

EXPEDIENTE : 148-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE : ADM ANDINA PERÚ S.R.L.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0235-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 27 de febrero de 2020

SUMILLA: *En la medida que la Entidad Prestadora no acreditó haber comunicado oportunamente al usuario la variación del Plan de Operaciones inicialmente programado ni que la demora en el inicio de operaciones ocurriera por causas atribuibles al usuario, corresponde dejar sin efecto el cobro por el recargo de cuadrillas no utilizadas materia de reclamo.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. (en adelante, ADM o el apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0235-2019 (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. Con fecha 10 de junio de 2019, ADM interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° Foo4-16195 emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US\$ 13,572.35 (Trece Mil Quinientos Setenta y Dos con 35/100 Dólares Americanos), argumentando lo siguiente:
 - i.- Mediante correo electrónico enviado a las 11:23 horas del 5 de marzo de 2019, APM remitió el Plan de Trabajo de la nave INTERLINK CAPACITY, indicando que la operación de descarga de la mercancía conformada por 16,992.000 TM de Maíz y 19,687.841 TM de fréjol de soya, iniciaría a las 7:30 horas del 6 de marzo de 2019 en el muelle 2-B con un tiempo de diez (10) jornadas de trabajo y veintidós (22) cuadrillas.

- ii.- Mediante correo electrónico enviado a las 18:58 horas del 6 de marzo de 2019, APM remitió el Plan de Trabajo Actualizado de la referida nave, indicando que la operación de descarga de la mercancía iba a iniciar a las 23:30 horas del 6 de marzo de 2019 en el muelle 1-A, manteniendo el tiempo de operaciones en diez (10) jornadas de trabajo y veintidós (22) cuadrillas.
- iii.- Asimismo, mediante el indicado correo electrónico, APM asignó para la operación de descarga de la nave INTERLINK CAPACITY, las líneas del antepuerto identificadas con los números 5, 6 y 7.
- iv.- La operación de descarga de la nave INTERLINK CAPACITY inició a las 00:03 horas del 7 de marzo de 2019, culminando a las 18:25 horas del 11 de marzo de 2019, conforme consta en el Reporte Final de Operaciones emitido por APM.
- v.- Mediante correos electrónicos de fechas 7 y 10 de marzo de 2019, ADM informó a APM que las unidades de transporte se encontraban ubicadas en los carriles previamente asignados a la espera de ser llamados para su ingreso a la zona de descarga, lo que demuestra que sus unidades se encontraban dentro de las instalaciones de APM y que las paralizaciones por falta de camiones ocurrieron por causas no imputables al usuario.
- vi.- A través de correo electrónico de fecha 14 de marzo de 2019, CANOPUS informó a APM de paralizaciones en las labores de descarga atribuibles a la Entidad Prestadora, las cuales totalizaron quince (15) horas con cincuenta y cuatro (54) minutos.
- vii.- Según lo establecido en el Plan de Trabajo, las operaciones de descarga debieron culminar a las 15:00 horas del 9 de marzo de 2019; sin embargo, finalizaron a las 18:25 horas del 11 de marzo de 2019, lo que evidencia el incumplimiento del referido Plan de Operaciones.
- viii.- La factura N° F004-16195 ha sido emitida aplicando el IGV, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1 del TUO de la Ley del Impuesto General a las Ventas, pues este impuesto sólo grava la venta en el país de bienes muebles, la prestación o utilización de servicios, los contratos de construcción, la primera venta de inmuebles que realicen los constructores y la importación de bienes; por lo que al no contemplarse el concepto de "recargo por cuadrilla no utilizada" dentro de los supuestos indicados de la norma, este concepto no debe ser gravado con dicho impuesto.
- ix.- Las paralizaciones ocurridas durante la operación de descarga son imputables a APM, por lo que no resulta aplicable a ADM el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

