

EXPEDIENTE : 172-2019-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/0363-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 29 de abril de 2020

SUMILLA: Habiéndose verificado que la Entidad Prestadora no cumplió con efectuar la descarga de la mercadería del usuario conforme al Plan de Operaciones inicialmente acordado ni acreditó haber comunicado oportunamente al usuario la variación del Plan corresponde dejar sin efecto el cobro por el recargo de cuadrillas no utilizadas materia de reclamo. Asimismo, corresponde que se haga responsable por el faltante reclamado por el usuario, al no haber acreditado con medio probatorio alguno que dicho faltante haya sido de origen.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. (en adelante, ADM ANDINA o apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0363-2019 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Con fecha 19 de agosto de 2019, ADM ANDINA interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° Foo4-23217, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US\$ 1,529.28 (mil quinientos veintinueve con 28/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV). Asimismo, solicitó a APM se haga responsable por el faltante de 148.592 TM¹ de su mercadería consistente en granos de maíz que transportó la nave GH ROUGH HABIT, argumentando lo siguiente:

¹ Abreviatura correspondiente a tonelada métrica.

- i.- El 09 de mayo de 2019 a las 23:26 horas APM le envió un correo electrónico adjuntando el Plan de Trabajo de la nave GH ROUGH HABIT en el cual se consignó que las operaciones de descarga se iniciarían el 10 de mayo de 2019 a las 07:15 horas, programándose nueve (9) jornadas de trabajo con diecinueve (19) cuadrillas.
- ii.- No obstante, mediante correo electrónico enviado el 12 de mayo de 2019 a las 16:27 horas, APM le informó que el Plan de Trabajo de la nave GH ROUGH HABIT había sido actualizado reprogramándose el inicio de operaciones para el 13 de mayo de 2019 a las 23:30 horas utilizándose siete (7) jornadas con (14) cuadrillas.
- iii.- Del cuadro denominado "*MV. GH ROUGH HABIT – CALLAO – Paralizaciones Computables a la Terminal*" emitido por el agente marítimo CANOPUS S.A se aprecia que las paralizaciones que afectaron la descarga de la nave GH ROUGH HABIT se debieron a hechos atribuibles a APM, tales como "falta de operador de la Megahopper", "reinicio de descarga", "fallas del sistema para el ingreso de camiones" y "fallas en el equipo Megahopper", las cuales suman un total de doce (12) horas con veintitrés (23) minutos.
- iv.- Asimismo, en el Protesto Informativo "M.N. GH ROUGH HABIT" presentado ante la Capitanía Guardacostas Marítima del Callao el 17 de mayo de 2019 por el surveyor² CONSUMARPORT, informaron que las horas efectivas de trabajo se vieron afectadas con paralizaciones imputables a APM por un total de cinco (5) horas y veinticuatro (24) minutos correspondientes a demoras en el reinicio de jornadas en las bodegas N° 1, 2, 3, 4 y 5, y paralizaciones por falta de unidades por congestión en balanza en las bodegas N° 3 y 5.
- v.- En atención a las diversas paralizaciones ocurridas durante el desarrollo de las operaciones de descarga de la nave GH ROUGH HABIT, su agente marítimo CANOPUS envió un correo electrónico a APM el 15 de mayo de mayo de 2019 a las 13:39 horas solicitando el cambio del equipo Megahopper y realizar la descarga de la mercadería vía arlona, lo que evidencia la existencia de deficiencias en la prestación del servicio brindado por la Entidad Prestadora.
- vi.- El recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se genera cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM 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 que no le corresponde asumir al usuario el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- vii.- La factura cuestionada ha sido emitida incluyendo el cobro del IGV cuando el "Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada" no debe estar gravado con el referido impuesto, en la medida que APM estaría pretendiendo cobrar una penalidad.

² Inspector marítimo.

- viii.- Por otro lado, la nave GH ROUGH HABIT transportó un total de 52,287.562 TM de mercadería consistente en maíz a granel; no obstante, debido a la mala maniobra de los equipos utilizados por el personal de APM, se ocasionó el derrame de la mercadería durante las operaciones de descarga; por lo que finalmente la Entidad Prestadora le hizo entrega de 52,138.970 TM de mercadería, es decir, 148.592 TM de mercadería menos del total arribado al terminal portuario. En ese sentido, solicitó que APM se haga responsable sobre dicho faltante (148.592 TM) equivalente a US\$ 27,216 dólares americanos.
 - ix.- Mediante los Protestos Informativos N° 11025 y N° 11247 elaborados por el surveyor, CONSUMARPORT, puso a conocimiento de la Capitanía Guardacostas Marítima del Callao que los faltantes en su mercadería consistente en maíz a granel se detectaron al finalizar las operaciones de descarga de la nave GH ROUGH HABIT y al finalizar el despacho de la mercadería de los silos de APM.
 - x.- Asimismo, mediante el documento denominado "*Standard Statement of Facts (Short Form) GH ROUGH HABIT*" emitido por el agente marítimo CANOPUS S.A. y suscrito por el Capitán de la Nave, se consignó que el peso descargado de la nave fue de 52,138.970 TM cuando el producto adquirido y trasladado había sido de 52,287.562 TM.
 - xi.- Por tanto, ha quedado acreditado que los faltantes ocurrieron producto de la negligencia incurrida en el servicio de descarga brindado por APM.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 10 de setiembre de 2019, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado de acuerdo a los siguientes argumentos:
- i.- Conforme a 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 por los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el "Recargo por Compensación por Cuadrilla No Utilizada"; el cual se aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.
 - ii.- El cobro por "Compensación de Cuadrilla No Utilizada" es un recargo y no una solicitud, aplicable cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
 - iii.- En el presente caso, acorde con el Plan de Trabajo de la nave GH ROUGH HABIT se planificó desarrollar la descarga de la mercadería de ADM ANDINA en siete (7) jornadas utilizando catorce (14) cuadrillas; sin embargo, de acuerdo con el Reporte Final de Operaciones, la descarga se prolongó hasta diez (10) jornadas utilizándose dieciocho (18)

cuadrillas; esto es, se utilizaron cuatro (4) cuadrillas adicionales equivalentes a veinticuatro (24) horas de recargo por compensación por cuadrillas³.

