Firmado por:
GRANDA BECERRA
Ana Maria FIR
09298553 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 30/04/2020
22:52:52 -0500

EXPEDIENTE	:	171-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE	:	ADM ANDINA PERÚ S.R.L
ENTIDAD PRESTADORA	:	APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO	:	Resolución Nº 1 emitida en el expediente Nº APMTC/CL/0322-2019

RESOLUCIÓN Nº 1

Lima, 29 de abril de 2020

SUMILLA: En la medida que la Entidad Prestadora no acreditó haber comunicado al usuario la variación del Plan de Operaciones inicialmente programado ni que la demora en el inicio de operaciones hubiera ocurrido 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 ANDINA o el apelante) contra la Resolución Nº 1 emitida en el expediente Nº APMTC/CL/0322-2019 (en lo sucesivo, la Resolución Nº 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

1.- Con fecha 23 de julio de 2019, ADM ANDINA interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura Nº F004-20834 emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US$ 12,807.72 (Doce Mil Ochocientos siete con 72/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:

i.- De acuerdo con el Plan de Trabajo elaborado por APM, la descarga de la nave FOUR NABUCCO se llevaría a cabo en siete (7) jornadas de trabajo con veinte (20) cuadrillas; programándose el inicio de operaciones para el 8 de abril de 2019 a las 15:30 horas. No obstante, las labores de descarga se iniciaron el 9 de abril de 2019 a las 13:05 horas, variándose el Plan de Trabajo.

ii.- Para la descarga de la mercadería que transportó la nave FOUR NABUCCO se asignarían tres (3) líneas de carril para asegurar la ratio de descarga programado; sin embargo, el 9 de abril de 2019 a las 07:17 horas, APM le comunicó a su agente marítimo CANOPUS la reducción de líneas de carril, por lo que se asignó únicamente las líneas de antepuerto N° 4 y 5, variándose las condiciones del Plan de Trabajo.

iii.- De conformidad con el cuadro denominado "MV. FOUR NABUCCOM -CALLAO- Paralizaciones Computables a la Terminal", elaborado y emitido por su agente marítimo CANOPUS, durante las operaciones de labores de descarga de la nave FOUR NABUCCO se registraron trece (13) horas con cincuenta y cinco (55) minutos de paralizaciones imputables a APM, originadas por fallas en sus equipos de Clamshell, cucharas y arlonas; lo que generó sucesivos reinicios de descarga afectando el desarrollo normal de las operaciones.

iv.- APM debe garantizar al usuario que la prestación del servicio se ejecute de manera eficiente y de acuerdo con lo ofrecido, lo que no viene ocurriendo, en la medida que durante las operaciones de descarga se registraron paralizaciones debido a las constantes fallas y averías ocurridas en sus equipos, por lo que el usuario no puede verse perjudicado asumiendo el cobro de un recargo originado por fallas en el diseño y administración de las operaciones de APM.

v.- El recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se genera cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APMTC para la prestación del servicio de descarga cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio. Sin embargo, en el presente caso las paralizaciones registradas durante las operaciones que afectaron las labores de desestiba fueron imputables a APM, por lo no le corresponde asumir al usuario el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

vi.- 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, toda vez que APM estaría pretendiendo cobrar una penalidad.

2.- Mediante Resolución Nº 1 notificada el 5 de setiembre 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 de compensación por cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud que se aplica al usuario cuando se comprueba que el desarrollo de las operaciones de la nave se perjudica por razones ajenas a la responsabilidad de APM.

iii.- En el presente caso, acorde con el Plan de Trabajo de la nave FOUR NABUCCO, se planificó desarrollar la descarga de la mercadería de ADM ANDINA en siete (7) jornadas utilizando veinte (20) cuadrillas; sin embargo, de acuerdo con el Reporte Final de Operaciones, la descarga se prolongó hasta trece (13) jornadas utilizándose treinta y cuatro (34) cuadrillas; esto es, se utilizaron catorce (14) cuadrillas adicionales equivalentes a ciento doce (112) horas de recargo por compensación por cuadrillas[1].

iv.- Del documento denominado "Notas de Tarja" se aprecia que durante las operaciones de descarga de la nave FOUR NABUCCO se registraron un total de ciento tres (103) horas con cincuenta (50) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones externos; esto es, imputables a ADM ANDINA.

v.- Asimismo, a las demoras imputables a ADM ANDINA, se descontaron las paralizaciones no operativas imputables a APM, obteniendo como resultado final el cobro de cien (100) horas de paralizaciones, considerando que el cobro se realiza por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM[2].

vi.- No obstante, en la factura objeto de reclamo, por un error a favor de ADM ANDINA, APM facturó únicamente sesenta y siete (67) horas por compensación de cuadrillas no utilizadas.

vii.- APM planificó las operaciones de la nave FOUR NABUCCO, lo que fue de conocimiento de todos los usuarios intervinientes con los cuales se mantuvo constante coordinación. Agregó que el Plan de Trabajo fue enviado con más de doce (12) horas de anticipación al atraque de la nave, por lo que el usuario se encontraba debidamente informado.

viii.- Respecto a las presuntas paralizaciones imputables a APM, precisó que en el "Cuadro de Reporte" emitido por el agente marítimo CANOPUS, se consignaron erróneamente actividades propias de la operación de descarga como demoras imputables a APM; tales como *"Estibadores a bordo", "reinicio de descarga", entre otros;* por lo que dichos eventos no pueden ser compensados a favor del usuario.

