



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 134-2019-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 134-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE : ADM ANDINA PERÚ S.R.L.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CL/0267-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 28 de octubre de 2019

SUMILLA: *Si el usuario no presenta recurso impugnatorio alguno contra lo resuelto en primera instancia por parte de la Entidad Prestadora; dicho pronunciamiento queda firme concluyendo el procedimiento administrativo; por lo que la presentación de un nuevo reclamo sobre la misma materia deviene en improcedente.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. (en adelante, ADM ANDINA o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0267-2019 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora) y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- El 27 de junio de 2019, ADM ANDINA interpuso un reclamo contra APM solicitando que deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo4-18227 emitida por US\$ 2,430.00 (dos mil cuatrocientos treinta con 00/100 Dólares americanos) por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas; señalando lo siguiente:
 - i.- De acuerdo con el Plan de Trabajo elaborado por APM, la descarga de la nave JIA LONG SHAN se llevaría a cabo el 10 de noviembre de 2018 a las 23:30 horas; no obstante, conforme al Reporte Final de Operaciones de APM las operaciones de descarga se iniciaron el 11 de noviembre de 2018 a las 00:05 horas, es decir, con treinta y cinco (35) minutos de retraso.
 - ii.- Las jornadas programadas en el Plan de Operaciones para realizar la descarga de la nave JIA LONG SHAN se vieron afectadas por las paralizaciones atribuibles a APM, por un total de diez (10) horas con treinta y dos (32) minutos correspondientes a

demoras en por fallas en el equipo Hopper, cambios de sistema de camiones a silo, fallas en el equipo clamshell, entre otros.

- 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.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0267-2019, notificada el 10 de julio de 2019, APM declaró improcedente el reclamo presentado por ADM ANDINA, señalando lo siguiente:
 - i. De la revisión de los argumentos expuestos por ADM ANDINA, se advierte que anteriormente el usuario presentó un reclamo vinculado con la factura objeto de cuestionamiento, el mismo que fue tramitado en el Expediente N° 0038-2019-APMTC/CL, y declarado fundado en parte por APM mediante Resolución N° 1 del 4 de marzo de 2019, motivo por el cual se procedió a emitir la factura N° Foo4-18227 por quince (15) horas por concepto de Compensación de Cuadrillas no utilizadas.
 - ii. Luego de la emisión de la referida Resolución N° 1, ADM ANDINA no interpuso recurso de impugnación alguno, por lo que dicha decisión quedó firme.
 - iii. En tal sentido, se verifica que el reclamo presentado por ADM ANDINA incurrió en la causal de improcedencia prescrita en el literal c) del numeral 2.10 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de APM, el cual establece que los reclamos interpuestos por los usuarios son improcedentes cuando sean jurídica o físicamente imposible.
 - 3.- Con fecha 1 de agosto de 2019, ADM ANDINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 emitida en el Expediente N° APMTC/CL/0267-2019, reiterando lo señalado en su reclamo y señalando lo siguiente:
 - i. El 2 de abril de 2019, APM emitió la factura N° Foo4-18227 por quince (15) horas de recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas, la cual es objeto de reclamo en virtud de que la Entidad Prestadora no habría descontado todas las paralizaciones que afectaron la descarga de la nave JIA LONG SHAN.
 - ii. El Reglamento de Operaciones de APM, versión 4, vigente hasta el 5 de febrero de 2018, regula la compensación entre los tiempos de retraso imputables a APM y al usuario. Sin embargo, el Reglamento de Operaciones de APM, versión 5, aplicable al presente caso, ya no regula tal compensación, el cual representaba el único mecanismo con el cual podía exigirse a APM asumir su responsabilidad por las paralizaciones reclamadas.

- iii. Dicho cambio deja a los usuarios a merced de lo que disponga APM pues ya no existe mecanismo alguno para verse resarcido por el incumplimiento en la prestación de los servicios portuarios, en la medida que en muchas ocasiones las demoras por parte del usuario se deben a paralizaciones ocasionadas por el Concesionario.
 - iv. El oficio N° 222-2015-SUNAT/600000 de SUNAT dirigido a OSITRAN señala que el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada tiene carácter indemnizatorio no estando gravado con IGV, por lo que la factura se encuentra mal emitida.
- 4.- El 16 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 su Resolución N° 1.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 5.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1 de APM.
 - ii.- De ser caso, determinar si corresponde amparar el reclamo formulado por ADM ANDINA contra APM.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 6.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM¹, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN², el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 7.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 fue notificada a ADM ANDINA el 10 de julio de 2019.