2. Mediante Resolución N° 1 notificada el 30 de julio de 2019, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo con lo dispuesto en las 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.- En el Plan de Trabajo de la nave INTERLINK CAPACITY se estableció realizar la operación de descarga utilizando diez (10) jornadas con veintidós (22) cuadrillas, sin embargo, debido a las paralizaciones por falta de camiones, la descarga se prolongó hasta la jornada quince (15) utilizando treinta y nueve (39) cuadrillas en total, de acuerdo al Reporte Final de Operaciones de la nave.
 - iii.- APM dejó constancia de las paralizaciones ocurridas durante la operación de descarga mediante las respectivas Notas de Tarja, en las cuales se registraron ochenta (80) horas y catorce (14) minutos de paralizaciones por falta de camiones para la descarga de la mercadería consignada a la reclamante.
 - iv.- En el presente caso, a las demoras imputables a ADM se le deberá descontar el tiempo de paralizaciones no operativas imputables a APM registradas en los Estados de Hechos de la nave, por lo que el resultante sería el cobro de setenta y ocho (78) horas de paralizaciones.
 - v.- ADM tenía pleno conocimiento del Plan de Trabajo con los detalles de las operaciones de descarga y las obligaciones que debía cumplir a efecto de que dichas operaciones de la nave INTERLINK CAPACITY no se vieran interrumpidas, sin embargo, no cumplió con enviar los camiones en la frecuencia requerida para la descarga.
 - vi.- ADM no ha explicado cómo es que el supuesto envío tardío del Plan de Trabajo hizo que incurriera en el recargo de compensación de cuadrillas, más aun cuando estos conceptos no tienen vinculación alguna.
 - vii.- Sin perjuicio de ello, APM sí cumplió con realizar las coordinaciones contenidas en el Plan de Trabajo dentro de los plazos establecidos. En efecto, en el presente caso APM realizó la Junta Pre Operativa dentro del plazo establecido en su Reglamento de Operaciones, esto es, con una antelación de por lo menos 24 horas antes del arribo de la nave.

- viii.- En dicha Junta las partes acuerdan los detalles de la operación de descarga, y con posterioridad a ello, los acuerdos adoptados se plasman en el Plan de Trabajo. En ese sentido, si bien en el presente caso el Plan de Trabajo fue enviado a ADM con 12 horas de anticipación al atraque de la nave, la Junta Pre Operativa se realizó dentro del plazo establecido en el Reglamento de Operaciones.
 - ix.- En la medida que el recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada esté vinculado a la compensación por la asignación de personal relacionada directamente a la contraprestación de una operación (carga o descarga), y no se trate de una indemnización y/o concepto resarcitorio, debe ser gravada; por lo que APM viene aplicando correctamente el IGV conforme a las normas tributarias vigentes.
 - x.- Sin perjuicio de lo mencionado, el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos del OSITRAN ha manifestado que no es su atribución pronunciarse sobre la aplicación del IGV en el cobro por el recargo por Compensación de Cuadrilla no Utilizada, por lo que la aplicación del IGV en el cobro de dicho concepto es correcto.
 - xi.- En su calidad de administrador portuario APM se encuentra facultado para registrar todos los eventos que se presenten durante las operaciones portuarias, dentro de los cuales se encuentran las demoras, por lo que considerando la Nota de Tarja como el documento idóneo que deja constancia de las paralizaciones surgidas durante las operaciones en el Terminal Portuario, corresponde evaluar dichos documentos a fin de verificar las paralizaciones imputables a la reclamante.
3. El 20 de agosto de 2019, ADM interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 que declaró infundado su reclamo, señalando lo siguiente:
- i.- APM se atribuye paralizaciones de descarga ascendentes únicamente a dos (2) horas y diecisiete (17) minutos, no obstante, han cumplido con acreditar que la Entidad Prestadora incurrió en paralizaciones de hasta quince (14) horas y cincuenta y cuatro (54) minutos.
 - ii.- En lo que respecta a las paralizaciones de descarga por falta de camiones, se encuentra acreditado que las mismas no le son atribuibles a ADM pues cumplió con enviar unidades de forma oportuna, encontrándose ubicadas en los carriles asignados por APM y a la espera de ser llamadas a su ingreso a la zona de descarga, habiendo incluso solicitado a la Entidad Prestadora agilizar el despacho de la mercancía debido a que en ese momento había 16 camiones por cargar, lo que evidencia que estos se encontraban dentro del Terminal Portuario.
 - iii.- Según lo establecido en el Plan de Trabajo, las operaciones de descarga debieron culminar a las 15:00 horas del 9 de marzo de 2019; sin embargo, finalizaron a las 18:25 horas del 11 de marzo de 2019, evidenciándose el incumplimiento del referido Plan

