EXPEDIENTE	:	034-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE	:	CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L
ENTIDAD PRESTADORA	:	APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO	:	Resolución Nº 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0522-2018

RESOLUCIÓN Nº 1

Lima, 27 de septiembre de 2019

SUMILLA: Corresponde revocar la resolución recurrida, al haberse verificado que la Entidad Prestadora no cumplió con el Plan de Operaciones acordado ni comunicó al usuario la modificación de dicho Plan.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L (en adelante, CARGILL o el apelante) contra la Resolución Nº 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0522-2018 (en lo sucesivo, la Resolución Nº 2) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

1.- Con fecha 15 de noviembre de 2018, CARGILL interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° F003-94661, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US$ 573.48 (quinientos setenta y tres con 48/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:

i.- La factura se encuentra mal emitida toda vez que el concepto cobrado sería 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.- En la factura cuestionada no se detalla en qué momento se habrían generado las tres (3) horas de paralización por falta de camiones que APM pretende cobrar, ni la razón por la cual debe asumir dicha cantidad de horas.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

iii.- La congestión en el ingreso de los camiones al terminal, así como la congestión en el interior del recinto portuario retrasa la circulación y flujo de las unidades vehiculares asignadas para el recojo de la mercancía causando perjuicio económico a los usuarios.

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 que ingresa el vehículo de trasporte hasta su retiro de las instalaciones portuarias, lo que en el presente caso no ha sido cumplido, correspondiendo que APM remita la documentación pertinente que acredite que el promedio de permanencia de los camiones se encuentra dentro de los límites exigidos por el Contrato de Concesión.

2.- Mediante Carta N° 1409-2018-APMTC/CL (en adelante, Resolución Nº 1), notificada el 2 de enero de 2019; APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado por los siguientes argumentos:

i.- De acuerdo con lo dispuesto en la notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos vigente al momento de la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el "Recargo por Compensación por Cuadrilla No Utilizada"; el cual se aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.

ii.- El cobro de compensación por cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud que se aplica al usuario cuando se comprueba que el desarrollo de las operaciones de la nave se perjudica por razones ajenas a la responsabilidad de APM.

iii.- En el presente caso, de acuerdo al Plan de Trabajo de la nave STRATEGIC SYNERGY, la carga de CARGILL se encontraba en las bodegas 1, 3 y 5; no obstante, la descarga de la bodega 3 fue realizada directamente a silos y la bodega 5 fue compartida con otro consignatario; por lo que para el cálculo de horas para la aplicación del recargo respecto de dichas bodegas no han sido consideradas, sino únicamente las demoras ocurridas en la bodega 1, pues ésta sólo contenía mercancía perteneciente a CARGILL.

iv.- La descarga de dicha bodega debía de realizarse en la cuarta jornada de trabajo, encontrándose supeditada al término de la descarga de la torta de soya boliviana contenida en la bodega 2; sin embargo, debido a diversas demoras durante la descarga de la referida bodega, las operaciones de la bodega 1 se iniciaron en el noveno turno.

v.- De acuerdo con ello, la descarga de la mercancía contenida en la bodega 1, fue programada para realizarse en dos (2) jornadas con dos (2) cuadrillas; no obstante, debido a las paralizaciones por falta de camiones externos, las cuales fueron registradas en las Notas de Tarja, la descarga en dicha bodega se prolongó una jornada adicional.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

vi.- En las Notas de Tarja también se consignaron demoras no operativas imputables a APM, por lo que corresponde efectuar una compensación entre ambas paralizaciones, quedando un resultante de cobro por dos (2) horas y treinta y nueve (39) minutos de paralizaciones.

vii.- Conforme al Reglamento de Tarifas de APM la facturación se realiza por hora o fracción; esto es, que las dos (2) horas con treinta y nueve (39) minutos equivalen a tres (3) horas de paralizaciones, sujetas al recargo por compensación por cuadrilla no utilizada.

viii.- Respecto a la presunta congestión en el exterior del terminal portuario, APM solo resulta responsable por los servicios que ofrece en su calidad de administrador portuario, por lo que ello no corresponde a su ámbito de competencia y/o responsabilidad.

ix.- CARGILL alegó congestión en el interior del terminal, lo que habría originado demoras en la atención de sus vehículos; sin embargo, no ha presentado medio probatorio alguno que acredite tales afirmaciones.

x.- 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 30 minutos, tiempo que se computará desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro del Terminal Portuario. Para verificar el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligado 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.