---

[1] Cada cuadrilla adicional equivale a ocho (8) horas.

[2] **Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, versión 7.5**

3.2 Clasificación de las Tarifas y Precios
(…)
3.3.3 Fracción de Unidades de Tiempo
– *De día : Toda fracción de día se considera como día completo.*
– *De hora : Toda fracción de hora se considera como hora completa.*

ix.- El Plan de Trabajo de la nave FOUR NABUCCO se prolongó en más jornadas y cuadrillas debido a la falta de envío de camiones por parte de ADM ANDINA dentro de los plazos establecidos. Agregó que al término de cada turno de trabajo, APM cumplió con informar al usuario las toneladas descargadas por operación y el faltante pendiente de la descarga a fin de que pueda gestionar el retiro de su mercadería conforme a lo planificado y no incurrir en el recargo materia de reclamo.

x.- Durante las operaciones de descarga de la nave FOUR NABUCCO se detectaron daños a la carga consecuencia de la humedad como condición de origen, lo que generó una paralización en las operaciones por un total de veinticuatro (24) horas. Precisó que dicha paralización no ha sido considerada en el cómputo del recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.

xi.- Finalmente, el recargo por compensación por cuadrillas no utilizadas está vinculado a la compensación por asignación de personal, lo que se relaciona directamente con la contraprestación de una operación, por lo que corresponde que sea gravado con el IGV.

3.- El 26 de setiembre de 2019, ADM ANDINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos expuestos en su reclamo y señalando además lo siguiente:

i.- El Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado, en la medida que: (i) las operaciones de descarga se iniciaron veintiún (21) horas con treinta (30) minutos después de lo inicialmente acordado, (ii) las operaciones de descarga culminaron con fecha 13 de abril de 2019 a las 13:30 horas y no el 10 de abril de 2019 a las 23:00 horas y (iii) se asignarían inicialmente tres (3) líneas para el posicionamiento de los camiones en el antepuerto; sin embargo, antes del inicio de operaciones de descarga se informó que se asignarían únicamente las líneas de antepuerto N° 4 y 5; lo que evidencia el incumplimiento del Plan de Operaciones.

ii.- APM se limita a señalar que el recargo objeto de análisis se generó debido a la falta de envío de camiones por parte de usuario; sin embargo, la Entidad Prestadora no reconoce la existencia de paralizaciones que le fueron imputables, debido a fallas en los equipos que utilizaron para ejecutar las labores de descarga, las cuales afectaron el desarrollo de las operaciones conforme a lo establecido en el Plan de Trabajo.

iii.- APM es responsable de implementar las medidas correspondientes para una fluida prestación de sus servicios, por lo que cuando la cuadrilla no es utilizada por causas que le son imputables, el consignatario de la carga no será responsable de asumir el pago de este recargo, como ha sucedido en el presente caso.

iv.- Finamente, 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 15 de octubre 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 añadiendo lo siguiente:

i.- Respecto a la variación en el inicio de operaciones alegado por ADM ANDINA, alegó que dicha variación fue debidamente comunicada al usuario mediante correo electrónico enviado por el área de operaciones de APM el 8 de abril de 2019 a las 8:38 horas, precisando que debido a que la nave KUWANA aun se encontraba realizando operaciones de descarga en el muelle asignado para la nave FOUR NABUCCO (muelle 04-A) y en el muelle contiguo se venía realizando operaciones de descarga de urea a granel, se procedió a reprogramar el atraque de la nave FOUR NABUCCO para el 9 de abril de 2019 a las 07:00 horas en el muelle 03-B.

ii.- En ese sentido, la variación de la fecha y hora del inicio de operaciones no fue responsabilidad de APM, habiendo sido realizada con la finalidad de salvaguardar la mercadería del usuario a fin de que no se contaminara. Agregó que al ser únicamente una variación en la fecha de inicio de la descarga, APM no vio pertinente realizar un cambio en el esquema de descarga pues el número de jornadas o recursos para la ejecución del mismo no varió.