de Operaciones generado por las diversas paralizaciones ocurridas durante el desarrollo de las operaciones de descarga.

- iv.- La factura materia de reclamo se encuentra mal emitida pues el concepto definido en la misma corresponde a una indemnización, la cual al poseer un carácter resarcitorio y no uno compensatorio, no corresponde sea gravada con el IGV.
- 4. El 11 de septiembre de 2019, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando lo señalado en la Resolución N° 1.
- 5. El 27 de diciembre de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa con la asistencia de los representantes de ADM y APM, quienes informaron oralmente, quedando la causa al voto.
- 6. Con fecha 2 de enero de 2020, APM presentó un escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento y agregando lo siguiente:
 - i.- El Plan de Operaciones es el documento que describe las actividades a realizarse para el cumplimiento de la descarga de la mercancía, tales como la asignación de recursos, personal y número de jornadas para la descarga; es decir, actividades específicas que determinarán la actuación del administrador portuario y el consignatario de la carga.
 - ii.- La modificación de la fecha de inicio de las operaciones de descarga no tiene relación con una posible variación del Plan de Operaciones, pues el número de recursos, personal y jornadas a trabajar no se ven afectados; salvo que APM decida realizar una variación en los mismos a solicitud del consignatario o alguna necesidad operativa justificada, lo que no ocurrió en el presente caso.
 - iii.- En cuanto a la operación de descarga de la nave INTERLINK CAPACITY, APM planificó el inicio de las operaciones de descarga a las 23:30 horas del 6 de marzo de 2019; sin embargo, debido a temas operativos inherentes y necesarios para la operación, el inicio de la descarga se produjo a las 00:01 horas del 7 de marzo de 2019, es decir, 30 minutos después de lo planificado.
 - iv.- A fin de evidenciar que se cumplió con el Plan de Trabajo, en el documento de Estado de Hechos se dejó constancia de que el personal de APM se encontraba en el muelle desde las 23:00 horas, al igual que las máquinas, las cuales se encontraban listas a la hora pactada.
 - v.- APM remitió a ADM correos electrónicos con las actualizaciones realizadas al Plan de Trabajo. Sin perjuicio de ello, la reclamante tenía conocimiento de los detalles de la operación de descarga, como se puede apreciar en el Acta de Junta Pre Operativa.

- vi.- Asimismo, APM remitió a ADM correos electrónicos con los reportes parciales de las operaciones de descarga a fin de que el consignatario de la carga prevea y organice el envío de sus unidades de transporte de mercancía, de tal manera que no incurriera en el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

7. Las cuestiones en discusión son las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1.
 - ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la Factura N° Foo4-16195, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

8. En el presente caso, ADM cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que APM incumplió con el Plan de Operaciones acordado incurriendo en paralizaciones en las operaciones de descarga de la nave INTERLINK CAPACITY.
9. Por su parte, APM manifestó que las paralizaciones en la descarga de la nave se debieron a la falta de camiones atribuible a ADM, sin perjuicio de haber cumplido con descontar las paralizaciones que le eran atribuibles a ella misma en su condición de administrador portuario. Agregó que ADM tenía pleno conocimiento del Plan de Trabajo a efectos de que las operaciones de descarga no se vieran interrumpidas, pese a lo cual no cumplió con el envío de camiones en la frecuencia requerida para la descarga.
10. En atención a lo señalado precedentemente, corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio estándar efectivamente se prestó conforme a lo previsto en el señalado Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
11. Cabe recordar que el artículo 2 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, Reglamento de Usuarios) 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 el OSITRAN.

