



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 070-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

EXPEDIENTE : 070-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE : CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0017-2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 29 de noviembre de 2019

SUMILLA: *No corresponde el cobro del recargo por cuadrilla no utilizada si la Entidad Prestadora no cumple con el Plan de Operaciones acordado ni comunica 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 N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0017-2019 (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 11 de enero de 2019, CARGILL interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° Foo4-9847, 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 incorrectamente 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 070-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

- 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 al usuario.
 - iv.- El Contrato de Concesión de APM dispone que el tiempo de retiro de mercancía no deberá ser mayor de 30 minutos contado desde el momento en 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 08 de febrero de 2019; APM resolvió el reclamo presentado declarándolo fundado en parte por los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo con lo dispuesto en la notas ampliatorias de la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos vigente al momento de la prestación del servicio, APM se encuentra facultada a cobrar los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el "Recargo por Compensación por Cuadrilla No Utilizada"; el cual se aplica cuando al disponer del personal necesario para la prestación del servicio estándar, éste se cancela, se suspende o paraliza por decisión o responsabilidad de la línea naviera, el consignatario o sus representantes.
 - ii.- El cobro de compensación por cuadrilla no utilizada es un recargo y no una solicitud que se aplica al usuario cuando se comprueba que el desarrollo de las operaciones de la nave se perjudica por razones ajenas a la responsabilidad de APM.
 - iii.- En el presente caso, acorde con el Plan de Trabajo de la nave CHEMBULK GIBRALTAR, se planificó desarrollar la descarga en quince (15) jornadas utilizando quince (15) cuadrillas; sin embargo, de acuerdo con el Reporte Final de Operaciones, la descarga se prolongó hasta dieciséis (16) jornadas utilizando dieciséis (16) cuadrillas; esto es, se utilizó una (1) cuadrilla adicional equivalente a ocho (8) horas de recargo por compensación por cuadrillas.
 - iv.- Del documento denominado "Notas de Tarja", se aprecia que durante las operaciones de descarga de la nave CHEMBULK GIBRALTAR se registraron un total de dos (2) horas con ocho (8) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones externos; esto es, imputables a CARGILL.
 - v.- No obstante, correspondía que a las demoras imputables a CARGILL se le realizara el descuento de las paralizaciones no operativas imputables a APM, dando como resultado final el cobro de una (1) hora con cuarenta y ocho (48) minutos de paralizaciones, equivalente a dos (2) horas de paralizaciones, considerando que el cobro se realiza por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM; por lo que se procederá a



anular la factura materia de reclamo y emitir una nueva considerando las dos (2) horas por concepto de compensación de cuadrillas no utilizadas.

- vi.- 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 forma parte del ámbito de su competencia y/o responsabilidad.
 - vii.- CARGILL alegó congestión en el interior del terminal, hecho que habría originado demoras en la atención de sus vehículos; sin embargo, no ha presentado medio probatorio alguno que acredite sus afirmaciones.
 - viii.- En cuanto a los niveles de servicio y productividad, el Anexo 3 del Contrato de Concesión establece que el retiro de la mercancía 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 que se verifique el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligado a presentar mensual y trimestralmente los niveles de servicio y productividad que viene alcanzando; dichos niveles 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.
 - ix.- 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 22 de febrero de 2019, CARGILL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, reiterando lo señalado en el reclamo. Agregó que del documento emitido por el agente marítimo (TRAMARSA), se podía apreciar que las paralizaciones que afectaron la descarga de la nave CHEMBULK GIBRALTAR se debieron a hechos atribuibles a APM, eventos que sumaron un total de once (11) horas con cuatro (4) minutos de retraso en las operaciones; por lo que solicitó se realizara una compensación con las dos (2) horas que APM pretendía cobrar por el concepto de cuadrilla no utilizada.
- 4.- Mediante Resolución N° 2 notificada a CARGILL el 29 de marzo 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 los "Cambios de Cuadrillas", por lo que dichos eventos no pueden ser compensados a favor del usuario.
 - ii. Para el cobro del concepto "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas", se realizaron dos (2) cálculos; el primero referido a la evaluación entre lo planificado (Plan de Trabajo) y lo operado (Reporte Final de Operaciones), y el segundo al cómputo de las horas en que APM

no operó por falta de envío de camiones, descontándose las demoras no operativas imputables a la Entidad Prestadora.

iii. En el caso en particular, APM procederá a descontar las demoras no operativas dando como resultado un cobro por dos (2) horas, por lo que la factura objeto de reclamo será anulada emitiéndose una nueva que contenga solo el cobro de las (2) horas por recargo de compensación de cuadrillas, es decir, una cantidad menor de horas a favor del usuario.