iii.- Si bien en el Plan de Trabajo se indicó que se programarían tres (3) carriles para el posicionamiento de camiones en el antepuerto, ello no limitaba la posibilidad de que APM pueda modificar dicha asignación siempre que dicho cambio fuera comunicado previamente al usuario a fin de no generar congestión. En ese sentido, mediante correo electrónico del 9 de abril de 2019 a las 06:36 horas; esto es, siete (7) horas antes de dar inicio a la descarga de la nave FOUR NABUCCO, se informó a ADM ANDINA sobre el número de carriles finalmente asignados, por lo que el usuario tuvo la posibilidad de gestionar el envío de sus camiones considerando esta nueva asignación de carriles; no obstante, no cumplió con ello incurriendo en el recargo.

iv.- Reiteró que el "Cuadro de Reportes" elaborado por CANOPUS no es un medio probatorio que deba considerarse, pues no contiene un sustento fehaciente de lo que en él señala como sí ocurre con los documentos denominados "Estados de Hechos por Nave" y "Resumen/Nota de Tarja en donde se consignan tanto las paralizaciones registradas con el código 107 así como las paralizaciones no operativas atribuibles a APM.

v.- Al finalizar cada jornada de trabajo, el Área de Operaciones de APM remite al consignatario de la carga el Reporte Parcial de Operaciones en el cual se detallan las toneladas descargadas por turno, lo descargado por operación y el tonelaje faltante de la descarga, así como un estimado del término de las operaciones. En ese sentido, el apelante contó con información suficiente para organizar su logística a fin de poder retirar toda su mercadería dentro de los plazos establecidos y no incurrir en el recargo objeto de reclamo.

5.- El 27 de febrero de 2020, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de ambas partes, quedando la causa al voto.

6.- Con fecha 3 de marzo de 2020, APM presentó un escrito con sus alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento. Asimismo, precisó que si bien se planificó el inicio de las operaciones de descarga para el 8 de abril de 2019 a las 15:30 horas, durante dichas operaciones se detectaron daños por humedad a la carga como condición de arribo, suspendiéndose la operación de la nave por un total de veinticuatro (24) horas debido a la inspección fitosanitaria realizada en bahía a cargo de SENASA, quedando acreditado que la variación en el inicio de operaciones no se debió a una causa imputable a APM. Agregó que esta demora no fue contabilizada en el cobro del recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.

7.- El 4 de marzo de 2020, ADM ANDINA presentó un escrito con sus alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento y añadiendo lo siguiente:

i.- APM no ha presentado ninguna documentación que acredite que les fue remitido el Plan de Trabajo actualizado, es decir, que cumplió con informarles que las labores de descarga se iniciarían veintiún (21) horas con treinta (30) minutos después de lo inicialmente acordado.

ii.- En ese sentido, alegó que APM tiene la obligación de brindar información relevante al usuario sobre los servicios prestados, conforme a lo establecido en los artículos 5 y 7 del Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público.

iii.- Existieron deficiencias en la prestación del servicio brindado por APM pues el desarrollo de las operaciones de descarga se vio afectado por el hecho de que la Entidad Prestadora no contó con suficientes equipos para atender la demanda existente.

iv.- APM debe brindar un servicio eficiente, sin paralizaciones, sin retrasos y con todas las facilidades para el acceso al terminal a efectos de que no se perjudique al usuario. Agregó que dicho servicio debió de ejecutarse conforme a los acuerdos adoptados, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8.- 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 Nº F004-20834 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

9.- En el presente caso, ADM ANDINA cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que la demora en las operaciones de descarga se habría generado por el incumplimiento del Plan de Operaciones imputable a la Entidad Prestadora, el cual afectó la descarga de la nave FOUR NABUCCO.

10.- APM negó que las demoras en las operaciones de descarga le fueran atribuibles señalando que el cobro por el recargo de cuadrillas no utilizadas se sustentó en las paralizaciones registradas por la falta de envío de camiones para el retiro de la mercadería del usuario, precisando que si bien se realizó una modificación del Plan de Operaciones, ella fue comunicada al consignatario de la carga; esto es, a ADM ANDINA, por lo que ésta pudo organizar y gestionar el envío de sus unidades vehiculares.

11.- En atención a lo señalado, 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.

12.- Cabe recordar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias 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.

13.- En ese sentido, el artículo 33[3] 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.

14.- 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 calidad en la prestación de servicios previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de

---

[3] ***Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias***, *aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-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.
(…)

OSITRAN) respectivamente; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM[4], así como el literal b) del artículo 2[5] 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 Reglamento[6], el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

15.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM[7], concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN[8], 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.

16.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se verifica lo siguiente:

i.- La Resolución Nº 1 materia de impugnación fue notificada a ADM ANDINA el 5 de setiembre de 2019.

---

[4] ***Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM***. *Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN*
"***1.5.3 Materia de Reclamos***
(…)
1.5.3.1 La facturación y el cobro de los servicios que ofrece APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA, En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a APM TERMINALS CALLAO S.A.