12. En ese sentido, el artículo 33¹ del referido Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:
- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura.
 - ii) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
13. El presente caso versa sobre el cobro de recargo por cuadrillas no utilizadas, lo que involucra un supuesto de reclamo por facturación y cobro de servicios, así como un supuesto de calidad en la prestación del servicio, supuestos previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN (en adelante, Reglamento de Reclamos del OSITRAN) y en los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de APM² (en adelante, Reglamento de Reclamos de APM), debiendo tenerse en cuenta el literal b) del artículo 2³ del Reglamento de Reclamos del OSITRAN 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

¹ **Reglamento de Reclamos del 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.*

(...)"

² **Reglamento de Reclamos de APM**

"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".*

³ **Reglamento de Reclamos del 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".

supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

14. De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos del OSITRAN⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de quince (15) días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
15. Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se verifica lo siguiente:
 - i.- La Resolución N° 1 materia de impugnación fue notificada a ADM el 30 de julio de 2019.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que ADM interponga el recurso de apelación venció el 20 de agosto de 2019.
 - iii.- ADM presentó el recurso de apelación el 20 de agosto de 2019, es decir, dentro del plazo legal.
16. De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷ (en adelante, TUO

⁴ **Reglamento de Reclamos del 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".

⁵ **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".

⁶ **Reglamento Reclamos del 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".

⁷ **TUO de la Ley N° 27444**

"Artículo 220.- Recurso de apelación

de la LPAG) al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.

17. Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

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

18. El Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) establece en sus cláusulas 1.23.97, 1.23.98 y 1.23.99, las definiciones de Servicios, Servicio Estándar y Servicios Especiales, respectivamente, de la siguiente manera:

1.23.97 Servicios

Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales.

1.23.98. Servicios Especiales

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.

1.23.99. Servicios Estándar

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”.

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”.

19. En ese sentido, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se brindan a la nave (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).
20. De la lectura de las cláusulas citadas se puede advertir que el Contrato de Concesión prevé que los servicios que se brindan en el Terminal Portuario son, en principio, servicios portuarios, respecto de los cuales la Entidad Prestadora se encuentra legitimada a cobrar una tarifa o un precio.
21. Asimismo, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5; y, (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23 del referido Contrato de Concesión:

"1.23.102 Tarifa

Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables."

"8.20 SERVICIOS ESPECIALES

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5. (...)"

- "8.23** *Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.*

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie

sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de competencia económica.

(...)

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones."

[El subrayado es nuestro]

22. Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"⁸. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo, conforme se aprecia a continuación:

"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

El recargo aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del Servicio Estándar, de acuerdo al Plan de Operaciones, éste se cancela o se suspende por decisión o responsabilidad de la línea naviera o el consignatario dependiendo del contrato de fletamento. En el caso de la suspensión, se aplicará el recargo cuando éste prolongue las horas de trabajo del personal asignado, de acuerdo al Plan de Operaciones.

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

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

⁸ <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>

23. En tal sentido, el “recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada”, cuyo cobro es materia de cuestionamiento por el apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM para la prestación del servicio estándar cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
24. Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario sino que se genera por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
25. Con relación al recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada conviene tener presente que mediante informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas del OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica) opinaron lo siguiente:
- “(...) este cobro no se realiza como contraprestación económica por algún servicio brindado por el Concesionario. Por el contrario, se trata de un mecanismo resarcitorio cuya función es que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora y que hayan sido previa y debidamente difundidas por este último”.*
26. Asimismo, respecto de la facultad de APM para requerir el referido cobro señaló lo siguiente:
- “(...) el Concesionario se encuentra facultado a realizar un cobro por concepto de recargo por ‘Compensación de cuadrilla no utilizada’ en tanto se verifique que el despacho de la carga ha sido interrumpido por decisión o responsabilidad del usuario y no por causas imputables al Concesionario”.*
27. Como se verifica del mencionado informe, las áreas técnicas del OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de “Compensación de Cuadrillas no utilizadas” es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
28. Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación referida remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que la Entidad Prestadora deja de percibir por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.
29. En el documento denominado Lista de “Precios por Otros Servicios y Recargos”⁹ que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, entre

⁹ PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGO

los recargos aplicables a la nave se consigna 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 dicho recargo fue responsabilidad de éste último.

