



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 001-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 001-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE : ANITA FOOD S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0361-2018

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 10 de octubre de 2019

SUMILLA: *Cuando se verifique la existencia de paralizaciones atribuibles tanto a APM como al usuario; y, se desprenda que ambas incidieron en la ampliación de las jornadas de trabajo inicialmente previstas, corresponde que éstas sean liquidadas entre sí y se emita una nueva factura por el concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas".*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ANITA FOOD S.A. (en adelante, ANITA FOOD o el apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0361-2018 (en lo sucesivo, la Resolución N° 2) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Con fecha 12 de setiembre de 2018, ANITA FOOD interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° Foo3-94948, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US\$ 5,161.32 (cinco mil ciento sesenta y uno con 32/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- La factura se encuentra incorrectamente emitida toda vez que el concepto cobrado es el de una compensación, esto es, una indemnización, no encontrándose referida a la venta de un bien o a la prestación de un servicio, por lo que no debería encontrarse gravada con el IGV.
 - ii.- La factura materia de cobro hace referencia a veintisiete (27) horas de paralizaciones de cuadrillas, infiriéndose que se deberían a la falta de camiones, sin explicarse en qué



momento se generaron éstas. Agregó que conforme a la información brindada por el supervisor de muelle la descarga de la nave solo se prolongó en dos (2) jornadas de trabajo adicionales.

- iii.- No pueden aceptarse liquidaciones de tiempo por hechos imputables a APM, como es la congestión interna de camiones en el terminal, pues impiden el óptimo rendimiento de las unidades de transporte retrasando la circulación y flujo de los mismos. Adjuntó como prueba de sus alegaciones los correos electrónicos de comunicaciones cursadas entre su supervisor de muelle y el supervisor de balanza de APM que demuestran la falta de comunicación entre ambos a efectos de coordinar el ingreso de sus camiones a las instalaciones de la Entidad Prestadora.
- iv.- El Contrato de Concesión de APM dispone que el tiempo de retiro de mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos contado desde el momento en el que ingresa el vehículo de transporte hasta su retiro de las instalaciones portuarias, lo que en el presente caso no ha sido cumplido, correspondiendo que APM remita la documentación pertinente (tickets de ingreso y salida) que acredite que el promedio de permanencia de los camiones se encuentra dentro de los límites exigidos por el Contrato de Concesión.

2.- Mediante Resolución N° 1, notificada el 29 de octubre de 2018, APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado por los siguientes argumentos:

- i.- De acuerdo a lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos vigente a la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar los siguientes tipos de recargo: a) generales; b) por los servicios prestados a la nave; y, c) por los servicios prestados a la carga.
- ii.- El cobro por "Compensación de Cuadrilla No Utilizada" es un recargo y no una solicitud, aplicable cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, el administrador se perjudica por razones ajenas a su responsabilidad.
- iii.- Conforme al Plan de Trabajo de la nave PAQUETA ISLAND, se programó que las operaciones de descarga de la mercancía asignada exclusivamente a ANITA FOOD se realizarían utilizando siete (7) jornadas de trabajo con dieciocho (18) cuadrillas. No obstante, en el Reporte Final de Operaciones se verificó que la descarga se ejecutó en nueve (9) jornadas de trabajo con veinticinco (25) cuadrillas, constatándose que luego de las jornadas de trabajo programadas se utilizaron finalmente cinco (5) cuadrillas adicionales, lo que resulta en un cobro de cuarenta (40) horas por recargo de compensación de cuadrillas¹.