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

[5] ***Reglamento de Reclamos de OSITRAN***
"***Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento***
1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:
a) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;
*b) **Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN**.*
c) Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;
d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN.
Asimismo regula el procedimiento de arbitraje, en los casos que corresponda.

[6] ***Reglamento de Reclamos de OSITRAN***
"***Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias***

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

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

[7] ***Reglamento Reclamos de APM***

"***3.1.2 Recurso de Apelación***

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

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

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

[8] ***Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-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".

ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que ADM ANDINA interponga el recurso de apelación venció el 26 de setiembre de 2019.

iii.- ADM ANDINA presentó el recurso de apelación el 26 de setiembre de 2019, es decir, dentro del plazo legal.

17.- 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 General[9], 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.

18.- 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"

19.- 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*

[9] ***TUO de la Ley N° 27444***

"***Artículo 220.- Recurso de apelación***

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

obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

20.- 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).

21.- 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 facultada a cobrar una tarifa o un precio.

22.- 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]

23.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"[10]. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

"*Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada*

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

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

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

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

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

[El subrayado es nuestro]

24.- 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.

25.- 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

[10] http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf

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.

26.- 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]

27.- 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]

28.- 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.

29.- 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.

30.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"[11] que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, se establece entre los recargos aplicables a la nave el recargo por "Compensación de Cuadrillas No

[11] **PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGOS**

Recargos a los Servicios prestado a la Nave
Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada
El recargo aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del Servicio Estándar, de acuerdo al Plan de Operaciones, este se cancela, se suspende o se paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes dependiendo del contrato de fletamento. En el caso de la suspensión o paralización, se aplicará el recargo cuando este prolongue las horas de trabajo del personal asignado, de acuerdo al Plan de Operaciones.
(…)

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

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.

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

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

32.- En virtud del Contrato de Concesión[12] suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)[13]. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

> "***DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA***
>
> *8.1.- La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho (…) así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario así como a prestar los Servicios a los Usuarios. Para el cumplimiento de tal obligación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá observar, como mínimo, los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos.*
>
> *(…)*
>
> *La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito y a tomar las decisiones que considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, respetando los términos y condiciones del presente Contrato de Concesión y las Leyes y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables."*

[El subrayado es nuestro]

---

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

[13] ***Contrato de Concesión***

*"**DEFINICIONES***
1.23. En este Contrato de Concesión, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:
1.23.26. Concesión
Es la relación jurídica de derecho público que se establece entre el CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA a partir de la Fecha de Suscripción de los Contratos, mediante la cual el CONCEDENTE otorga a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el derecho a explotar y la obligación de diseñar construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito, durante el plazo de vigencia del Contrato de Concesión. (…)"
SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN
4.1. La Concesión del Terminal Norte Multipropósito, se otorga por un plazo de treinta (30) años, contado desde la Fecha de Suscripción de los Contratos".

33.- 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]

34.- 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 resultado[14].

35.- 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

36.- El Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público[15], 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 brindan como consecuencia de la explotación de las ITUP está regida por los siguientes principios:*
>
> *a) **Transparencia. -** Los Usuarios deben 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 Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, y para la presentación de sus Reclamos o interposición de las Denuncias que consideren pertinentes (...)"*

[14] *Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", Law & Society Review, Volume 37, Issue 4, pp. 691–730.*

[15] Aprobado a través de la Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN.

> ***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…".*

37.- 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*".

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

> "*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*".
>
> *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*".

39.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en la que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.

40.- 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.

41.- 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.

42.- Ahora bien, la forma en que la Entidad Prestadora brindará información a los usuarios del terminal portuario sobre los servicios que presta, también se encuentra regulada en el citado Reglamento de Operaciones, tal como se aprecia en los siguientes dispositivos:

> ***Artículo 61.- <u>Las comunicaciones entre los usuarios y APM TERMINALS se realizan vía correo electrónico o cualquier otro medio documentado</u>**. Las comunicaciones comprenderán aspectos relacionados a las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios.*
>
> > ***Artículo 70.- APM TERMINALS es responsable de:***
> > *(…)*
> > *70.4***.- <u>*Informar a los usuarios que correspondan, vía correo electrónico o vía website http://www.apmterminalscallao.com.pe* la asignación de amarraderos (BERTHING) junto con la lista de arribos de naves, así como *cualquier variación que afecte la planificación establecida*</u>** *(…)"*

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

43.- Considerando lo expuesto precedentemente, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, las cuales deben ser trasmitidas a través del correo electrónico o medio documentado, 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.

<u>Sobre el cobro de la factura Nº F004-20834</u>

44.- En el presente caso, ADM ANDINA cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando el incumplimiento del Plan de Operaciones por parte de APM en atención a que se acordó que las operaciones de descarga se iniciarían el 8 de abril de 2019 a las 15:30 horas; y finalmente se iniciaron el 9 de abril de 2019 a las 13:05 horas.