30. Atendiendo a lo expuesto en los párrafos precedentes, se verifica que APM se encuentra legitimada a cobrar a los usuarios de sus servicios recargos por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas según los montos establecidos en la Lista de Precios que publicita.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

31. En virtud del Contrato de Concesión¹⁰ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao. A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹¹. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

“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.

(...)”.

- ¹⁰ 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.

- ¹¹ **Contrato de Concesión**

“DEFINICIONES

1.23. En este Contrato de Concesión, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

1.23.26. Concesión

Es la relación jurídica de derecho público que se establece entre el CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA a partir de la Fecha de Suscripción de los Contratos, mediante la cual el CONCEDENTE otorga a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el derecho a explotar y la obligación de diseñar construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito, durante el plazo de vigencia del Contrato de Concesión. (...)”

SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

4.1. La Concesión del Terminal Norte Multipropósito, se otorga por un plazo de treinta (30) años, contado desde la Fecha de Suscripción de los Contratos”.

“DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

8.1.- *La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho (...) así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario así como a prestar los Servicios a los Usuarios. Para el cumplimiento de tal obligación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá observar, como mínimo, los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos.*

(...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito y a tomar las decisiones que considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, respetando los términos y condiciones del presente Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables.”

[El subrayado es nuestro]

32. Vinculado con lo anterior, el numeral 8.2 de la cláusula 8 del referido Contrato señala:

“Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Terminal Norte Multipropósito de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico”.

[El subrayado es nuestro]

33. De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuenta. 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 resultado¹².

¹² 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.

34. En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el 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

35. Con relación a la obligación de las Entidades Prestadoras de brindar la información, el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público¹³ (en adelante, Reglamento de Usuarios), 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..."

36. En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, señala en su artículo 7 que "es responsabilidad de APMTC planificar, coordinar, **comunicar** y ejecutar las operaciones, así como identificar, ubicar y custodiar la carga al interior del Terminal Portuario, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".
37. En los artículos 60 y 62 del mencionado Reglamento de Operaciones de APM se establece lo siguiente:

"Artículo 60.- APMTC coordinará con los Usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas autorizadas por APMTC que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise dichas labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones, cuando atendiendo a la operación su participación sea necesaria".

¹³ Aprobado a través de la Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN.

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”.*

- 38. Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios 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.
- 39. 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.
- 40. 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.
- 41. 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° Foo4-16195

42. En el presente caso, ADM cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que APM incumplió con el Plan de Operaciones acordado incurriendo en paralizaciones en las operaciones de descarga de la nave INTERLINK CAPACITY.
43. Por su parte, APM manifestó que las paralizaciones en la descarga de la nave se debieron a la falta de camiones atribuible a ADM, sin perjuicio de haber cumplido con descontar las paralizaciones que le eran atribuibles a ella misma en su condición de administrador portuario. Agregó que ADM tenía pleno conocimiento del Plan de Trabajo a efectos de que las operaciones de descarga no se vieran interrumpidas, pese a lo cual no cumplió con el envío de camiones en la frecuencia requerida para la descarga.
44. Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, uno de los supuestos generadores del recargo 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.
45. 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."
46. 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.
47. Cabe resaltar que el artículo 9° del Reglamento de Operaciones de APM¹⁴ 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.
48. De ahí que el cumplimiento del Plan de Operaciones por parte de la Entidad Prestadora cobra relevancia pues lo acordado en el referido Plan de Operaciones permite al

¹⁴ **Reglamento de Operaciones de APM**

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

consignatario de la carga organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar de modo que la atención de la descarga se realice sin contratiempos evitando incurrir en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