- iv.- Del documento denominado "Notas de Tarja" se aprecia que durante las operaciones de descarga de la nave GH ROUGH HABIT se registraron un total de doce (12) horas con dieciséis (16) 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 nueve (9) horas de paralizaciones, considerando que el cobro se realiza por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM⁴.
- vi.- No obstante, en la factura objeto de reclamo, por un error a favor de ADM ANDINA, APM facturó únicamente ocho (8) horas por compensación de cuadrillas no utilizadas.
- vii.- En relación a las paralizaciones imputables a APM alegadas por ADM ANDINA, en el documento emitido por el agente marítimo CANOPUS se verificó que se consignaron erróneamente demoras propias de la operación como "Estibadores a bordo", "reinicio de descarga", entre otros; sin perjuicio de lo cual las demoras no operativas que le fueron imputables habían sido descontadas ya conforme se indicó precedentemente.
- viii.- Respecto al presunto incumplimiento del Plan de Trabajo, si bien es cierto que el Plan se vio extendido en más jornadas de trabajo y cuadrillas, ello no obedeció a la falta de camiones que debió enviar ADM ANDINA para recoger su mercadería oportunamente, más aún cuando al finalizar cada jornada de trabajo se cumplió con remitir al usuario los reportes parciales de las operaciones donde se detallaron las toneladas descargadas, las toneladas por descargar y lo estimado a la finalización de las operaciones; por lo que ADM ANDINA tuvo la oportunidad de gestionar el retiro de su mercadería conforme a lo planificado y no incurrir en el recargo materia de reclamo.
- ix.- 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 Cada cuadrilla adicional equivale a ocho (8) horas.

⁴ 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.

- x.- Por otro lado, respecto al alegado faltante de mercadería, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil, APM resulta responsable de los daños reclamados siempre y cuando sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de alguna de sus obligaciones; correspondiendo la carga de probar los referidos daños al usuario conforme a lo previsto en los artículos 1331 del Código Civil y 196 del Código Procesal Civil.
- xi.- En el presente caso, para acreditar el faltante de mercadería ADM ANDINA presentó los siguientes medios probatorios:
- La factura comercial de la mercadería descargada; sin embargo, dicho documento no acredita que la cantidad de la mercadería alegada por el usuario fue efectivamente embarcada en la nave GH ROUGH HABIT ni que toda la mercadería arribó completa al terminal portuario, ni mucho menos la responsabilidad de APM en el supuesto faltante.
 - Los Protestos Informativos emitidos por el surveyor CONSUMARPORT, los cuales fueron presentados ante la Capitanía de Guardacostas Marítima del Callao, en los cuales se consignó que la nave GH ROUGH HABIT tenía manifestado para ADM ANDINA la mercadería de 52,287.652 TM de maíz y que al momento de la descarga se detectó diferencia entre el total de la mercadería manifestada y el total de la descargada; esto es, que se trataría de un faltante de origen. En los citados documentos también se dejó constancia de que la responsabilidad de dichos faltantes correspondía a los armadores y/o fletadores y/o capitán de la nave.
- xii.- Los certificados de peso emitidos por APM evidencian que la mercancía descargada es la entregada al usuario; y que de haber existido un faltante resultaría de origen, de conformidad con el artículo 120 del Reglamento de Operaciones de APM el cual establece lo siguiente:

"Artículo 120.- El Usuario que considere que: i) su mercancía ha sufrido daños o; ii) su mercancía se encuentra incompleta o; iii) APMTTC ha causado daños en la estructura o equipamiento de la Nave iv) daños a las unidades de transporte y v) daños a las instalaciones del terminal portuario podrá interponer su reclamo de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de APMTTC.

(...)

b) Faltante de Carga

En el caso de naves graneleras (descarga directa e indirecta) las discrepancias de carga se determinan por la diferencia entre el manifiesto de carga y la suma del pesaje que se hace a cada uno de los camiones a la salida del Terminal Portuario. El Certificado de Peso emitido por APMTTC es constancia de lo efectivamente descargado en el Terminal Portuario. En ese sentido, cualquier discrepancia entre el manifiesto de carga UDL, plano de estiba y bill of lading con el certificado de peso, constituye un faltante de origen y no será de responsabilidad de APMTTC".