¹ Reglamento de Atención y Solución de 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".

² Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"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".

- ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 5 de agosto de 2019³.
- iii.- ADM ANDINA apeló con fecha 1 de agosto de 2019, es decir, dentro del plazo legal.
- 8.- Por otro lado, como se evidencia del recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas y valoración de los hechos, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG)⁴.
- 9.- Consecuentemente, corresponde analizar a continuación los argumentos expuestos por las partes.

III.2.- EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la procedencia del reclamo

- 10.- En el presente caso, se advierte que ADM ANDINA interpuso un reclamo contra APM solicitando que deje sin efecto el cobro de la factura N° Foo4-18227 emitida por concepto de recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas, debido a la existencia de paralizaciones imputables a APM que afectaron las operaciones de descarga de la nave JIA LONG SHAN.
- 11.- En ese sentido, se desprende que la pretensión del usuario se encuentra vinculada a la satisfacción de un interés particular en concreto referido a asuntos de facturación, lo que se encuentra previsto en el artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁵.

³ Para el cómputo del plazo se ha descontado los días 29 y 30 de julio de 2019 declarados feriados públicos; y, asimismo se ha aplicado un día adicional correspondiente al término de la distancia.

⁴ **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."

⁵ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN**, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 33.- Objeto del Procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene como objeto la solución de los reclamos que presenten los usuarios intermedios o finales ante las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios, referidos en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 de este reglamento.

El reclamo podrá recaer respecto de servicios regulados o, servicios derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, que son responsabilidad de la Entidad Prestadora siempre que se encuentren bajo la supervisión de OSITRAN.

En el marco de lo previsto en los párrafos precedentes de este artículo, están comprendidos, entre otros, 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.
- b) El condicionamiento por parte del sujeto reclamado de la atención de los reclamos formulados por los usuarios, al pago previo de la retribución facturada.
- c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
- d) Daños o pérdidas en perjuicio de los usuarios, de acuerdo con los montos mínimos que establezca el Consejo Directivo, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes.

- 12.- De la revisión del expediente se advierte que el 24 de enero de 2019, ADM ANDINA presentó un reclamo ante APM solicitando la anulación de las facturas N° Foo4-5051, Foo4-9363, Foo4-9372 y Foo4-9373; alegando que ninguna de las paralizaciones registradas durante las operaciones de descarga de la nave JIA LONG SHAN y VIRGO COLOSSUS ocurrieron producto de su responsabilidad sino de la Entidad Prestadora.
- 13.- Dicho reclamo fue materia de análisis en el expediente N° APMTTC/CL/0038-2019, el cual fue declarado fundado en parte por APM, resolviéndose lo siguiente:

"En virtud de los argumentos señalados en la presente Resolución, se declara FUNDADO EN PARTE el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L., conforme los argumentos expuesto. En ese sentido, corresponde realizar el cobro de la factura Foo4-5051; anular la factura Foo4-9363, y emitir una nueva factura por quince (15) horas; y, anular las facturas Foo4-9372 y Foo4-9373, y emitir una nueva por dieciséis (16) horas."

- 14.- APM ha manifestado que en cumplimiento de lo resuelto por ella misma en la reseñada Resolución anuló las facturas N° Foo4-9363, Foo4-9372 y Foo4-9373; y, emitió una nueva factura, entre ella, la factura N° Foo4-18227 por quince (15) horas de recargo, la que precisamente, es materia del presente reclamo.
- 15.- Sobre el particular, cabe recordar que el artículo 1 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁶, define al reclamo como un derecho de petición que los usuarios utilizan como mecanismo para exigir a las entidades que explotan infraestructuras de transporte de uso público, la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una Entidad Prestadora que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN.⁷

e) Cualquier reclamo que surja de la aplicación del REMA.

f) Las relacionadas con el acceso a la infraestructura o que limitan el acceso individual a los servicios responsabilidad de las Entidades Prestadoras.

g) Las que tengan relación con defectos en la información proporcionada a los usuarios, respecto de las tarifas, o condiciones del servicio; o, información defectuosa."