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



- iv.- No obstante, del documento denominado "Notas de Tarja", se aprecia que durante las operaciones de descarga de la nave PAQUETA ISLAND se registraron un total de treinta y cuatro (34) horas con dos (2) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones externos; esto es, imputables a ANITA FOOD.
- v.- Asimismo, a las demoras imputables a ANITA FOOD se descontaron las paralizaciones no operativas imputables a APM, dando como resultado final el cobro de veintiséis (26) horas con treinta y dos (32) minutos, equivalente a veintisiete (27) horas, considerando que el cobro es por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM.
- vi.- ANITA FOOD señaló que durante las operaciones de descarga de la nave PAQUETA ISLAND existió congestión en los ingresos y salidas de sus unidades vehiculares del Terminal Portuario; sin embargo, no ha presentado medio probatorio alguno que demuestre la supuesta congestión por actos del personal propio o subcontratado de APM, ni que las presuntas demoras se hayan generado por hechos imputables a la Entidad Prestadora.
- vii.- En cuanto a los niveles de servicio y productividad, el Anexo 3 del Contrato de Concesión establece que el retiro de la mercadería no deberá ser mayor a treinta (30) minutos, tiempo a computarse desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro del Terminal Portuario. Para que se verifique el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligada a presentar mensual y trimestralmente los niveles de servicio y productividad que viene alcanzando; niveles que se miden en función a todas las operaciones realizadas por las naves que hayan arribado en el mes y no únicamente de un solo consignatario, como ocurrió en el presente caso.
- viii.- 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 sea gravado con IGV.
- 3.- El 09 de noviembre de 2018, ANITA FOOD interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, reiterando lo señalado en el reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- Solicitó la aplicación del silencio administrativo positivo, señalando que APM debió de notificar la resolución que resolvió su reclamo o solicitar la ampliación del plazo hasta el 3 de octubre de 2018; sin embargo, no lo hizo sino hasta el 4 de octubre de 2018; esto es, de manera extemporánea.
- ii.- En el supuesto de que APM hubiese contado con treinta días para emitir la Resolución N°1, el citado plazo venció el 24 de octubre de 2018; no obstante, recién el 29 de octubre de 2018 APM notificó su decisión, configurándose nuevamente el silencio administrativo positivo.



- iii.- En el documento emitido por los agentes marítimos (CANOPUS), se acredita que la descarga de la nave PAQUETA ISLAND se vio afectada no solo por la demora en la atención de los camiones utilizados para la descarga, sino también por las paralizaciones imputables a APM; generándose un retraso de nueve (9) horas con trece (13) minutos, por lo que solicita una compensación de dichas horas con las veintisiete (27) horas facturadas bajo el concepto "Recargo por Compensación por Cuadrilla No Utilizada".
- 4.- Mediante Resolución N° 2 notificada a ANITA FOOD el 05 de diciembre de 2018, APM resolvió el recurso de reconsideración declarándolo infundado, reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1 y añadiendo lo siguiente:
- i.- No procede la solicitud de Silencio Administrativo Positivo, debido a que tanto la ampliación del plazo para resolver, así como la Resolución N° 1 emitida por APM, fueron notificadas utilizando dos (2) de los cinco (5) días hábiles que establece la normativa vigente; esto es, dentro del plazo.
- ii.- En relación con las supuestas demoras registradas por el agente marítimo (CANOPUS), precisó que de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal de OSITRAN correspondiente a la Resolución Final del Expediente N° 111-2016-TSC-OSITRAN, el citado documento carece de validez en la medida que no se encuentra firmado y/o suscrito por la persona que lo elaboró. Precisó que en caso dicho documento se encontrara suscrito, tampoco constituiría un medio probatorio idóneo para demostrar la responsabilidad de APM ante las supuestas demoras registradas durante las operaciones de descarga, toda vez que corresponde valorar los documentos denominados "Resumen/Nota de Tarja" para registrar el detalle de las operaciones, entre ellas, las paralizaciones, tal como el Tribunal del OSITRAN lo ha indicado en la Resolución Final del Expediente N° 115-2016-TSC-OSITRAN.
- iii.- Finalmente, en el documento emitido por el agente marítimo se estaría incluyendo demoras propias de la operación, es decir, actividades necesarias para poder realizar la prestación del servicio, como por ejemplo "reinicio de descarga", por lo que no corresponde se efectúe una liquidación de dichas demoras con las paralizaciones por falta de envío de camiones.
- 5.- Con fecha 14 de diciembre de 2018, ANITA FOOD interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 que declaró infundado el recurso de reconsideración manifestando lo siguiente:
- i.- Conforme a los artículos 188.1 y 188.2 de la LPAG, resulta aplicable el silencio administrativo positivo, en tanto APM no emitió el pronunciamiento correspondiente, dentro de los plazos establecidos. En efecto, el reclamo fue presentado el 12 de setiembre de 2018, por lo que el plazo máximo que tenía APM para notificar la ampliación para resolver el reclamo era de