- xiii.- En ese sentido, los medios probatorios presentados por ADM ANDINA no acreditan la responsabilidad de APM por los presuntos faltantes de mercadería ocurridos durante las operaciones de descarga de la nave GH ROUGH HABIT; por el contrario, queda demostrado que se entregó al usuario toda la mercadería que efectivamente descargó la mencionada nave.
- 3.- Con fecha 01 de octubre de 2019, ADM ANDINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 reiterando los argumentos expuestos en su reclamo agregando lo siguiente:
- i.- El 9 de mayo de 2019 a las 23:26 horas, APM envió el correo electrónico adjuntando el Plan de Trabajo de la nave GH ROUGH HABIT, en el cual se consignó que las operaciones de descarga se iniciarían el 10 de mayo de 2019 a las 07:15 horas, para lo cual se programó nueve (9) jornadas de trabajo con dieciocho (18) cuadrillas.
 - ii.- Sin embargo, el 12 de mayo de 2019 a las 16:27 horas, APM envió otro correo electrónico informando que el Plan de Trabajo de la nave GH ROUGH HABIT había sido actualizado, por lo que el inicio de operaciones sería reprogramado para el 13 de mayo de 2019 a las 23:30 horas, asignándose siete (7) jornadas de trabajo con catorce (14) cuadrillas, esto es, dos (2) jornadas de trabajo y cuatro (4) cuadrillas menos que lo acordado en el Plan de Trabajo inicial.
 - iii.- Asimismo, en el citado Plan actualizado se consignó que las operaciones de descarga culminarían el 16 de mayo de 2019 a las 07:00 horas; no obstante, las labores de descarga culminaron el 17 de mayo de 2019 a las 00:20 horas, lo que evidencia el incumplimiento del Plan de Operaciones.
 - iv.- 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.
 - v.- En ese sentido, en el cuadro denominado "MV. GH ROUGH HABIT – CALLAO – Paralizaciones Computables a la Terminal" emitido por el agente marítimo CANOPUS, se acredita la existencia de paralizaciones imputables a APM por doce (12) horas con veintitrés (23) minutos correspondientes a la falta del operador de la Megahopper, reinicio de descarga, paralización por congestión de camiones en balanza, falla del sistema para el ingreso de camiones y fallas en la Megahopper.
 - vi.- Reiteró que durante las operaciones de descarga de la nave GH ROUGH HABIT, se detectó el derrame de su mercadería debido a la mala maniobra de los equipos por parte del personal de APM; consecuencia de lo cual se registró un faltante de 148.592 TM,

correspondiendo a APM asumir la responsabilidad por dicho faltante en la medida que ello ocurrió durante la prestación del servicio de descarga brindado por la Entidad Prestadora.

- 4.- El 16 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 los argumentos esgrimidos en su Resolución N° 1 añadiendo lo siguiente:
- i. ADM ANDINA tenía pleno conocimiento del Plan de Trabajo con los detalles de las operaciones de descarga y obligaciones que debía cumplir a efectos de no incurrir en el recargo materia de reclamo; sin embargo, no cumplió con la frecuencia de envío de los camiones para el recojo de su mercadería. Agregó que el apelante no ha cumplido con presentar medio probatorio alguno que permita acreditar el envío de sus unidades vehiculares de manera fluida.
 - ii. ADM ANDINA ha considerado erróneamente como demoras imputables a APM los tiempos propios de la operación, los cuales resultan necesarios para el desarrollo de las mismas, por lo que dichas paralizaciones no pueden ser descontadas en el cálculo del recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.
 - iii. Respecto a los faltantes de mercadería en la operación de descarga de la nave GH ROUGH HABIT, ADM ANDINA adjuntó como medio probatorio la factura comercial de la mercadería descargada. Al respecto, dicha factura solo acredita la venta entre el comprador y el vendedor de la mercadería, es decir, no constituye un medio de prueba que demuestre que la cantidad de la mercadería adquirida fue embarcada en la nave, ni que ésta fue la que arribó al terminal portuario ni mucho menos la responsabilidad de APM por el alegado faltante.
 - iv. Asimismo, los Protestos Informativos emitidos por el surveyor CONSUMARPORT presentados por ADM ANDINA evidencian que el presunto faltante es de origen, al haberse consignado que el faltante se detectó en el momento de la descarga, es decir, que la mercadería del apelante arribó al terminal portuario del Callao con menos mercadería que la manifestada.
 - v. Finalmente, en el supuesto negado de que ADM ANDINA hubiese demostrado que efectivamente se embarcó el total de la cantidad manifestada de su mercadería en la nave GH ROUGH HABIT; esto es, las 52,287.562 TM de granos de maíz, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 152 del Reglamento de la Ley General de Aduanas:

"Artículo 152.- Alcances de la responsabilidad del transportista o su representante en el país

El transportista o su representante en el país no es responsable por la pérdida de carga a granel, cuando por efecto de la influencia climatológica, evaporación o volatilidad, se produzca la pérdida de peso, siempre y cuando ésta no exceda del dos por ciento (2%) para

la diferencia entre el peso manifestado por el transportista o su representante en el país y el peso recibido por el almacén aduanero o el dueño o consignatario, según corresponda".

- vi. En ese sentido, ADM ANDINA no ha presentado los medios probatorios que acrediten la responsabilidad de APM por los presuntos faltantes durante las operaciones de descarga, pues, por el contrario, cumplió con hacer entrega de toda la mercadería que fue descargada de la nave GH ROUH HABIT.
- 5.- El 27 de febrero de 2020, se realizó la audiencia de vista de la causa quedando la causa al voto.
 - 6.- Con fecha 03 de marzo de 2020, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento y agregando lo siguiente:
 - i. En el Plan de Operaciones se describen las actividades a realizarse para el cumplimiento de la descarga de la mercadería, como son la asignación de los recursos, personal y número de jornadas para la descarga. En ese sentido, la modificación de la fecha de inicio de las operaciones de la descarga no guarda relación con una posible variación del Plan de Operaciones en la medida que el número de recursos, personal y jornadas a trabajar no se ven afectadas, salvo que APM decida realizar una variación de los mismos a solicitud del consignatario de la carga o alguna necesidad operativa justificada, lo que no ocurrió en el presente caso.
 - ii. ADM ANDINA responsabilizó a APM por el presunto faltante de su mercadería; sin embargo, no presentó medio probatorio alguno que acredite dicha responsabilidad. Por el contrario, en los Protestos Informativos elaborados por el surveyor CONSUMARPORT lo eximen de responsabilidad, toda vez que en dicho documento se delegó la responsabilidad a los armadores, fletadores y/o capitán de la nave.
 - iii. De conformidad con el documento denominado "EMPTY HOLD CERTIFICATE" se acredita que mercadería que transportó la nave GH ROUH HABIT fue descargada en su totalidad, por lo que de existir un faltante este sería de origen.
 - iv. Finalmente, la carga manifestada de ADM ANDINA era de 52,287.62 TM y según el portal de SUNAT se recibió el mismo peso, por lo que el apelante no tendría por qué atribuir la responsabilidad a APM sobre el presunto faltante de carga.
 - 7.- Con fecha 04 de marzo de 2020, ADM ANDINA presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.