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

3.- El 16 de enero de 2019, CARGILL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución Nº 1, reiterando lo señalado en el reclamo y añadiendo lo siguiente:

i.- Del documento emitido por el agente marítimo (TRAMARSA), se aprecia que las paralizaciones que afectaron la descarga de la nave STRATEGIC SYNERGY se debieron a hechos atribuibles a APM, los cuales sumaron un total de diecisiete (17) horas de retraso en las operaciones; por lo que solicitó se realizara una compensación con las tres (3) horas que APM pretende cobrar por el concepto de cuadrilla no utilizada.

ii.- El concesionario no ha demostrado a cuál de los permisos o autorizaciones de las mercancías (tres granos distintos y dos usuarios) transportadas por la nave STRATEGIC SYNERGY corresponde el cobro del recargo por cuadrillas no utilizadas.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

4.- Mediante Resolución Nº 2 notificada a CARGILL el 8 de febrero de 2019, APM resolvió el recurso de reconsideración declarándolo infundado, reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1 y añadiendo lo siguiente:

i.- Con relación al documento emitido por el Agente Marítimo, en el citado documento se han consignado erróneamente actividades propias de la operación de descarga como demoras imputables a APM; tales como "*Payloader inside hold 2*", "*Shifting gangs holds 2*", entre otros; por lo que dichos eventos no pueden ser compensados a favor del usuario.

ii.- Para el cobro del concepto "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas", en efecto, se descontaron las demoras no operativas imputables a APM, en la medida que de acuerdo con lo señalado en la Resolución N° 1, éstas sí fueron consideradas y descontadas del total de demoras imputables a CARGILL; en ese sentido, se descontaron una (1) hora con cincuenta (50) minutos, resultando finalmente el cobro de dos (2) horas y treinta y nueve (39) minutos.

iii.- Con relación al argumento referido a que APM debía de demostrar a cuál de las autorizaciones correspondía asumir las horas de recargo, únicamente se consideraron las demoras registradas en la bodega 1, puesto que la misma sólo contenía cargar perteneciente a CARGILL con autorización N° 97764.

5.- Con fecha 13 de febrero de 2019, CARGILL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 que declaró infundado su recurso de reconsideración, reiterando lo señalado en su reclamo y agregando lo siguiente:

i.- El tiempo de retiro de mercadería que establece el Contrato de Concesión no debe ser mayor de 30 minutos, lapso contado desde el momento en que ingresa el vehículo de transporte hasta su retiro de las instalaciones portuarias, que en el presente caso no ha sido cumplido, pues el promedio de tiempo ha sido de treinta (30) minutos con treinta y cuatro (34) segundos.

ii.- En ese sentido, las unidades vehiculares de CARGILL permanecían treinta y cuatro (34) segundos más de lo permitido, afectando el flujo de éstas para el recojo de su mercadería.

6.- El 28 de febrero de 2019, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando lo señalado en sus pronunciamientos anteriores.

7.- El 26 de junio de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa con la asistencia del representante de APM quien procedió a dar su informe oral, quedando la causa al voto.

8.- Con fecha 1 de julio de 2019, APM presentó un escrito con sus alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

9.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Nº 2.

ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la Factura Nº 003-94661, 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

10.- En el presente caso, CARGILL cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas durante las operaciones de descarga de la nave STRATEGIC SYNERGY, alegando demoras debido a la presunta congestión generada al ingreso y retiro de sus vehículos de transporte de las instalaciones portuarias cuya responsabilidad indica debe ser asumida por APM.

11.- Posteriormente, en el recurso de apelación, CARGILL señaló que durante las operaciones de descarga se registraron paralizaciones imputables a APM solicitando se realizara una compensación que APM pretende cobrar por el referido concepto de cuadrillas no utilizadas.

12.- Por su parte, APM señaló que las paralizaciones materia de cobro fueron consecuencia de la falta de envío de camiones atribuibles al apelante.

13.- En atención a lo señalado, corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio estándar efectivamente se prestó o no conforme a lo previsto en el señalado Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.

14.- Cabe recordar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el 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.

15.- En ese sentido, el artículo 33[1] del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

---

[1] ***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
(...)

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

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.

16.- Siendo así, dado que en el presente caso se requerirá analizar la prestación del servicio en atención a lo acordado por las partes en el Plan de Operaciones, a efectos de determinar la pertinencia del cobro del recargo; se evidencia que ello involucra los supuestos de reclamo 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 APM[2], así como el literal b) del artículo 2[3] del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento[4], el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

17.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM[5], concordante con el artículo 59° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN

---

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

[2] ***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".