quince días (15), el cual venció el 03 de octubre de 2018; sin embargo, esta fue notificada el 4 de octubre de 2018, es decir de forma extemporánea.

- ii.- En ese sentido, de conformidad con los numerales 188.1 y 188.2 del artículo 188 de la LPAG, aquello solicitado en los procedimientos administrativos sujetos al Silencio Administrativo Positivo, será automáticamente aprobado en caso no se notifique con el pronunciamiento final luego de transcurrido el plazo.
- iii.- Así, la resolución N° 1 de fecha 25 de octubre de 2018, fue notificada el 29 de octubre de 2018, es decir, de forma extemporánea, motivo por el cual se deberá revocar la Resolución N° 2 emitida por APM, debiendo declarar fundado el reclamo presentado.
- iv.- Conforme al nivel de servicio y productividad del contrato de concesión que APM tiene firmado con el Estado Peruano, el tiempo para el retiro de la mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos, el cual se computa desde el ingreso de cada unidad de transporte al terminal hasta su retiro, el cual no se viene cumpliendo.
- v.- El cobro por compensación de cuadrillas no utilizadas se debió a la congestión en el ingreso al Terminal Portuario así como en la zona de balanza.
- vi.- Del documento elaborado por CANOPUS S.A., se verifica que en la descarga de la nave existieron paralizaciones imputables a APM por un total de nueve (9) horas con trece (13) minutos, motivo por el cual correspondería una compensación con las horas que APM pretende cobrar.

- 6.- El 04 de enero 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.
- 7.- El 27 de setiembre de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de ambas partes, quedando la causa al voto.
- 8.- Con fecha 27 de setiembre de 2019, ANITA FOOD presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.
- 9.- Con fecha 02 de octubre de 2019, APM presentó escrito de alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 10.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:



- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 2.
- ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la factura N° Foo3-94948, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 11.- En el presente caso, ANITA FOOD cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que la demora en el envío de camiones se habría debido a problemas en el acceso al Terminal Portuario cuya responsabilidad correspondía fuera asumida por APM.
- 12.- Posteriormente, señaló que durante las operaciones de descarga de la nave PAQUETA ISLAND se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de nueve (9) horas con trece (13) minutos, solicitando que en todo caso se realizara una compensación con las veintisiete (27) horas que APM pretende cobrar por el concepto de cuadrillas no utilizadas.
- 13.- APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas manifestadas por ANITA FOOD, señalando que dichas paralizaciones se debieron a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía.
- 14.- En atención a los argumentos expuestos por las partes a lo largo del presente procedimiento, los cuales se refieren a si existió o no alteración de la jornada de trabajo acordada por las partes en el respectivo Plan de Operaciones; corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio estándar efectivamente se prestó o no conforme a lo previsto en el señalado Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
- 15.- Al respecto, cabe precisar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 16.- En ese sentido, el artículo 33² del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

² Reglamento de Reclamos de OSITRAN

Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora



- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura.
- ii) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.

17.- El presente caso versa sobre cobro de recargo por cuadrillas no utilizadas, lo que involucra los supuestos de reclamo por facturación y cobro de los servicios, así como calidad en la prestación de servicios previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM³, así como el literal b) del artículo 2⁴ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento⁵, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

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

(...)

- c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.

(...)

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

1.5.3 Materia de Reclamos

(...)