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 N° Foo-23217 emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.
- iii.- Determinar si APM es responsable por el faltante alegado por ADM ANDINA.

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 incumplimiento del Plan de Operaciones imputable a la Entidad Prestadora, el cual afectó la descarga de la nave GH ROUH HABIT. Asimismo, solicitó que la Entidad Prestadora se hiciera responsable por el faltante de 148.592 TM de su mercadería consistente en granos de maíz.
- 10.- Por su parte, APM indicó que las paralizaciones en las operaciones de descarga se originaron debido a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía, por lo que se procedió a facturar el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas. Asimismo, precisó que el faltante alegado por ADM ANDINA era de origen, lo que se encuentra fuera del ámbito de su responsabilidad.
- 11.- 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.
- 12.- En ese sentido, el artículo 33⁵ del mismo 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.

⁵ 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.

d) Daños o pérdidas en perjuicios de los usuarios de acuerdo con los montos mínimos que establezca el Consejo Directivo, provocados por la negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes.

(...)

- iii) Daños o pérdidas en perjuicio de los usuarios provocados por la negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes.
- 13.- El presente caso versa sobre cobro de recargo por cuadrillas no utilizadas, así como la atribución de responsabilidad que ADM ANDINA le imputa a APM por el presunto faltante ocasionado a su mercadería consistente en granos de maíz; en ese sentido, lo cuestionado por ADM ANDINA se encuentra previsto como un supuesto de reclamo por facturación o cobro de servicios, así como calidad en el servicio y daños o pérdidas en perjuicio del usuario, previstos en los literales a), c) y d) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); los numerales 1.5.3.1, 1.5.3.2 y 1.5.3.3 del Reglamento de Reclamos de APM⁶, así como el literal b) del artículo 2⁷ 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 Reglamento⁸, 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 APM⁹, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁰, el plazo que tiene el usuario para la

⁶ **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.

1.5.3.3 Daños o pérdidas en perjuicio de los USUARIOS, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de APM TERMINALS CALLAO S.A., vinculados con los servicios proporcionados por la entidad, y que derivan de la explotación de la INFRAESTRUCTURA".

⁷ **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.

⁸ **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".

⁹ **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".

¹⁰ **Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN**

interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

- 15.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 1 materia de impugnación fue notificada a ADM ANDINA el 10 de septiembre de 2019.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que ADM ANDINA interponga el recurso de apelación venció el 1 de octubre de 2019.
 - iii.- ADM ANDINA presentó el recurso de apelación el 1 de octubre 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 General¹¹, 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.

"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".

¹¹ **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".

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."

- 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 facultada 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 (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]

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"¹². 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.

¹² <http://www.apmterminalscaillao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicioso8072013.pdf>

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]

- 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”.

[El subrayado es nuestro]

- 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.”

[El subrayado es nuestro]

- 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"¹³ que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, se establece entre los recargos aplicables a la nave el recargo por "Compensación de Cuadrillas No Utilizadas", por lo que dicha entidad prestadora se encuentra facultada a poder repetir este cobro, no sólo a la línea naviera, sino también al consignatario de la carga, siempre y cuando se haya comprobado que la aplicación de ese recargo fue responsabilidad de éste último.
- 30.- 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

- 31.- En virtud del Contrato de Concesión¹⁴ 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)¹⁵. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

13 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.

(...)

¹⁴ *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.*

¹⁵ **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 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 resultado¹⁶.

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

¹⁶ 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.

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.- El Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público¹⁷, 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 (...)*”

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:

“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”.

¹⁷ 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 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.
- 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.- 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.- Las comunicaciones entre los usuarios y APM TERMINALS se realizan vía correo electrónico o cualquier otro medio documentado. 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.- *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 (...)"*

[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

- 42.- Considerando lo expuesto precedentemente, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, las cuales deben ser transmitidas 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.

Sobre el cobro de la factura N° Foo4-23217

- 43.- En el presente caso, ADM ANDINA cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando incumplimiento del Plan de Operaciones imputable a la Entidad Prestadora, en la medida que conforme a lo acordado en el Plan original las operaciones de descarga de la nave GH ROUGH HABIT se iniciarían el 10 de mayo de 2019 a las 07:15 horas, para lo cual se programaron nueve (9) jornadas de trabajo con dieciocho (18) cuadrillas. No obstante, el 12 de mayo de 2019 a las 16:27 horas, APM envió un correo electrónico informando que el Plan había sido actualizado, por lo que el inicio de operaciones sería reprogramado para el 13 de mayo de 2019 a las 23:30 horas, asignándose siete (7) jornadas de trabajo con catorce (14) cuadrillas, esto es, dos (2) jornadas de trabajo y cuatro (4) cuadrillas menos que el acordado en el Plan original.
- 44.- Agregó que durante las operaciones de descarga de la nave GH ROUGH HABIT se registraron paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora que afectaron el desarrollo de las operaciones ocasionando la prolongación de las jornadas de trabajo.
- 45.- Por su parte, APM indicó que la existencia de paralizaciones en las operaciones de descarga se originó debido a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía, por lo que se procedió a facturar el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.
- 46.- Asimismo, en su escrito de alegatos finales del 3 de marzo de 2019 APM manifestó que la modificación de la fecha de inicio de las operaciones de la descarga no guarda relación con una variación del Plan de Operaciones en la medida que el número de recursos, personal y jornadas a trabajar no se ve afectado, salvo que APM decida realizar una variación de los mismos a solicitud del consignatario de la carga o alguna necesidad operativa justificada, lo que no ocurrió en el presente caso.

- 47.- 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 paraliquen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 48.- 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."*
- 49.- 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.
- 50.- Cabe resaltar que el artículo 9° del Reglamento de Operaciones de APM¹⁸ 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.
- 51.- Asimismo, debe recordarse que si bien el artículo 63 del Reglamento de Operaciones de APM¹⁹ establece que APM *"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"*; 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.
- 52.- 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.

¹⁸ **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."

¹⁹ **Reglamento de Operaciones de APM**

"Artículo 63.- Desarrollo de la Junta Pre Operativa
(...)

APMTTC 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."*

53.- De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Trabajo – GH ROUGH HABIT"²⁰, conforme se aprecia a continuación:

Plan Inicial de Operaciones de la nave GH ROUGH HABIT

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	10/05/2019	07:15 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	12/05/2019	07:00 horas

N° Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo ²¹	Modalidad de descarga	B1	B2	B3	B4	B5	N° de Cuadrillas
1	10/05 (07:00 - 15:00)	Silo ²²	-	-	-	-	-	2
		Directo a camión	-	X	-	X	-	
2	10/05 (15:00 - 23:00)	Silo	-	-	-	-	-	2
		Directo a camión	-	X	-	X	-	
3	10/05 (23:00 - 07:00)	Silo	-	-	-	-	-	2
		Directo a camión	-	X	-	-	X	
4	11/05 (07:00 - 15:00)	Silo	-	-	-	-	-	2
		Directo a camión	X	-	-	-	X	
5	11/05 (15:00 - 23:00)	Silo	-	-	X	-	-	2
		Directo a camión	X	-	-	-	-	
6	11/05 (23:00 - 07:00)	Silo	-	-	-	X	-	2
		Directo a camión	-	X	-	-	-	
7	12/05 (07:00 - 15:00)	Silo	-	-	-	-	X	2
		Directo a camión	X	-	-	-	-	
8	12/05 (15:00 - 23:00)	Silo	-	-	-	-	-	2
		Directo a camión	X	X	-	X	X	
9	12/05 (23:00 - 07:00)	Silo	-	-	-	-	-	2
		Directo a camión	-	X	-	X	-	
Total de cuadrillas programadas								18

54.- Como puede verificarse, de acuerdo con el Plan inicial de Operaciones elaborado por APM, se programó que el proceso de descarga de la nave GH ROUGH HABIT se realizaría con un total de nueve (9) jornadas de trabajo y dieciocho (18) cuadrillas, estableciendo como fecha de inicio de operaciones el 10 de mayo de 2019 a las 07:15 horas.

²⁰ Folio 31 y 32

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)

²² Corresponde a la descarga indirecta en la mediada que la carga sólida a granel es almacenada en "silos" ubicados en el interior del Terminal Portuario hasta por un periodo de 5 días libres de pago. En ese sentido, para el cálculo del recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas sólo se consideran las paralizaciones vinculadas con la descarga que se realiza directa a camión, es decir, directamente desde la nave a los camiones que el usuario aceptó disponer para el retiro de su mercadería del Terminal Portuario.

55.- No obstante, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"²³ emitido y presentado por APM, que también obra en el expediente, se aprecia que las operaciones de descarga vinculadas con la nave GH ROUGH HABIT se desarrollaron conforme al siguiente detalle:

Reporte Final de Operaciones (RFO)

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio 13/05/2019	Hora de Inicio 23:25 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término 17/05/2019	Hora de Término 00:20 horas

N°	Inicio de Jornada	Modalidad de descarga	B 1	B 2	B 3	B 4	B 5
1	13/05 (23:25 - 07:00)	Silo	-	X	-	X	-
		Directo a camión	-	-	-	-	-
2	14/05 (07:00 - 15:00)	Silo	X	X	-	-	X
		Directo a camión	-	-	-	-	-
3	14/05 (15:00 - 23:00)	Silo	-	X	-	X	-
		Directo a camión	-	-	-	-	-
4	14/05 (23:00 - 07:00)	Silo	-	-	-	-	-
		Directo a camión	-	-	X	X	X
5	15/05 (07:00 - 15:00)	Silo	-	-	-	-	-
		Directo a camión	-	-	X	X	X
6	15/05 (15:00 - 23:00)	Silo	-	-	-	-	X
		Directo a camión	X	X	-	-	-
7	15/05 (23:00 - 07:00)	Silo	-	-	-	-	-
		Directo a camión	X	-	-	-	X
8	16/05 (07:00 - 15:00)	Silo	-	-	-	-	-
		Directo a camión	X	X	X	X	X
9	16/05 (15:00 - 23:00)	Silo	-	-	-	-	-
		Directo a camión	-	X	X	X	-
10	16/05 (23:00 - 00:20)	Silo	-	-	-	-	-
		Directo a camión	-	-	X	X	-
Total de cuadrillas utilizadas							18

56.- Como se desprende del Reporte Final de Operaciones, las labores de desestiba de la nave GH ROUGH HABIT finalmente se llevaron a cabo el 13 de mayo de 2019 a las 23:25 horas, y no el 10 de mayo de 2019 a las 07:15 horas conforme lo acordado en el Plan inicial, utilizándose diez (10) jornadas de trabajo con dieciocho (18) cuadrillas, por lo que las operaciones de descarga se extendieron en una (1) jornada adicional de trabajo.