45.- Agregó que durante las operaciones de descarga de la nave FOUR NABUCCO se registraron paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora que afectaron el desarrollo de las operaciones ocasionado la prolongación de jornadas de trabajo programadas.

46.- APM negó que las demoras en la secuencia de las operaciones de descarga se hubieran debido a las razones manifestadas por ADM ANDINA, señalando que el cobro por el recargo de cuadrillas no utilizadas se sustentó en las paralizaciones registradas por la falta de envío de camiones para el retiro de la mercadería por parte del usuario.

47.- Agregó que si bien se modificó el Plan de Trabajo, esta variación no fue imputable a APM habiendo sido realizada con la finalidad de salvaguardar la mercadería del usuario a fin de que no se contaminara debido a que la nave KUWANA aún se encontraba realizando operaciones de descarga en el muelle asignado a la nave FOUR NABUCCO (muelle 04-A); y en el muelle contiguo se venía realizando operaciones de descarga de urea a granel, procediéndose a reprogramar el atraque de la nave FOUR NABUCCO para el 9 de abril de 2019 a las 07:00 horas en el muelle 03-B. Precisó que dicha variación fue comunicada a ADM ANDINA teniendo este la posibilidad de organizar y gestionar el envío de sus unidades vehiculares a fin de evitar incurrir en el recargo por cuadrilla no utilizada.

48.- 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.

49.- Sobre el particular, el Reglamento de Operaciones de APM 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.*"

50.- 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.

51.- Cabe resaltar que el artículo 9° del Reglamento de Operaciones de APM[16] 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.

52.- Asimismo, debe recordarse que si bien el artículo 63 del Reglamento de Operaciones de APM[17] establece que APM "*podrá modificar el Plan de Operaciones antes y durante el desarrollo de las*

[16] **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."

[17] **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."

mismas, de acuerdo a una eficiente asignación de recursos atendiendo a cada circunstancia, bajo los principios que rigen la actividad portuaria"; ello no lo exime de su obligación de poner a conocimiento del usuario cualquier modificación que pudiera alterar el Plan de Operaciones inicialmente acordado; más aún teniendo en cuenta que las operaciones portuarias contienen un alto grado de complejidad, por lo que se hace necesario que el usuario tenga contacto constante con la Entidad Prestadora de manera tal que le informe sobre cualquier aspecto que pueda tener relación con el servicio a ser prestado o sobre cualquier evento o circunstancia que pueda alterar su prestación.

53.- En atención a lo señalado, el Plan de Operaciones por parte de la Entidad Prestadora cobra importante relevancia pues lo acordado en este permite al 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.

54.- De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Trabajo – FOUR NABUCCO"[18], conforme se aprecia a continuación:

Plan de Trabajo nave FOUR NABUCCO (PO)

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	8/04/2019	15:30 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	10/04/2019	23:00 horas
Muelle (descarga)	04-A	

Nº Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo[19]	B1	B2	B3	B4	B5	Nº de Cuadrillas
1	8/04 (15:00 - 23:00)	x		x		x	3
2	8/04 (23:00 - 07:00)	x			x	x	3
3	9/04 (07:00 - 15:00)	x		x		x	3
4	9/04 (15:00 - 23:00)	x	x	x		x	3
5	9/04 (23:00 - 07:00)		x	x	x	x	3
6	10/04 (07:00 - 15:00)		x	x	x		3
7	10/04 (15:00 - 23:00)		x		x		2
Total de cuadrillas programadas							**20**

[18] Folio 99 y 100

[19] 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)

55.- Como puede verificarse, de acuerdo con el Plan de Operaciones elaborado por APM, se programó que el proceso de descarga de la nave FOUR NABUCCO se realizaría en un total de siete (7) jornadas de trabajo y veinte (20) cuadrillas, estableciendo como fecha de inicio de operaciones el 8 de abril de 2019 a las 15:30 horas.

56.- No obstante, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"[20] emitido y presentado por APM, que también obra en el expediente, se aprecia que las operaciones de descarga vinculadas con la nave FOUR NABUCCO se desarrollaron conforme al siguiente detalle:

Reporte Final de Operaciones (RFO)

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	9/04/2019	13:05 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	13/04/2019	13:30 horas
Muelle (descarga)	03-B	

Nº Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo[21]	B1	B2	B3	B4	B5
1	9/04 (13:05 - 15:00)	x		x		x
2	9/04 (15:00 - 23:00)	x	x	x	x	x
3	9/04 (23:00 - 07:00)			x	x	x
4	10/04 (07:00 - 15:00)			x	x	x
5	10/04 (15:00 - 23:00)			x	x	x
6	10/04 (23:00 - 07:00)	x		x	x	x
7	11/04 (07:00 - 15:00)	x	x	x	x	x
8	11/04 (15:00 - 23:00)	x	x			x
9	11/04 (23:00 - 07:00)	x	x			x
10	12/04 (07:00 - 15:00)	x	x			
11	12/04 (15:00 - 23:00)	x	x			
12	12/04 (23:00 - 07:00)	x	x			
13	13/04 (07:00 - 13:30)	x	x			
Total de cuadrillas utilizadas						34

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

[20] Folio 101

[21] 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)

i.- El inicio de descarga de la nave FOUR NABUCCO, según el Plan de Operaciones, estuvo programado para el 8 de abril de 2019 a las 15:30 horas; sin embargo, la descarga recién se inició el 9 de abril de 2019 a las 13:05 horas; esto es, veintiún (21) horas y veinticinco (25) minutos después de lo programado.

ii.- Conforme a lo acordado, la descarga de la nave FOUR NABUCCO se realizaría en su totalidad en el muelle 04-A; no obstante, del Reporte Final de Operaciones se aprecia que las operaciones de descarga se ejecutaron en el muelle 03-B, es decir, uno distinto al inicialmente asignado.

iii.- Para la descarga de la nave FOUR NABUCCO se programaron siete (7) jornadas de trabajo; no obstante, en los hechos se llevó a cabo en trece (13) jornadas, variándose el Plan de Operaciones originalmente informado.

58.- Así pues, la variación en el inicio de operaciones afectó las operaciones de descarga de la mercancía transportada por la nave FOUR NABUCCO, generando la necesidad de programar jornadas y cuadrillas adicionales para ejecutar el retiro de la carga asignada a ADM ANDINA, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro comparativo de las operaciones de descarga de la nave FOUR NABUCCO

Nave FOUR NABUCCO	**Plan de Operaciones inicialmente programado**		**Plan de Operaciones finalmente ejecutado**
	Fecha y Horario		**Fecha y Horario**
Inicio de operaciones de la nave	8/04 15:30 horas **Muelle 04-A**		9/04 13:05 horas **Muelle 03-B**
Jornadas de descarga de las bodegas Nº 1, 2, 3, 4 y 5	1	8/04 (15:00 - 23:00)	9/04 (13:05 - 15:00)
	2	8/04 (23:00 - 07:00)	9/04 (15:00 - 23:00)
	3	9/04 (07:00 - 15:00)	9/04 (23:00 - 07:00)
	4	9/04 (15:00 - 23:00)	10/04 (07:00 - 15:00)
	5	9/04 (23:00 - 07:00)	10/04 (15:00 - 23:00)
	6	10/04 (07:00 - 15:00)	10/04 (23:00 - 07:00)
	7	10/04 (15:00 - 23:00)	11/04 (07:00 - 15:00)
	8	-	11/04 (15:00 - 23:00)
	9	-	11/04 (23:00 - 07:00)
	10	-	12/04 (07:00 - 15:00)
	11	-	12/04 (15:00 - 23:00)
	12	-	12/04 (23:00 - 07:00)
	13	-	13/04 (07:00 - 13:30)
Fin de operaciones de la nave	10/04 23:00 horas		13/04 13:30 horas

59.- Asimismo, de los documentos denominados "Estados de Hecho" y "Resumen / Nota de Tarja" de la nave FOUR NABUCCO presentados por APM, se observa el registro de las paralizaciones que resultan imputables a APM, las cuales se detallan a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA		OCURRENCIA	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	09/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 4: Movilización de equipos Bodega 4: Desperfecto en grúa	19:00 - 19:40 23:25 - 23:35	50
2	10/04 (07:00 - 15:00) 10/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 4: Cuchara malograda Bodega 3: Movilización de grúa	12:25 - 13:05 22:30 - 23:00	70
3	11/04 (07:00 - 15:00)	Bodega 1: Limpieza de bodega	07:20 - 08:05 09:10 - 10:15 10:35 - 11:20	319
		Bodega 3: Ingreso de Máquina Bodega 1: Limpieza de bodega Bodega 3: Ingreso de Máquina	10:35 - 11:24 12:15 - 13:55 13:20 - 13:35	
4	11/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 1: Desconexión de cuchara Bodega 1: Falla en equipo Hopper Bodega 1: Movilización de equipos	17:15 - 17:30 19:35 - 19:55 20:40 - 20:55	50
5	12/04 (15:00 - 23:00)	Bodega 2: Falta de combustible Bodega 1: Verificación de Hopper	17:05 - 17:25 20:25 - 20:50	45
6	13/04 (07:00 - 15:00)	Bodega 1: Ingreso de Payloader	09:10 - 09:35	25
TOTAL DE PARALIZACIONES				**559 minutos**

60- Así pues, de la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron quinientos cincuenta y nueve (559) minutos; esto es, nueve (9) horas con diecinueve (19) minutos de paralizaciones imputables a APM.