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

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

⁴ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

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

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

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

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

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

⁵ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁶ **Reglamento Reclamos de APM**

3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁷ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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



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

- 19.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a ANITA FOOD el 5 de diciembre de 2018.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que ANITA FOOD interponga el recurso de apelación venció el 28 de diciembre de 2018.
 - iii.- ANITA FOOD presentó el recurso de apelación el 14 de diciembre de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
- 20.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁸ (en adelante, TUO de la LPAG), al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.
- 21.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

Sobre la aplicación del silencio administrativo positivo a favor del usuario

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

⁸ **TUO de la LPAG**

"Artículo 220.- Recurso de apelación

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

⁹ **TUO de la LPAG**

"Artículo 199.- Efectos del silencio administrativo

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

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

(...)"



administrativos sujetos al SAP quedarán automáticamente aprobados si transcurrido el plazo establecido, la entidad no hubiere notificado su respectivo pronunciamiento.

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

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

¹¹ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

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

¹² TUO de la LPAG

"Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley. La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública.

(...)

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

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

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

¹⁴ Reglamento Reclamos de APM

"2.12 Plazo Máximo para Resolver

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

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

¹⁵ Reglamento de Reclamos de OSITRAN.

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

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



presentados por los usuarios es de 15 días contados a partir del día siguiente de la fecha de su presentación, pudiendo extenderse hasta 30 días mediante decisión motivada, en aquellos casos considerados particularmente complejos.

- 27.- En línea con lo expuesto en los párrafos precedentes, tanto el Reglamento de Reclamos de APM, como el Reglamento de Reclamos de OSITRAN, señalan que si la Entidad Prestadora omitiera pronunciarse en el plazo establecido, se aplicará el SAP, y en consecuencia, se entenderá que el reclamo ha sido resuelto favorablemente a favor del usuario¹⁶.
- 28.- Asimismo, cabe precisar que el artículo 24.1 del TUO de la LPAG¹⁷, señala que toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del quinto día hábil a partir de toda expedición del acto que se notifique.
- 29.- En el presente caso, se ha verificado que ANITA FOOD presentó su reclamo el 12 de setiembre de 2018. En ese sentido, APM tenía 15 días, esto es, hasta el 3 de octubre de 2018, para emitir su resolución o ampliar el plazo para resolver, y hasta el 11 de octubre de 2018, para notificar la resolución, cualquiera fuere su decisión.
- 30.- De expediente, se advierte que mediante Carta N° 0978-2018-APMTC/CL del 2 de octubre de 2018, APM amplió el plazo para resolver el reclamo por un periodo adicional de 15 días, esto es, dentro del plazo para resolver o ampliar el plazo de resolución; siendo notificada dicha carta el 4 de octubre de 2018; esto es, dentro del plazo establecido por el TUO de la LPAG.
- 31.- En ese sentido, se constata que APM notificó válidamente la ampliación del plazo para resolver el reclamo presentado el 12 de setiembre de 2018, consecuencia de lo cual APM tenía hasta el 25 de octubre de 2018 para emitir su resolución y hasta el 2 de noviembre de 2018 para notificarla.

¹⁶ Reglamento Reclamos de APM

" 2.12 Plazo Máximo para Resolver

(..)

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

Reglamento de Reclamos de OSITRAN.

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

(...)

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

¹⁷ TUO de LPAG

Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

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

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

(...)



- 32.- De la revisión del expediente se aprecia también que la Resolución N° 1 que resolvió el reclamo interpuesto fue expedida el 25 de octubre de 2018, siendo notificada el 29 de octubre de 2018; esto es, también dentro de los plazos legales correspondientes.
- 33.- En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, no corresponde aplicar el SAP solicitado por ANITA FOOD.

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

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

1.23.97 Servicios

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

1.23.98. Servicios Especiales

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

1.23.99. Servicios Estándar

Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

- 35.- 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, trunca y destrunca, entre otros).
- 36.- De la lectura de las cláusulas citadas se puede advertir que el Contrato de Concesión prevé que los servicios que se brindan en el Terminal Portuario son, en principio, servicios portuarios, respecto de los cuales la Entidad Prestadora se encuentra legitimada a cobrar una tarifa o un precio.