57.- Así pues, del análisis en conjunto del Plan de Operaciones y del Reporte Final de Operaciones se verifica que la variación en el inicio de operaciones afectó las operaciones de descarga de la

²³ Folio 93

mercancía transportada por la nave GH ROUGH HABIT en la medida que el inicio de la descarga de la nave GH ROUGH HABIT, según el Plan de Operaciones, estuvo programado para el 10 de mayo de 2019 a las 07:15 horas; sin embargo, éste recién se inició el 13 de mayo de 2019 a las 23:25 horas; esto es, ochenta y ocho (88) horas con diez (10) minutos después de lo programado.

- 58.- Ahora bien, como se ha mencionado precedentemente APM manifestó que la modificación de la fecha de inicio de operaciones de la descarga no acarrea necesariamente una variación de las condiciones del Plan de Operaciones, debido a que el número de recursos, personal y jornadas de trabajo no se ve alterado; sin embargo, en el presente caso se aprecia que la variación en la fecha y hora del inicio de operaciones sí afectó las labores de descarga, por lo que se generó la necesidad de programar una jornada adicional de trabajo.
- 59.- Conforme a la información obrante en el expediente, se aprecia que la Entidad prestadora envió a ADM ANDINA un correo electrónico el 12 de mayo de 2019 a las 16:27 horas, comunicándole la reprogramación del Plan Inicial de Operaciones, conforme a lo cual las labores de descarga de la nave GH ROUGH HABIT ya no iniciarían el 10 de mayo de 2019 a las 07:15 horas, sino el 13 de mayo de 2019 a las 23:30 horas.
- 60.- Sin embargo, debe tenerse en cuenta que APM envió a ADM ANDINA el Plan de Operaciones actualizado habiendo transcurrido cincuenta y siete (57) horas con doce (12) minutos después de la fecha y hora en que debían de haberse iniciado las operaciones de descarga de la nave GH ROUGH HABIT, evidenciándose con ello que dicha variación no fue comunicada oportunamente, vulnerándose el derecho a la información que le asiste al usuario, reconocido tanto en el Contrato de Concesión, como en el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público y el propio Reglamento de Operaciones de APM
- 61.- Sobre este punto, cabe resaltar que si bien la Entidad Prestadora tiene la potestad de modificar y/o actualizar el Plan de Operaciones de acuerdo a las circunstancias que presente en cada operación, ello no lo exime de la obligación que tiene con el usuario de brindar información oportuna sobre la forma en que los servicios finalmente serán brindados por APM, de tal modo que el usuario o consignatario de la mercadería tenga la posibilidad de adoptar las medidas que resulten necesarias y así evitar que éste incurra en sobrecostos no esperados, lo que no ha quedado demostrado en el caso en particular en tanto que como se ha señalado, la comunicación de la variación del Plano fue oportuna.
- 62.- Cabe mencionar que la planificación realizada por ADM ANDINA fue formulada en base a la información inicialmente recibida, teniendo en consideración que las unidades de transporte que ingresan al terminal son contratadas con un tiempo de antelación; y que dicha planificación tenía como objeto que la atención de la descarga se pudiera realizar sin contratiempos y no se incurriera en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- 63.- Asimismo, si bien ADM ANDINA 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 éste le envíe oportunamente.

- 64.- En esa línea, cabe recordar que el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN²⁴ 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.
- 65.- Consecuentemente, en el presente caso correspondía a APM cumplir con lo acordado en el Plan de Operaciones, a fin de determinar si las paralizaciones existentes resultarían atribuibles o no al consignatario de la carga o en su defecto, acreditar que informó oportunamente al usuario de las modificaciones realizadas en el Plan de Operaciones, lo que no ocurrió en el presente caso.
- 66.- En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado inicialmente y que no informó oportunamente a ADM ANDINA las variaciones realizadas a dicho Plan, 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° F004-23217.

Sobre el faltante de mercadería alegado por ADM ANDINA

- 67.- Sobre este extremo, es importante recalcar que el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público²⁵ establece lo siguiente:

“Artículo 7.- Derechos del Usuario.-

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

(...)

j) Derecho a la reparación de daños.

Los Usuarios tienen derecho a la reparación por los daños o pérdidas que sean provocadas por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de las Entidades Prestadoras. Los usuarios tienen derecho a solicitar la determinación de la responsabilidad de los daños o pérdidas conforme con el marco jurídico vigente, a través de las vías que estimen convenientes, entre ellas el procedimiento de reclamo, u otras. Luego de establecida dicha responsabilidad el Usuario podrá solicitar la reparación correspondiente, ya sea en sede judicial, arbitral o por acuerdo entre las partes, según lo pactado”.

²⁴ **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.”

²⁵ Aprobado mediante la Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN

- 68.- De lo citado se tiene que la reparación de los daños provocados a los usuarios con ocasión de los servicios brindados es un derecho reconocido a estos, exigible a la Entidad Prestadora.
- 69.- Ahora bien, a fin de definir y establecer la responsabilidad por daños, la propia norma sectorial nos remite a las reglas establecidas en el Código Civil.
- 70.- Al respecto, el artículo 1321 del Código Civil señala lo siguiente:

"Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

*El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, **en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.***

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

[El subrayado y resaltado es nuestro]

- 71.- Como se desprende del párrafo anterior, procede el resarcimiento por los daños y perjuicios, en la medida que sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
- 72.- Es importante precisar que al estar APM obligada a brindar el servicio estándar, tiene el deber de guardar la diligencia debida en las operaciones que realice dentro del Terminal Portuario a fin de que estas sean efectuadas correctamente, sin generar daños a sus usuarios.
- 73.- En este punto es importante considerar que el artículo 1331 del Código Civil prescribe que "la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de una obligación, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso". En tal sentido, en el presente caso, ADM ANDINA, a efectos de determinar que APM no cumplió con su labor de diligencia en la prestación de sus servicios, debió de probar que los daños se produjeron en el Terminal Portuario y como consecuencia de las operaciones realizadas por personal de la Entidad Prestadora.
- 74.- En esa misma línea, el numeral 2 del artículo 173 de la Ley del TUO de la LPAG²⁶ señala que corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones.

²⁶ TUO de la LPAG

Artículo 173.- Carga de la prueba

173.1. La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

173.2. Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

- 75.- En el presente caso, ADM ANDINA manifestó que la nave GH ROUGH HABIT transportó un total de 52,287.562 TM de mercadería consistente en maíz a granel; no obstante, debido a la mala maniobra de los equipos utilizados por el personal de APM, provocó el derrame de su mercadería durante las operaciones de descarga, consecuencia de lo cual únicamente le entregó 52,1383970 TM de mercadería, es decir, 148.592 TM de mercadería menos del total arribado al terminal portuario.
- 76.- Por su parte, APM alegó que los medios probatorios presentados por ADM ANDINA no acreditaban que la cantidad de mercadería adquirida haya sido efectivamente embarcada en la nave GH ROUGH HABIT, ni mucho menos la responsabilidad de APM por el alegado faltante, agregando que en los Protestos Informativos N° 11025 y N° 11247 emitidos por el surveyor CONSUMARPORT se consignó que la responsabilidad de dichos faltantes sería de los armadores y/o fletadores y/o capitán de la nave. Agregó que en los referidos Protestos Informativos se verificó que el presunto faltante era de origen en la medida que éste se detectó en el momento de la descarga, lo que evidenciaba que la mercadería del apelante arribó al terminal portuario del Callao con menos mercadería que la manifestada.
- 77.- Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que obra en el expediente el Certificado de Peso²⁷, documento elaborado por la propia Entidad Prestadora en el cual se consignó el total de peso autorizado²⁸, peso controlado en balanza de APM y saldo faltante como se aprecia a continuación:

²⁷ Folio 68 y 69

²⁸ Vinculado con la información consignada en el Manifiesto de Carga, el cual contiene información sobre el número de bultos, peso e identificación de la mercadería que comprende la carga, incluida la mercancía a granel.



CERTIFICADO DE PESO

Agencia de Aduanas: AUSA ADUANAS S.A.
 Fecha de emisión del certificado: 2019-08-21 15:46:41
 Manifiesto: 2019-01149
 Nave: GH ROUGH HABIT
 Fecha de llegada: 2019-05-13 20:20:00
 Agencia Naviera: INVERSIONES CANOPUS S.A.

Autorización: DO1905201020270100008
 DAM N° : 118-2019-10-174771
 Operación: Import
 Agencia de Aduanas: AUSA ADUANAS S.A.
 Embalaje:
 Producto: MAIZ
 Fecha de pesaje:
 Inicio de pesaje: 2019-05-14 00:54:42
 Fin de pesaje: 2019-05-21 16:55:08

Autorizado		Controlado		Saldo	
Bultos	Peso	Bultos	Peso	Bultos	Peso
0	22787.562	0	22635.710	0	151.852



000069

CERTIFICADO DE PESO

Agencia de Aduanas: AUSA ADUANAS S.A.
 Fecha de emisión del certificado: 2019-08-21 15:45:20
 Manifiesto: 2019-01149
 Nave: GH ROUGH HABIT
 Fecha de llegada: 2019-05-13 20:20:00
 Agencia Naviera: INVERSIONES CANOPUS S.A.

Autorización: DO1905201020270100008
 DAM N° : 118-2019-10-174776
 Operación: Import
 Agencia de Aduanas: AUSA ADUANAS S.A.
 Embalaje:
 Producto: MAIZ
 Fecha de pesaje:
 Inicio de pesaje: 2019-05-14 01:35:17
 Fin de pesaje: 2019-06-04 05:13:14

Autorizado		Controlado		Saldo	
Bultos	Peso	Bultos	Peso	Bultos	Peso
0	29500.000	0	29503.260	0	-3.26

78.- En consecuencia, APM no puede alegar el desconocimiento de la mercadería faltante materia de reclamo al momento de la descarga e incluso antes de que dicha merma fuera conocida por ADM ANDINA, ya que la misma Entidad Prestadora consignó en el Certificado de Peso la siguiente información:

- Total de Peso Autorizado: 52,287.562 TM (22,787.562 TM + 29,500.00 TM)
- Total de Peso Controlado: 52,138.970 TM (29,503.260 TM + 22,635.710 TM)

79.- Del mismo modo, de la consulta de Nota de Tarja publicada en la página Web de la SUNAT²⁹, correspondiente al Manifiesto N° 118-2019-1149 materia de análisis; se observa lo siguiente:



Manifiesto	118-2019-1149						No Bultos:	52287562			
Fecha de Llegada:	13/05/2019 20:40						P.Bruto:	52,287,562.00			
Fecha de Descarga:	17/05/2019 00:30										
Matricula de la Nave	GH ROUGH HABIT						Nacionalidad:	MH			
Empresa de Transporte	7996- INVERSIONES CANOPUS S.A.						No Detalles:	0			
Puerto	Número	Conocimiento	B/L Master/Directo	Detalle	Código de Terminal	Peso Orig.	Bultos Orig.	Peso Manif.	Bultos Manif.	Peso Recib. Dep.Temp.	Bultos Recib. Dep.Temp.
USRSF	1	<u>1</u>	1	<u>1</u>	1009	0.00	0	52,287,562.00	52,287,562	52,138,970.00	52,138,970

80.- Conforme se advierte, el documento publicado en la página Web de la SUNAT contiene información sobre el peso manifestado vinculado con la mercadería que transportó la nave GH ROUGH HABIT, consignándose también que fueron 52,287.562.00 toneladas, registrándose de la misma manera que en el Certificado de Peso que fueron descargados de la nave 52, 138.970 toneladas; de lo que se desprende el faltante de 148.592 toneladas de mercadería consistente en granos de maíz, respecto del cual APM ha manifestado que habría sido una condición de arribo, es decir, de origen.