⁶ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

⁷ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN,**

"Artículo 1.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

(...)

b) **RECLAMO:** La solicitud, distinta a una Controversia, que presenta cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una Entidad Prestadora que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN.

(...)"

- 16.- En el presente caso, se aprecia que ADM ANDINA ejerció su derecho de petición al presentar su reclamo el 24 de enero de 2019 cuestionando el recargo incluido en las facturas N° Foo4-5051, Foo4-9363, Foo4-9372 y Foo4-9373.
- 17.- En atención a ello, a través de la Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CL/0038-2019, notificada a ADM ANDINA el 4 de marzo de 2019, APM resolvió en primera instancia dicho reclamo declarándolo fundado en parte, en virtud de lo cual emitió la factura N° Foo4-18227 por quince (15) horas de paralizaciones de recargo por cuadrillas no utilizadas.
- 18.- Ahora bien, cabe mencionar que el artículo 54 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁸, dispone que los recursos administrativos que pueden interponer los usuarios para impugnar una resolución de primera instancia son el recurso de reconsideración y/o el de apelación. Asimismo, los artículos 55 y 59 del citado cuerpo normativo,⁹ establecen que dichos recursos deben ser interpuestos dentro del plazo de quince (15) días contados desde la fecha de notificación del acto recurrido.
- 19.- En esa línea, de no estar de acuerdo con lo resuelto en dicha primera instancia, correspondía a ADM ANDINA interponer un recurso impugnatorio dentro de los quince (15) días de notificada la Resolución N° 1, es decir, hasta el 25 de marzo de 2019; lo que no se verifica haya sucedido en el presente caso.
- 20.- Cabe resaltar que el artículo 222 del TUO de la LPAG, establece que el acto administrativo deviene en firme cuando una vez que hayan vencido los plazos para interponer los respectivos recursos administrativos, el administrado no los presenta como se aprecia a continuación:

"Artículo 222.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto."

⁸ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

Artículo 54.- Clases de recursos administrativos

Los recursos administrativos que pueden interponerse para la impugnación de una resolución de primera instancia son:

- a) Recurso de reconsideración; y,
b) Recurso de apelación

⁹ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

Artículo 55.- Interposición del recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá dentro de los quince (15) días de notificada la resolución que se recurre, ante el mismo órgano que la dictó y deberá sustentarse en nueva prueba.

Este recurso es opcional y su falta de interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

(...)

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.

(...)

- 21.- Asimismo, el artículo 197 del TUO de la LPAG, dispone que las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, ponen fin al procedimiento administrativo, conforme a lo siguiente:

"Artículo 197.- Fin del procedimiento

- 197.1 *Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el párrafo 199.4 del Artículo 199, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.*
- 197.2 *También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo."*

- 22.- De igual modo, el numeral 3 del artículo 217 del TUO de la LPAG¹⁰, precisa que no cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes; ni la de actos que hayan quedado consentidos por no haber sido recurridos en su oportunidad.
- 23.- En atención a lo señalado, se verifica que a través de la Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/0038-2019, APM emitió pronunciamiento sobre el fondo del reclamo interpuesto por ADM ANDINA; y, que a la fecha, el acto administrativo constituido por la citada Resolución ha devenido en firme, en la medida que ADM ANDINA no presentó medio impugnatorio alguno contra dicha decisión de primera instancia dentro del plazo legalmente previsto, esto es, hasta el 25 de marzo de 2019; habiendo concluido el procedimiento administrativo en el cual se discutió la factura materia del presente reclamo.
- 24.- Consecuentemente, corresponde confirmar la resolución recurrida que declaró improcedente el reclamo interpuesto por ADM ANDINA.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRÁN¹¹;

¹⁰ TUO de la LPAG

*"Artículo 217. Facultad de contradicción
(...)*

217.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

(...)"

¹¹ Reglamento de Reclamos de OSITRÁN

"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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1, emitida en el expediente APMTC/CL/0267-2019, que declaró **IMPROCEDENTE** el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. contra APM TERMINALS CALLAO S.A. por el cobro de la factura N° Foo4-18227, emitida por concepto de recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.

SEGUNDO.- DECLARAR que la presente resolución agota la vía administrativa.

TERCERO.- NOTIFICAR a ADM ANDINA PERÚ S.R.L. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal 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**

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".