- 37.- 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]



- 38.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"¹⁸. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

"Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada"

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

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]

- 39.- En tal sentido, el "recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por el apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
- 40.- 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.
- 41.- 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:

¹⁸ <http://www.apmterminalscaallo.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicio0508072013.pdf>



"(...) 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]

42.- 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]

43.- 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.

44.- 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.

45.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"¹⁹ que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, se establece entre los recargos aplicables a la nave el recargo por "Compensación de Cuadrillas No Utilizadas", por lo que dicha entidad prestadora se encuentra facultada a poder repetir este cobro, no sólo a la línea naviera, sino también al consignatario de la carga, siempre y cuando se haya comprobado que la aplicación de ese recargo fue responsabilidad de éste último.

¹⁹ PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGOS

Recargos a los Servicios prestado a la Nave

Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

(...)

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

El importe del recargo será asumido por la línea naviera o el consignatario de ser el caso.

(...)



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

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

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

"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]

- 48.- 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".

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

²¹ Contrato de Concesión

"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".



- 49.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado²².
- 50.- 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.
- 51.- En ese sentido, el Contrato de Concesión le otorga a APM la facultad de regular sus actividades como administrador portuario, otorgándole la potestad de emitir sus propias políticas comerciales y operativas para la adecuada operación y funcionamiento del puerto. Así, el artículo 8.13²³ del referido contrato concesión establece la potestad de la Sociedad Concesionaria de presentar, para la aprobación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), su Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito y otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN.
- 52.- De acuerdo al referido Reglamento de Operaciones de APM versión 6, aplicable al presente caso, la Entidad Prestadora es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones desarrolladas en el Terminal Portuario, como se aprecia a continuación:

"Artículo 7º.- Es responsabilidad de APMTTC planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, así como identificar, ubicar y custodiar la carga al interior del Terminal Portuario, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión. Asimismo, es responsable de gestionar adecuada y oportunamente los recursos humanos espacios y equipamiento portuario, disponibles para las operaciones a realizar dentro del Terminal Portuario."

²² Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", *Law & Society Review*, Volume 37, Issue 4, pp. 691-730.

²³ **Contrato de Concesión de APM**

"8.13. Asimismo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar a los tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, para la aprobación de la APN los siguientes documentos:

- Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.
- Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN".



- 53.- Siendo así, se evidencia que la Entidad Prestadora no solo tiene facultad de regular sus propias actividades, sino también la responsabilidad de controlar todos los aspectos relacionados a las operaciones que se desarrollan en el Terminal portuario, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.

Sobre el cobro de la factura N° Foo3-94948

- 54.- En el presente caso, ANITA FOOD cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que la demora en el envío de camiones se habría debido a problemas en el acceso al Terminal Portuario cuya responsabilidad correspondía fuera asumida por APM.
- 55.- Posteriormente, señaló que durante las operaciones de descarga de la nave PAQUETA ISLAND se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de nueve (9) horas con trece (13) minutos, solicitando que en todo caso se realizara una compensación con las veintisiete (27) horas que APM pretende cobrar por el concepto de cuadrillas no utilizadas.
- 56.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas manifestadas por ANITA FOOD, señalando que dichas paralizaciones se debieron a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía.
- 57.- Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, uno de los supuestos generadores del recargo por cuadrillas no utilizadas es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se suspendan o paraliquen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga, precisándose que en caso de suspensión, procederá el recargo siempre y cuando la suspensión prolongue las horas de trabajo del personal asignado por la entidad prestadora de acuerdo al Plan de Operaciones.
- 58.- En ese orden de ideas, corresponde verificar si durante las operaciones de descarga de la nave PAQUETA ISLAND se registraron paralizaciones que afectaron el desarrollo del Plan de Operaciones programado y, generaron la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo para ejecutar el retiro de la carga asignada a ANITA FOOD.
- 59.- De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones"²⁴, del cual se advierte que la descarga planificada para la nave PAQUETA ISLAND se realizaría en siete (7) jornadas de trabajo con dieciocho (18) cuadrillas, conforme se aprecia a continuación:

²⁴ Folios 30 y 31



Plan de Operaciones nave PAQUETA ISLAND

Inicio de Operaciones de la PAQUETA ISLAN	31/08/18 (15:30)
---	------------------

N° de Jornadas de Trabajo	Bodega N° 1	Bodega N° 3	Bodega N° 5	Cuadrillas
1	X	X	X	3
2	X	X	X	3
3	X	X	X	3
4	X	X	X	3
5	X	X	X	3
6	X	X	X	2
7	X			1
Total de cuadrillas				18

60.- No obstante, del Reporte Final de Operaciones²⁵, se aprecia que la descarga de la nave PAQUETA ISLAND se efectuó finalmente utilizando nueve (9) jornadas de trabajo con veinticinco (25) cuadrillas; esto es, dos (2) jornadas de trabajo adicionales a lo inicialmente programado, tal como se puede apreciar:

Reporte Final de Operaciones de la nave PAQUETA ISLAND

Inicio de Operación	31/08 (16:30)
Término de Descarga	03/09 (12:40)

N°	Inicio de Jornada	B 1	B3	B5
1	31/08 (16:30 - 23:00)	X	X	X
2	31/08 (23:00 - 07:00)	X	X	X
3	01/09 (07:00 - 15:00)	X	X	X
4	01/09 (15:00 - 23:00)	X	X	X
5	01/09 (23:00 - 07:00)	X	X	X
6	02/09 (07:00 - 15:00)	X	X	X
7	02/09 (15:00 - 23:00)	X	X	X
8	02/09 (23:00 - 07:00)	X	X	X
9	03/09 (07:00 - 15:00)		X	X

61.- De los documentos denominados "Estado de Hechos" y "Resumen/Nota de Tarja", obrantes en el presente expediente,²⁶ se corrobora que personal de APM dejó constancia de veintiséis (26) horas con treinta y seis (36) minutos de paralizaciones ocurridas al desarrollarse las operaciones

²⁵ Folio 32

²⁶ Folios del 33 al 59



de descarga de la nave PAQUETA ISLAND, consignando que estas se habrían producido por la falta de envío de camiones, hecho imputable a ANITA FOOD.

- 62.- Por otro lado, en los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" de la nave PAQUETA ISLAND, también se observa el registro de las paralizaciones que son imputables a APM, los cuales habrían incidido en los tiempos programados de descarga, los cuales se detallan en el siguiente cuadro:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA		CONCEPTO	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	31/08 (23:00 - 07:00)	Bodega 5: Paro por tolva malograda	03:25-03:55	30
2	01/09 (07:00 - 15:00)	Bodega 5: Movimiento de arlona	11:00-11:15	10
3	01/09 (23:00 - 07:00)	Bodega 3: Movilización de equipos (arlona, clamshell y generador)	00:00-00:45	45
		Bodega 3: Falla de grúa	01:00-01:40	40
4	01/09 (23:00 - 07:00)	Bodega 1: Falla de grúa (avería)	01:50-02:30	40
5	02/09 (15:00 - 23:00)	Bodega 5: Falla de arlona	23:15-00:05	50
		Bodega 5: Falla de control de la cuchara	04:05-04:50	45
TOTAL DE PARALIZACIONES				260