[3] ***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.

[4] ***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".

[5] ***Reglamento Reclamos de APM***

*"**3.1.2 Recurso de Apelación***

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

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

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

(en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)[6], el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de quince (15) días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

18.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:

i.- La Resolución Nº 2 materia de impugnación fue notificada a CARGILL el 8 de febrero de 2019.

ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CARGILL interponga el recurso de apelación venció el 1 de marzo de 2019.

iii.- CARGILL presentó el recurso de apelación el 13 de febrero de 2019, es decir, dentro del plazo legal.

19.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG)[7], 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.

20.- 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 LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

21.- 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:

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

6 ***Reglamento 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".

7 ***TUO de la Ley Nº 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".

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

> "***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."*

22.- 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).

23.- 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.

24.- 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."*

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

"**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]

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

"*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.

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

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

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]

26.- 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.

27.- 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.

28.- 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]

29.- 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."

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

[El subrayado es nuestro]

30.- 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.

31.- 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.

32.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"[9] que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, 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.

33.- 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.

b) Sobre la organización de los servicios que brinda APM

34.- En virtud del Contrato de Concesión[10] 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)[11]. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

---

9 ***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.
(...)

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

11 ***Contrato de Concesión***

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

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

"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]

35.- 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]

36.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado[12].

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".

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

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

37.- 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.

c) Sobre el deber de información de APM

38.- El Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público[13], 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 brinden como consecuencia de la explotación de las ITUP está regida por los siguientes principios:*
>
> ***a) Transparencia.-** El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios portuarios, aeroportuarios, viales, ferroviarios y del Sistema de Transporte Masivo de Lima y Callao...".*
>
> ***Artículo 7.- De los Derechos de los Usuarios.-***
> *Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:*
>
> *a) A la información*
>
> *Los Usuarios deben recibir información, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras brindan, a fin de poder utilizarlos integralmente...".*

39.- 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*".

40.- 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".*

[13] Aprobado a través de la Resolución Nº 035-2017-CD-OSITRAN.

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

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".

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

42.- 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.

43.- 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.

44.- En este orden de ideas, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá,

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.

d) Sobre el cobro de la factura N° F003-94661

45.- En el presente caso, CARGILL cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas durante las operaciones de descarga de la nave STRATEGIC SYNERGY, alegando demoras debido a la congestión generada al ingreso y retiro de sus vehículos de transporte de las instalaciones portuarias cuya responsabilidad corresponde sea asumida por APM.

46.- Posteriormente, en el recurso de apelación, CARGILL señaló que durante las operaciones de descarga se registraron paralizaciones imputables a APM, solicitando se realizara una compensación con las tres (3) horas que APM pretendía cobrar por el referido concepto de cuadrillas no utilizadas.

47.- Por su parte, APM señaló que la bodega 1 contenía en su totalidad mercancía (torta de soya paraguaya) perteneciente a CARGILL. Al respecto, de acuerdo al Plan de Operaciones, la descarga de la misma debía de realizarse en la cuarta jornada, encontrándose supeditada al término de la descarga de la torta de soya boliviana contenida en la bodega 2; no obstante, debido a diversas demoras ocurridas durante la descarga de la referida bodega 2, las operaciones de la bodega 1 se iniciaron en la novena jornada. Sin embargo, la Entidad Prestadora precisó que las paralizaciones materia de cobro fueron consecuencia de la falta de envío de camiones atribuibles al apelante.

48.- Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se suspendan o paralicen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.

49.- En esa línea, el Reglamento de Operaciones de APM ha definido el Plan de Operaciones como el: *"Documento mediante el cual se detallan las actividades específicas que se han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una Nave, en base a la información provista por el Agente Marítimo y a lo coordinado en la Junta Pre Operativa."*

50.- En ese entendido, el Plan de Operaciones es el documento elaborado por la Entidad Prestadora en el cual se detallan de forma específica, todas las actividades de una operación de carga o descarga, convirtiéndose en el documento que determina la actuación, tanto de la Entidad Prestadora como del usuario, durante la ejecución del servicio portuario.

51.- Cabe resaltar que el artículo 9° del Reglamento de Operaciones de APM[14] 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.