61.- Como se observa, los hechos señalados evidencian el incumplimiento del Plan de Operaciones, en la medida que: i) no se inició la descarga en la fecha 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 FOUR NABUCCO, todo lo cual alteró la secuencia de la descarga de las bodegas de la citada nave y generó la necesidad de programar jornadas y cuadrillas adicionales para ejecutar el retiro de la carga asignada a ADM ANDINA.

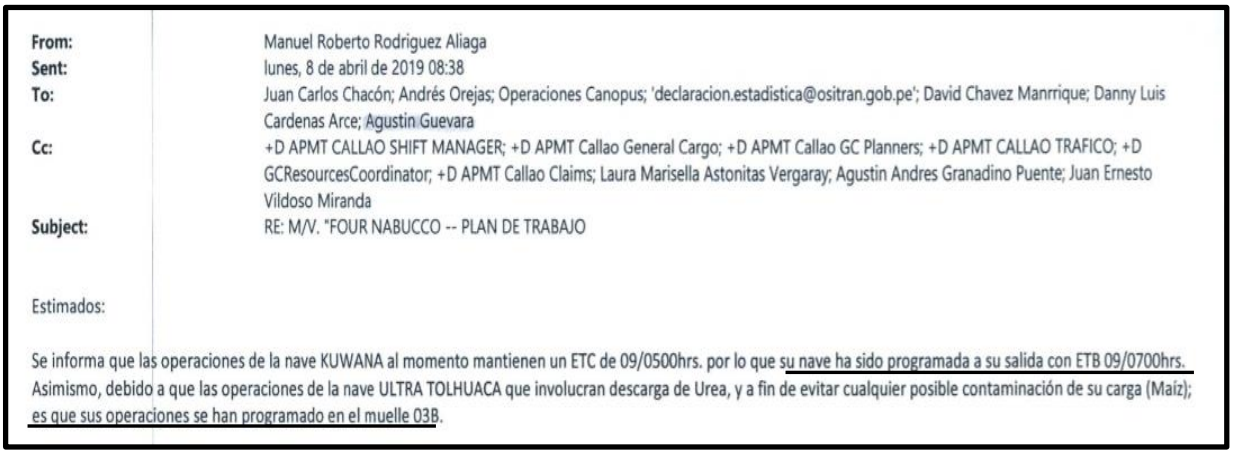
62.- Al respecto, cabe recordar que la Entidad Prestadora es responsable de ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones teniendo la potestad de modificarlo de acuerdo a las circunstancias que presente cada operación.

63.- No obstante, como se ha mencionado precedentemente, tanto el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público y el Reglamento de Operaciones de APM; reconocen el derecho a la información que le asiste al usuario, consecuencia de lo cual la Entidad Prestadora tiene la obligación de brindar información completa y detallada sobre la forma en que los servicios finalmente serán brindados por APM a fin de que el usuario o consignatario de la mercadería pueda adoptar las decisiones que más les convenga permitiéndose maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.

64.- 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 y de manera oportuna, a fin de que 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.

65.- Cabe mencionar que el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN[22] dispone que en los reclamos relacionados con la facturación, información y calidad en la prestación del servicio, corresponde a la Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron conforme a las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.

66.- En el caso en particular, cabe señalar que a lo largo del procedimiento APM manifestó que si bien efectivamente existió una variación en la fecha y hora de inicio de las operaciones de descarga de la nave FOUR NABUCCO, dicha variación fue comunicada al consignatario de la carga mediante correo electrónico enviado a las 08:38 horas del 8 de abril de 2019, el cual se aprecia a continuación:



From: Manuel Roberto Rodriguez Aliaga
Sent: lunes, 8 de abril de 2019 08:38
To: Juan Carlos Chacón; Andrés Orejas; Operaciones Canopus; 'declaracion.estadistica@ositran.gob.pe'; David Chavez Manrrique; Danny Luis Cardenas Arce; Agustin Guevara
Cc: +D APMT CALLAO SHIFT MANAGER; +D APMT Callao General Cargo; +D APMT Callao GC Planners; +D APMT CALLAO TRAFICO; +D GCResourcesCoordinator; +D APMT Callao Claims; Laura Marisella Astonitas Vergaray; Agustin Andres Granadino Puente; Juan Ernesto Vildoso Miranda
Subject: RE: M/V. "FOUR NABUCCO -- PLAN DE TRABAJO

Estimados:

Se informa que las operaciones de la nave KUWANA al momento mantienen un ETC de 09/0500hrs. por lo que su nave ha sido programada a su salida con ETB 09/0700hrs.
Asimismo, debido a que las operaciones de la nave ULTRA TOLHUACA que involucran descarga de Urea, y a fin de evitar cualquier posible contaminación de su carga (Maíz); es que sus operaciones se han programado en el muelle 03B.

[22] **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**
*"**Artículo 34.- Procedimiento ante la Entidad Prestadora***
(…)
En los reclamos relacionados con la facturación, información, calidad e idoneidad del servicio corresponde a la Entidad Prestadora probar que estos se brindaron conforme las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente."