49. De la documentación obrante en el expediente se aprecia que APM comunicó a ADM el "Plan de Operaciones" de la nave INTERLINK CAPACITY mediante correo electrónico remitido a las 11:23 horas del 5 de marzo de 2019¹⁵, informando que las operaciones iniciarían a las 7:30 horas del 6 de marzo de 2019, utilizando un total de diez (10) jornadas y veintidós (22) cuadrillas.
50. Asimismo, se aprecia que mediante correo electrónico remitido a las 18:58 horas del 6 de marzo de 2019¹⁶, APM remitió a ADM un Plan de Operaciones actualizado, informando que las operaciones de la nave INTERLINK CAPACITY iniciarían recién a las 23.30 horas del 6 de marzo de 2019, utilizando la misma cantidad de jornadas y cuadrillas.
51. Cabe señalar que teniendo en cuenta que en el Plan de Operaciones inicial APM había establecido que las operaciones de descarga se iban a realizar desde las 7:30 horas del 6 de marzo de 2019, correspondía que la modificación de dicho Plan por la reprogramación de la hora de inicio de las operaciones fuera comunicada a ADM oportunamente; para cuyo efecto se requería que dicha comunicación llegue antes de la hora inicialmente fijada, esto es, antes de las 7:30 horas del 6 de marzo de 2019.
52. Sin embargo, ello no ocurrió, pues por el contrario se verifica que APM comunicó a ADM la reprogramación del inicio de las operaciones de descarga aproximadamente 12 horas después de la hora originalmente fijada para el inicio de dichas operaciones, esto es, recién a las 18:58 horas del 6 de marzo de 2019, de lo que se desprende que definitivamente no lo hizo de manera oportuna, pues como se ha señalado, correspondía que comunicara dicha reprogramación antes de la fecha y hora inicialmente prevista para el inicio de las operaciones.
53. En ese sentido, de la revisión del Plan de Operaciones original se aprecia la siguiente información:

Plan de Operaciones original de la nave INTERLINK CAPACITY

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	6/03/2019	07:30 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	9/03/2019	15:00 horas

¹⁵ Ver fojas 31 a 34 del expediente.

¹⁶ Ver fojas 58 a 60 del expediente.

N° Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo ¹⁷	N° de Cuadrillas
1	6/03 (07:30 - 15:00)	-
2	6/03 (15:00 - 23:00)	-
3	6/03 (23:00 - 07:00)	-
4	7/03 (07:00 - 15:00)	-
5	7/03 (15:00 - 23:00)	-
6	7/03 (23:00 - 07:00)	-
7	8/03 (07:00 - 15:00)	-
8	8/03 (15:00 - 23:00)	-
9	8/03 (23:00 - 07:00)	-
10	9/03 (07:00 - 15:00)	-
Total de cuadrillas		22

54. Como puede verificarse, de acuerdo con el Plan de Operaciones original elaborado por APM, el proceso de descarga de la nave INTERLINK CAPACITY se realizaría en un total de diez (10) jornadas de trabajo y veintidós (22) cuadrillas, estableciendo como fecha de inicio de operaciones el 6 de marzo de 2019 a las 07:30 horas.
55. No obstante, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"¹⁸ emitido y presentado por APM, que también obra en el expediente, se aprecia que las operaciones de descarga vinculadas con la nave INTERLINK CAPACITY se desarrollaron conforme al siguiente detalle:

Reporte Final de Operaciones (RFO)

Inicio de Operaciones	7/03 (00:01)
Término de Operaciones	11/03 (18:25)

N° Jornada	Inicio de Jornada
1	7/03 (00:01 - 07:00)
2	7/03 (07:00 - 15:00)
3	7/03 (15:00 - 23:00)
4	7/03 (23:00 - 07:00)
5	8/03 (07:00 - 15:00)
6	8/03 (15:00 - 23:00)
7	8/03 (23:00 - 07:00)
8	9/03 (07:00 - 15:00)
9	9/03 (15:00 - 23:00)
10	9/03 (23:00 - 07:00)
11	10/03 (07:00 - 15:00)

¹⁷ 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).