[14] Reglamento de Operaciones de APM, versión 6

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

52.- De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Trabajo" o de Operaciones[15], del cual se advierte que APM informó la hora de inicio de la operación, el número de cuadrillas a utilizar por jornada y el orden de descarga planificado para la bodega 1 de la nave STRATEGIC SYNERGY, estableciéndose que el proceso de descarga se realizaría en una (1) jornada de trabajo y utilizando dos (2) cuadrillas, programándose como momento de inicio de la descarga el 22 de agosto de 2018 a las 15:00 horas.

54.- No obstante, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"[16] emitido y presentado por APM, el cual también obra en el expediente, se aprecia que las operaciones de descarga vinculadas con la bodega 1 de la nave STRATEGIC SYNERGY, se desarrollaron en tres (3) jornadas de trabajo en lugar de la única (1) jornada programada, iniciándose la secuencia de descarga el 24 de agosto de 2018 a las 07:00 horas, cuando se había programado el inicio de operaciones para el 22 de agosto de 2018 a las 15:00 horas.

56.- En tal sentido, de los documentos señalados precedentemente, se verifica que APM incumplió el Plan de Operaciones en la medida que **el inicio de la descarga de la bodega 1 de la nave STRATEGIC SYNERGY se llevó a cabo cuarenta (40) horas después de la fecha y hora originalmente programada**; ejecutándose dos jornadas adicionales para realizar el retiro de la mercancía asignada a CARGILL.

57.- Al respecto, cabe recordar que la Entidad Prestadora es responsable de ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones teniendo la potestad de modificarlo de acuerdo a las circunstancias que presente cada operación. No obstante, el usuario en virtud al derecho a la información que le asiste tiene derecho a ser informado oportunamente por el Concesionario sobre la forma en que llevará a cabo la operación portuaria y también sobre cualquier circunstancia que altere el servicio prestado.

58.- En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado, correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar al usuario las nuevas condiciones que iban a presentarse con la finalidad de que éste tomara conocimiento de dichas condiciones de descarga a fin de tener la posibilidad de organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar, a efectos de que la atención de la descarga se realice sin contratiempos evitando incurrir en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

59.- Sin embargo, de la revisión del expediente administrativo no se advierte que la Entidad Prestadora haya presentado medio probatorio alguno que acredite que cumplió con su obligación de informar lo señalado precedentemente.

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

[15] Folios 25 y 26

[16] Folio 27

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

60.- En atención a la alegación de APM referida a demoras en la descarga de la bodega 2 que transportó mercadería perteneciente a otro usuario provocaron la tardanza en el inicio de las operaciones en la bodega 1 que contenía mercancía de CARGILL, cabe señalar que no se ha acreditado que tales demoras resulten atribuibles a dicho usuario. En ese sentido, al encontrarse las operaciones de descarga de la nave STRATEGIC SYNERGY dentro de la esfera de dominio de APM, correspondía a ésta asumir la responsabilidad por las consecuencias que ocasionaron las referidas demoras.

61.- Siendo así, APM tenía la responsabilidad de comunicar a CARGILL: i) la modificación de la fecha y hora de inicio de la descarga; y, ii) que la operación de descarga se desarrollaría en más jornadas que las programadas originalmente en el Plan de Operaciones.

62.- Si bien CARGILL es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado, y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones; también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM y a la información que le envíe.

63.- Teniendo en consideración que la Entidad Prestadora incumplió el Plan de Operaciones y no acreditó haber informado a CARGILL las modificaciones que realizó a dicho Plan, carece de objeto pronunciarse sobre las alegaciones del apelante en relación al cobro del Impuesto General a las Ventas.

64.- Consecuentemente, en atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, no corresponde el cobro del recargo de compensación de cuadrilla no utilizada recogido en la factura N° F003-94661.

65.- Finalmente, en relación a la presunta deficiencia en el servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión de APM, cabe precisar que la Gerencia de Supervisión del OSITRAN es el área encargada de la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, entre ellas, las relativas a la calidad de los niveles de servicio. En ese sentido, si de las mediciones que realiza la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, 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 correspondiente[17], y no al Tribunal pronunciarse sobre dicha materia al no encontrarse dentro de sus competencias.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN[18];

---

[17] ***Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN***
"Artículo 7º Órganos competentes
El órgano competente para la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores es la Gerencia de Supervisión.
El órgano resolutivo, en primera instancia es la Gerencia General de OSITRAN.
El órgano resolutivo, en segunda instancia es el Consejo Directivo de OSITRAN".

[18] ***Reglamento de Reclamos de OSITRAN***

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0522-2018; y en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L. respecto de la factura N° F003-94661 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, dejando sin efecto su cobro.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN

(...)
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".

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe