de equipos	10:15-11:00	45
7	25/04 (07:00 - 15:00)	Bodega 5: Movilización de equipos	08:30-10:10	100
8	25/04 (07:00 - 15:00)	Bodega 3: Ingreso de máquina a bodega	11:00-11:15	15
9	25/04 (07:00 - 15:00)	Bodega 3: Salida de máquina de bodega	14:30-14:45	15
10	25/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 1: Colocación del cargador a la b	15:20-15:40	20
11	25/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 5: Movilización de equipos	16:00-18:55	175
12	25/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 5: Colocación del cargador a la b	18:55-17:05	10
13	25/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 1: Sacar el cargador de bodega	20:30-21:05	45
14	25/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 5: Sacar el cargador de bodega	22:20-22:30	10
TOTAL DE PARALIZACIONES				829

- 70.- Así pues, de la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron ochocientos veintinueve (829) minutos; esto es, trece (13) horas con ocho (8) minutos de paralizaciones imputables a APM que afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave GREBE BULKAR.
- 71.- Como se observa, los hechos señalados evidencian el incumplimiento del Plan de Operaciones, en la medida que: i) no se inició la descarga de la bodega 1 en el día y hora programada; ii) se utilizó un mayor número de jornadas para culminar la descarga; y, iii) se generaron paralizaciones imputables a APM que afectaron el desarrollo de las operaciones de descarga de la nave GREBE BULKAR.
- 72.- Al respecto, cabe recordar que la Entidad Prestadora es responsable de ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones teniendo la potestad de modificarlo de acuerdo a las circunstancias que presente cada operación. No obstante, en virtud al derecho a la información que le asiste, el usuario tiene derecho a ser informado oportunamente por el Concesionario sobre la forma en que llevará a cabo la operación portuaria y también sobre cualquier circunstancia que altere el servicio prestado.

²⁸ Folios 16 a 27

- 73.- En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado inicialmente, correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar al usuario acerca de la variación del Plan, antes del inicio de las operaciones de descarga, debiendo haber sido remitida dicha comunicación de manera oportuna, a fin de que el consignatario de la carga pudiera tener conocimiento de las nuevas condiciones en las que se prestaría el servicio brindado por APM, con el objeto de poder organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar de modo que la atención de la descarga se realizara sin contratiempos evitando incurrir en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- 74.- No obstante, de la revisión del expediente administrativo no se advierte que la Entidad Prestadora haya acreditado fehacientemente el cumplimiento de su obligación de informar a ANITA FOOD las nuevas condiciones de trabajo correspondientes a la desestiba de la nave GREBE BULKER.
- 75.- En sus alegatos finales APM señaló que el 24 de abril de 2019 comunicó al consignatario de la carga el Plan de Operaciones actualizado en el cual se habría informado la decisión del comando de la nave durante la primera jornada de trabajo, en el cual se indicaba que se realizaría la descarga de dos (2) bodega a silo y ninguna a camión.
- 76.- De la documentación que obra en el expediente se verifica la existencia de un correo electrónico remitido por la Entidad Prestadora el 24 de abril de 2019 a las 16:25 horas, conforme se aprecia a continuación:



- 77.- Conforme se aprecia del correo electrónico analizado, APM comunicó el Plan de Operaciones actualizado al señor Erick Cahua, representante²⁹ del Agente Marítimo de ANITA FOOD, esto es, la empresa CANOPUS indicando que por decisión de la naviera la descarga de la mercadería se realizaría de la Bodega 3 a silos y las Bodegas 1 y 5 directo a camión (utilizando Arlona); no obstante, de acuerdo a lo previsto en el artículo 63 del Reglamento de Operaciones de APM³⁰, en cual se prevé la facultad de la Entidad Prestadora para modificar el Plan de Operaciones antes y durante el desarrollo de las operaciones de descarga, se dispone que en el caso de carga sólida a granel, las modificaciones serán informadas a los consignatarios.
- 78.- En ese sentido, cualquier modificación en el Plan de Operaciones correspondía fuera informada a ANITA FOOD considerando que la carga que transportó la nave GREBE BULKER comprendía granos de trigo; lo que no ha quedado acreditado del referido correo remitido a CANOPUS.
- 79.- En efecto, APM tenía la responsabilidad de comunicar a ANITA FOOD: i) la modificación de la fecha y hora de inicio de la operación de descarga directa a camión de la Bodega 1 de la nave GREBE BULKER; y, ii) que la operación de descarga directo a camión se desarrollaría utilizando cuatro (4) jornadas con ocho (8) cuadrillas.
- 80.- Cabe resaltar que al no contar ANITA FOOD con información precisa sobre las nuevas condiciones de descarga de la nave GREBE BULKER; esto es, la variación de la fecha y hora de inicio de descarga, así como que las jornadas programadas inicialmente pasaran de dos (2) a cuatro (4) jornadas de trabajo utilizando ocho (8) cuadrillas en lugar de cuatro (4) cuadrillas, no tuvo la posibilidad de organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar habiéndose afectado la planificación que realizó en base a la información inicialmente recibida, teniendo en consideración que las unidades de transporte que ingresan al terminal son contratadas con un tiempo de antelación; y que dicha planificación tenía como objeto que la atención de la descarga se pudiera realizar sin contratiempos y no se incurriera en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- 81.- Si bien ANITA FOOD es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado, y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones; también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM y a la información que le envíe.