- 63.- De la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron doscientos sesenta (260) minutos; esto es, cuatro (4) horas con veinte (20) minutos de paralizaciones imputables a APM, tales como tolva malograda, fallas en las grúas y arlona, así como fallas en la cuchara; que afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave PAQUETA ISLAND.
- 64.- En cuanto a la congestión en el ingreso al Terminal Portuario, cabe precisar que ANITA FOOD no ha presentado medio probatorio alguno que permita acreditar la existencia de demoras en la recepción y atención de sus camiones como consecuencia de la alegada congestión.
- 65.- Al respecto, si bien el usuario adjuntó a su escrito de reclamo dos correos electrónicos del 02 de setiembre de 2018, mediante los cuales el agente marítimo solicitó al personal de APM le brindaran facilidades para el ingreso de las unidades a balanza, dicho medio de prueba por sí solo no permite verificar fehacientemente que las unidades de ANITA FOOD ingresaron al Terminal Portuario oportunamente; y, que hubieran permanecido en dichas instalaciones por la existencia de congestión vehicular atribuible a APM durante una extensión de tiempo que generara la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo para ejecutar el retiro de la carga asignada a ANITA FOOD, por lo que se desvirtúa dicha alegación del usuario.
- 66.- Conforme a lo señalado precedentemente, a las paralizaciones imputables a ANITA FOOD por un total de veintiséis (26) horas con treinta y seis (36) minutos se le debe descontar el tiempo



imputable a APM, es decir, cuatro (4) horas con veinte (20) minutos; quedando un resultante de cobro de veintidós (22) horas y dieciséis (16) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones que corresponde sean cobradas a la apelante.

- 67.- Consecuentemente, corresponde dejar sin efecto el cobro de veintisiete (27) horas por el recargo de compensación de cuadrillas incluido en la factura N° Foo3-94948, debiendo APM emitir una nueva factura por un total de veintidós (22) horas y dieciséis (16) minutos de paralizaciones.

Cuestiones Finales

- 68.- ANITA FOOD a lo largo de procedimiento ha manifestado que el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas no tiene una naturaleza contraprestativa sino indemnizatoria por lo que APM indebidamente viene incluyendo el cobro del IGV al momento de facturar dicho recargo sin considerar que mediante Oficio N° 222-2015-SUNAT/600000 del 24 de setiembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración Tributaria emitió pronunciamiento precisando que no encuentra gravado con el IGV todo concepto que tenga carácter indemnizatorio.
- 69.- Al respecto, cabe señalar que de acuerdo a la Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración Tributaria –SUNAT, Ley N° 29816, corresponde a esta Entidad, entre otras funciones, la administración, aplicación, fiscalización y recaudación de los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales²⁷.
- 70.- 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]

²⁷ 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. (...)"



- 71.- 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.
- 72.- Con relación al nivel de servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión de APM, corresponde precisar que si bien el Anexo 3 señala que la Entidad Prestadora deberá atender a los camiones de los usuarios en un promedio de 30 minutos²⁸, establece también que la medición de esta atención se realizará de manera trimestral y conforme al tonelaje atendido de cada carga.
- 73.- Asimismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión²⁹, la Gerencia de Supervisión es la encargada de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones contractuales, entre ellas las relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes).
- 74.- En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión, respecto de los niveles de servicio y productividad a los que está obligada APM contractualmente, se advierte algún incumplimiento por parte de ésta última, corresponderá a dicha Gerencia instruir el procedimiento sancionador correspondiente³⁰, por lo que debe desestimarse dicho argumento.

²⁸ **Contrato de Concesión**

Niveles de Servicio y Productividad

(...)

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

(...)

Niveles de Servicio y Productividad para cualquier tipo de carga

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

²⁹ **Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones

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

"Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos

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

Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

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

³⁰ **Reglamento de Infracciones y Sanciones**

"Artículo 7° Órganos competentes

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

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 001-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

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 OSITRAN³¹;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0361-2018, y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO, EN PARTE**, el reclamo presentado por ANITA FOOD S.A.C. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., debiendo la Entidad Prestadora anular la factura N° F003-94948 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, y emitir una nueva por el equivalente a veintidós (22) horas y dieciséis (16) minutos de paralizaciones.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa ANITA FOOD S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

CUARTO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional: www.ositran.gob.pe.

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Francisco Javier Coronado Saleh.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN**

³¹ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Integrar la resolución apelada;
- 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".