81.- Sobre el particular, cabe señalar que los artículos 94 y 95 del Reglamento de Operaciones de APM, disponen lo siguiente:

²⁹ Información registrada en el enlace: <http://www.aduanet.gob.pe/cl-ad-itconsmanifiesto/manifiestoITS01Alias?accion=consultarxNumeroManifiesto>

"Artículo 94.- Descarga

La operación será monitoreada mediante una nota de verificación electrónica por cada contenedor, la carga fraccionada o granel por B/L, y la carga rodante por chasis.

***Artículo 95°.-** Antes de iniciar y durante las operaciones de embarque y/o descarga, el personal de operaciones de APMTC efectuará una inspección a la Nave, con el propósito de revisar el estado general del área de trabajo y sus accesos; condición de la carga y su estiba a bordo; condiciones y elementos de seguridad; y los equipos de manipulación de carga. El capitán de la Nave o su representante deberán entregar la carga sin daño o deterioro en su embalaje o evidencia de alteración en su contenido. En caso contrario, APMTC dejará constancia de este hecho en el Damage Report y/o elevará un protesto informativo ante la Autoridad Portuaria, adjuntando las evidencias del hecho. APMTC comunicará este hecho al Agente Marítimo y este deberá dar su conformidad y asumir la responsabilidad de la descarga en tales condiciones. Mientras no se cuente con la conformidad del Agente Marítimo no se descargará la carga y APMTC no será responsable por ello. En caso por el tipo de operación APMTC conozca al Consignatario de la Carga la coordinación se llevará acabo directamente con el mismo.*

[El subrayado y resaltado es nuestro]

- 82.- Como se aprecia, APM dispone de mecanismos mediante los cuales puede dejar constancia de las condiciones en las que recibe la carga, teniendo la facultad de consignar tanto en la respectiva Nota de Tarja como en un Protesto al capitán de la nave sobre cualquier daño o alteración a la mercancía que detectara durante su descarga, lo que incluye la falta o ausencia de la mercadería o parte de esta. Caso contrario, se entiende que la carga se encontraba bajo custodia del Administrador Portuario y que aquello que ocurriese con ella durante su descarga resultaría responsabilidad del Concesionario; más aún teniendo en cuenta que en el presente caso la desestiba de la carga de ADM ANDINA se realizaría bajo dos modalidades: utilizando silos y directamente a camión, de lo que se desprende que parte de la mercadería del usuario se quedaría bajo la custodia en los silos de APM.
- 83.- En ese sentido, se advierte que APM no empleó ninguno de estos medios para dejar constancia de que 148.592 toneladas de mercadería consistente en granos de maíz no le fueron entregadas, consecuentemente, no ha desvirtuado la información contenida en la página web de SUNAT, referida a que le fueron entregados 52,287.562.00 toneladas y no 52, 138.970 toneladas; no habiendo deslindado por ende su responsabilidad respecto del faltante alegado por ADM ANDINA durante las operaciones de descarga, correspondiendo por ende que se haga responsable por las 148.592 toneladas faltantes.
- 84.- En tal sentido, habiéndose verificado que la Entidad Prestadora entregó al usuario una cantidad menor del peso manifestado; esto es, 148.592 toneladas menos de mercadería consistente en granos de maíz, corresponde que APM se haga responsable por dicho faltante, amparándose el reclamo presentado.

- 85.- Cabe señalar el monto correspondiente a su resarcimiento debe determinarse con arreglo a lo previsto en el literal j) del artículo 7 del Reglamento de Usuarios³⁰; esto es, por acuerdo entre las partes, por vía judicial o arbitral; correspondiendo que la Entidad Prestadora se comunique con el usuario.

Cuestiones Finales

- 86.- Finalmente, 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 municipales³¹.
- 87.- 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]

- 88.- 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

³⁰ **REGLAMENTO DE USUARIOS**

"DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Artículo 7.- Derechos de los Usuarios

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

(...)

j. A la reparación de daños

Los usuarios tienen derecho a la reparación de daños o pérdidas que sean provocadas por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de las Entidades Prestadoras.

Los usuarios tienen derecho a solicitar la determinación de la responsabilidad de los daños o pérdidas conforme con el marco jurídico vigente, a través de las vías que estimen convenientes, entre ellas el procedimiento de reclamo, u otras. Luego de establecida dicha responsabilidad, el Usuario podrá solicitar la reparación correspondiente, ya sea en sede judicial, arbitral o por acuerdo entre las partes, según lo pactado".

³¹ **LEY N° 29816, LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA –SUNAT**

"Artículo 5. Funciones de la SUNAT

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

esta Entidad pronunciarse sobre la aplicación del I.G.V. en la facturación sobre el recargo por concepto de Compensación de Cuadrilla no utilizada; y, no a este Tribunal, el cual se circunscribe a verificar si el recargo fue emitido correctamente, es decir, si en efecto se registraron paralizaciones que afectaron el desarrollo del Plan de Operaciones programado; y, si en atención a ello se generó la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo que justifiquen el cobro del recargo.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN³²;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0363-2019; y, en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. en el extremo referido a la factura N° Foo4-23271 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, dejándose sin efecto su cobro; así como el extremo relacionado al faltante de 148.592 TM de mercadería consistente en granos de maíz cuyo monto del resarcimiento se determinará con arreglo a lo previsto en el inciso j) del artículo 7 del Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público; esto es, por acuerdo entre las partes, por vía judicial o arbitral; correspondiendo que la Entidad Prestadora se comunique con el usuario.

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 DE OSITRAN

NT 2020031609

³² **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".