67.- Al respecto, cabe indicar que de la información obrante en el expediente se verifica que mediante correo electrónico del 7 de abril de 2019 a las 23:22 horas, APM remitió al usuario el Plan de Operaciones de la nave FOUR NABUCCO en el cual se consignó cómo se desarrollarían las labores de descarga, programándose su inicio para el 8 de abril de 2019 a las 15:30 horas en el muelle 04-A; no obstante lo cual, del correo electrónico precedentemente reseñado, se constata también que el 8 de abril de 2019 a las 08:38 horas; esto es, nueve (9) horas con dieciséis (16) minutos después de notificado el Plan inicial, la Entidad Prestadora comunicó a ADM ANDINA la variación de la fecha y hora del inicio de operaciones así como la asignación de un muelle distinto para el arribo de la nave FOUR NABUCCO.

68.- En este punto, debe tenerse en cuenta que los usuarios planifican la cantidad y frecuencia de camiones para el recojo de su mercadería del terminal portuario sobre la base de la información inicialmente recibida por la Entidad Prestadora, por lo que las unidades de transporte que ingresan al terminal son contratadas con un tiempo de antelación.

69.- En ese sentido, en caso exista una modificación de las condiciones del Plan de Operaciones, corresponderá a la Entidad Prestadora acreditar que cumplió con comunicar dicha variación de manera oportuna, de modo que se evidencie que el usuario tuvo la posibilidad de reprogramar a tiempo el envío de sus unidades para la atención de la descarga de su mercadería y así evitar incurrir en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

70.- Sin embargo, en el presente caso se verifica que APM comunicó al usuario la variación de la fecha y hora del inicio de operaciones, así como la asignación de un nuevo muelle para el arribo de la nave FOUR NABUCCO el 8 de abril de 2019 a las 08:38 horas, es decir, seis (6) horas con cincuenta y dos (52) minutos antes del inicio de las operaciones previstas en el Plan inicial; por lo que la información remitida por la Entidad Prestadora al consignatario de la carga acerca de las nuevas condiciones en las que se prestaría el servicio conforme a la cual debía reprogramar el envío de sus unidades de transporte, no fue comunicada de manera oportuna.

71.- Adicionalmente, se aprecia que en el mencionado correo electrónico del 8 de abril de 2019, APM precisó que la nueva fecha y hora de inicio de operaciones estaría programada para el 9 de abril de 2019 a las 07:00 horas; no obstante, de acuerdo con el Reporte Final de Operaciones las labores de desestiba de la nave FOUR NABUCCO finalmente se iniciaron el 09 de abril de 2019 a las 13:05 horas; esto es, seis (6) horas con cinco (5) minutos después de lo informado al usuario; evidenciándose con ello que la Entidad Prestadora tampoco inició las operaciones en el nuevo horario programado.

72.- Cabe recordar que todo usuario del Terminal Portuario tiene el derecho a que la Entidad Prestadora le otorgue información necesaria, adecuada, veraz, **oportuna** y detallada sobre las condiciones en las que los servicios serán brindados. Dicha información debe ser brindada por la Entidad Prestadora, toda vez que ostenta el control de los servicios que se prestan al interior del puerto, encontrándose, por tanto, en mejor posición para suministrarla.

73.- Por tanto, teniendo en cuenta que la Entidad Prestadora no ejecutó el Plan de Operaciones conforme a lo acordado inicialmente, ni informó de manera oportuna a ADM ANDINA las modificaciones que realizó a dicho Plan de modo que el usuario tuviera la posibilidad de reorganizar el envío de sus unidades de transporte para el recojo oportuno de su mercadería del terminal portuario; corresponde amparar el reclamo interpuesto por el usuario dejándose sin efecto el cobro del recargo de compensación de cuadrilla no utilizada recogido en la factura N° F004-20834.

.

Cuestiones Finales

74.- En cuanto al cuestionamiento de ADM ANDINA 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 municipales[23].

75.- 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]

76.- Como se desprende siendo una de las funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria el determinar la correcta aplicación de los tributos, corresponde a esta Entidad pronunciarse sobre la aplicación del I.G.V. en la facturación sobre el recargo por concepto de Compensación de Cuadrilla no utilizada; y, no a este Tribunal, el cual se circunscribe a verificar si el recargo fue emitido correctamente, es decir, si en efecto se registraron paralizaciones que afectaron el desarrollo del Plan de Operaciones programado; y, si en atención a ello se generó la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo que justifiquen el cobro del recargo.

---

[23] ***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. (…)"

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 OSITRAN[24];

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0322-2019 por APM TERMINALS CALLAO S.A.; y en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. respecto de la factura N° F004-20834 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

NT2020031607

[24] ***Reglamento de Reclamos de 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;
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".