¹⁸ Ver fojas 56 del expediente.

12	10/03 (15:00 – 23:00)
13	10/03 (23:00 – 07:00)
14	11/03 (07:00 – 15:00)
15	11/03 (15:00 – 18:25)

56. Del análisis conjunto del Plan de Operaciones y del Reporte Final de Operaciones se desprende lo siguiente:

i.- El inicio de descarga de la nave INTERLINK CAPACITY, según el Plan de Operaciones original, estuvo programado para el 6 de marzo de 2019 a las 07:30 horas; sin embargo, la descarga recién se inició el 7 de marzo de 2019 a las 00:01 horas, esto es, aproximadamente diecisiete (17) horas después de lo programado.

ii.- Para la descarga de la nave INTERLINK CAPACITY se programaron diez (10) jornadas de trabajo; no obstante, en los hechos se llevaron a cabo quince (15) jornadas, finalizándose las operaciones el 11 de marzo a las 18:25 horas en lugar del 9 de marzo de 2019 a las 15:00 horas, es decir, cincuenta y uno (51) horas con veinticinco (25) minutos después de lo programado, evidenciándose la variación del Plan de Operaciones inicialmente informado.

57. Consecuentemente, se verifica que la falta de comunicación oportuna de la variación del Plan de Operaciones por parte de APM afectó la secuencia de la descarga de la nave INTERLINK CAPACITY, lo que generó la necesidad de programar cinco (5) jornadas y diecisiete (17) cuadrillas adicionales para ejecutar el retiro de la carga asignada a ADM, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro comparativo de las operaciones de descarga de la nave INTERLINK CAPACITY

Nave INTERLINK CAPACITY	Plan de Operaciones original		Plan de Operaciones finalmente ejecutado
	Fecha y Horario		Fecha y Horario
Inicio de operaciones de la nave	6/03 07:30 horas		7/03 00:01 horas
Jornadas de descarga de la mercancía de la nave	1	6/03 (07:30 - 15:00)	7/03 (00:01 - 07:00)
	2	6/03 (15:00 - 23:00)	7/03 (07:00 - 15:00)
	3	6/03 (23:00 - 07:00)	7/03 (15:00 - 23:00)
	4	7/03 (07:00 - 15:00)	7/03 (23:00 - 07:00)
	5	7/03 (15:00 - 23:00)	8/03 (07:00 - 15:00)
	6	7/03 (23:00 - 07:00)	8/03 (15:00 - 23:00)
	7	8/03 (07:00 - 15:00)	8/03 (23:00 - 07:00)
	8	8/03 (15:00 - 23:00)	9/03 (07:00 - 15:00)
	9	8/03 (23:00 - 07:00)	9/03 (15:00 - 23:00)
	10	9/03 (07:00 - 15:00)	9/03 (23:00 - 07:00)
	11	-	10/03 (07:00 - 15:00)

	12	-	10/03 (15:00 - 23:00)
	13	-	10/03 (23:00 – 07:00)
	14	-	11/03 (07:00 – 15:00)
	15	-	11/03 (15:00 – 18:25)
Fin de operaciones de la nave		9/03 15:00 horas	11/03 18:25 horas

58. Asimismo, conforme lo ha reconocido la propia APM en la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0235-2019, durante la descarga de la nave INTERLINK CAPACITY se produjeron ciento treinta y siete (137) minutos de paralizaciones, equivalentes a dos (2) horas con diecisiete (17) minutos, que le eran imputables; las cuales también afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la indicada nave.
59. Como se observa, los hechos señalados precedentemente evidencian que: i) no se inició la descarga en la hora originalmente 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 INTERLINK CAPACITY.
60. 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, el usuario en virtud al derecho a la información que le asiste, tiene derecho a ser informado oportunamente por el concesionario sobre la forma en que llevará a cabo la operación portuaria, así como sobre cualquier circunstancia que altere el servicio prestado.
61. En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones original no se ejecutó conforme a lo planificado, correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar al usuario acerca de la variación de dicho Plan antes del inicio de las operaciones de descarga y de manera oportuna, a fin de que pudiera tener conocimiento de las nuevas condiciones en las que se prestaría el servicio, 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.
62. No obstante, de la revisión del expediente administrativo se constata que la Entidad Prestadora no cumplió con su obligación de informar oportunamente la variación de la fecha y hora en que iniciaron las operaciones de descarga. Por el contrario, lo hizo tardíamente.
63. Asimismo, si bien en el expediente obran correos electrónicos presentados por la Entidad Prestadora a través de los cuales remitió a ADM reportes parciales de las operaciones de descarga¹⁹; se verifica que los referidos correos electrónicos fueron remitidos al usuario con posterioridad a la finalización de cada jornada de trabajo, no constituyendo