²⁹ Conforme se aprecia del correo electrónico remitido a APM el 23 de abril de 2019 a las 06:21 horas (Folio 5), el señor Erick Cahua actuó en representación del Agente Marítimo (CANOPUS S.A.).

³⁰ **Reglamento de Operaciones de APM**

"Artículo 63.- Desarrollo de la Junta Pre Operativa

(...)

APMTC podrá modificar el Plan de Operaciones antes y durante el desarrollo de las mismas, de acuerdo a una eficiente asignación de recursos atendiendo a cada circunstancia, bajo los principios que rigen la actividad portuaria. Para tal efecto, informará oportunamente las modificaciones al Agente Marítimo. En el caso de carga sólida a granel las modificaciones serán informadas a los consignatarios."

82.- Teniendo en consideración que la Entidad Prestadora no ejecutó el Plan de Operaciones conforme a lo acordado y no acreditó haber informado las modificaciones que realizó a dicho Plan a ANITA FOOD, corresponde amparar el reclamo interpuesto por el apelante dejándose sin efecto el cobro del recargo de compensación de cuadrilla no utilizada recogido en la factura N° F004-21055.

Cuestiones Finales

83.- A lo largo de procedimiento ANITA FOOD ha manifestado que el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas no tiene una naturaleza contraprestativa sino indemnizatoria por lo que APM indebidamente viene incluyendo el cobro del IGV al momento de facturar dicho recargo sin considerar que mediante Oficio N° 222-2015-SUNAT/600000 del 24 de setiembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración Tributaria emitió pronunciamiento precisando que no encuentra gravado con el IGV todo concepto que tenga carácter indemnizatorio.

84.- 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 municipales³¹.

85.- En esa línea, el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Resolución de Superintendencia N° 122-2014/SUNAT y sus modificatorias, establece en el literal v) del artículo 4° que una de las funciones de esta Entidad es:

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

Son funciones y atribuciones de la SUNAT:

(...)

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

[El subrayado es nuestro]

86.- 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

³¹ **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. (...)"

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.

- 87.- Con relación al nivel de servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión de APM, corresponde precisar que si bien el Anexo 3 señala que la Entidad Prestadora deberá atender a los camiones de los usuarios en un promedio de 30 minutos³², establece también que la medición de esta atención se realizará de manera trimestral y conforme al tonelaje atendido de cada carga.
- 88.- Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión³³, la Gerencia de Supervisión es la encargada de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes).
- 89.- En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión, respecto de los niveles de servicio y productividad a los que está obligada APM contractualmente, se advierte algún incumplimiento por parte de ésta última, corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente³⁴, por lo que debe desestimarse dicho argumento.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN³⁵;

³² **Contrato de Concesión**

Niveles de Servicio y Productividad

(...)

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

(...)

Niveles de Servicio y Productividad para cualquier tipo de carga

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

³³ **Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones

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

"Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos

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

Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

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

³⁴ **Reglamento de Infracciones y Sanciones**

"Artículo 7° Órganos competentes

El órgano competente para la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores es la Gerencia de Supervisión.

El órgano resolutorio, en primera instancia es la Gerencia General de OSITRAN.

El órgano resolutorio, en segunda instancia es el Consejo Directivo de OSITRAN".

³⁵ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0189-2019 por APM TERMINALS CALLAO S.A.; y en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por ANITA FOOD S.A. respecto de la factura N° Foo4-21055 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, dejando sin efecto su cobro.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa ANITA FOOD 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 2020027292

(...)

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".