¹⁹ Ver fojas 185 a 223 del expediente.

comunicaciones que hubiesen sido enviadas de manera previa al desarrollo de las operaciones con la finalidad de informar oportunamente variaciones en el Plan de Operaciones; tal como se aprecia en el siguiente detalle:

Reportes parciales de Operaciones enviado por APM

Nave INTERLINK CAPACITY		Reportes parciales de Operaciones enviado por APM
N° Jornadas	Fecha y Horario	Fecha y Horario
1	7/03 (00:01 - 07:00)	-
2	7/03 (07:00 - 15:00)	7/03 (16:29)
3	7/03 (15:00 - 23:00)	8/03 (00:03)
4	7/03 (23:00 - 07:00)	8/03 (08:07)
5	8/03 (07:00 - 15:00)	8/03 (17:34)
6	8/03 (15:00 - 23:00)	-
7	8/03 (23:00 - 07:00)	9/03 (11:05)
8	9/03 (07:00 - 15:00)	9/03 (15:59)
9	9/03 (15:00 - 23:00)	9/03 (23:35)
10	9/03 (23:00 - 07:00)	10/03 (07:54)
11	10/03 (07:00 - 15:00)	-
12	10/03 (15:00 - 23:00)	11/03 (00:13)
13	10/03 (23:00 - 07:00)	11/03 (10:42)
14	11/03 (07:00 - 15:00)	11/03 (16:23)
15	11/03 (15:00 - 18:25)	11/03 (21:06)

64. Cabe resaltar que al no contar ADM con información precisa y oportuna sobre las nuevas condiciones de descarga de la nave INTERLINK CAPACITY, 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 recibida. Ello atendiendo a que las unidades de transporte que ingresan al terminal deben ser contratadas con un tiempo de antelación, por lo que la planificación tiene como objeto que la descarga se realice sin contratiempos, evitando incurrir así en recargos por compensación de cuadrilla no utilizada.
65. Si bien ADM 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.
66. Teniendo en consideración que la Entidad Prestadora varió el Plan de Operaciones y no comunicó oportunamente al usuario dicha modificación; corresponde amparar el reclamo interpuesto dejándose sin efecto el cobro del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada recogido en la factura N° F004-16195.

Cuestiones Finales

67. En cuanto al cuestionamiento de ADM respecto de la inclusión del IGV en la emisión de la factura por concepto de recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada; cabe señalar que de acuerdo a la Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración Tributaria –SUNAT, Ley N° 29816, corresponde a esta Entidad, entre otras funciones, la administración, aplicación, fiscalización y recaudación de los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales²⁰.
68. Asimismo, 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]

69. Por consiguiente, 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 y no a este Tribunal pronunciarse sobre la aplicación del IGV en la facturación sobre el recargo por concepto de Compensación de Cuadrilla no utilizada.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN²¹;

²⁰ **LEY N° 29816, LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA –SUNAT**

"Artículo 5.- Funciones de la SUNAT

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

²¹ **Reglamento de Reclamos del OSITRAN**

"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;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0235-2019 por APM TERMINALS CALLAO S.A.; y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L., respecto al cobro de la factura N° Foo4-16195, 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 ADM ANDINA PERÚ S.R.L. 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 2020020829

-
- 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”.