5.- Con fecha 3 de abril 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.- Solicitó la aplicación del silencio administrativo positivo, señalando que APM debió de notificar la resolución que resolvió su recurso de reconsideración hasta el 22 de marzo de 2019; sin embargo, no lo hizo sino hasta el 29 de marzo de 2019; esto es, de manera extemporánea.

ii.- APM no cumplió con el tiempo de retiro de mercancía que establece el Contrato de Concesión, el cual no debe ser mayor de 30 minutos contado desde el momento en que ingresa el vehículo de transporte hasta su retiro de las instalaciones portuarias, pues en el presente caso el promedio de tiempo fue de setenta (70) minutos.

iii.- En ese sentido, las unidades vehiculares de CARGILL permanecieron cuarenta (40) minutos más de lo legalmente permitido, afectando el flujo de éstas para el recojo de su mercadería; consecuencia de lo cual se prolongaron las jornadas de trabajo, lo que resulta imputable a APM.

iv.- En el documento emitido por el agente marítimo (TRAMARSA), se aprecia que las paralizaciones que afectaron la descarga de la nave CHEMBULK GIBALTAR por hechos atribuibles a APM equivalen a once (11) horas con cuatro (4) minutos, motivo por el cual solicitó se realice una compensación con las dos (2) horas que APM pretende cobrar por el concepto de cuadrilla no utilizada.



6.- El 26 de abril 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. Asimismo, precisó que no procedía la solicitud de Silencio Administrativo Positivo, debido a que la Resolución N° 2 fue emitida por APM el 22 de marzo de 2019 y notificada dentro de los cinco (5) días hábiles que establece la normativa vigente; esto es, dentro de los plazos legales previstos.

7.- El 11 de noviembre 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 14 de noviembre de 2019, APM presentó un escrito con sus alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento. Asimismo, precisó que se modificó el inicio de operaciones de la descarga de la nave SPAR VEGA para el 23 de enero de 2019 a las 07:00 horas, variación que indicó fue debidamente informada a TRAMARSA en calidad de agente marítimo de CARGILL.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 9.- 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° Foo4-9847, 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 pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que APM no detalló cómo se habrían generado las tres (3) horas de paralización que pretende cobrar, agregando que la congestión en el interior del Terminal Portuario; así como la existencia de paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora afectaron la descarga de la nave.
- 11.- APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas manifestadas por CARGILL, 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.
- 12.- En atención a lo señalado precedentemente, 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.
- 13.- Cabe recordar que el artículo 2° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 14.- En ese sentido, el artículo 33¹ del referido Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

¹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN
"Artículo 33.-"



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 070-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

- 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.

- 15.- El presente caso versa sobre el cobro de recargo por cuadrillas no utilizadas, lo que involucra un supuesto de reclamo por facturación y cobro de servicios, así como calidad en la prestación de servicios previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM², así como el literal b) del artículo 2³ del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el 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 Reglamento⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 16.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶, el plazo que tiene el usuario para la

¹ Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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

(...)

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

(...)

² Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

³ "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

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.

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

"3.2.2 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 Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

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.

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

- i.- La Resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a CARGILL el 29 de marzo de 2019.
- ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CARGILL interponga el recurso de apelación venció el 23 de abril de 2019.
- iii.- CARGILL presentó el recurso de apelación el 3 de abril de 2019, es decir, dentro del plazo legal.

18.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷, 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.

19.- 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

20.- 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 LPAG⁸, disponen que los procedimientos

⁷ 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.

⁸ TUO de la Ley N° 27444

* Artículo 220.- Recurso de apelación

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

* 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 221 de la presente Ley

(...)*

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

- 21.- 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"*⁹.
- 22.- Asimismo, el artículo 7 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN,¹⁰ 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 LPAG¹¹, siéndoles exigibles las disposiciones de dicho reglamento y, en lo no previsto, las de la referida ley.
- 23.- 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 sustento¹², en este caso, los Reglamentos de Reclamos de APM y OSITRAN, así como también las previstas en el TUO de la LPAG.
- 24.- Ahora bien, de conformidad con el artículo 3.1.1 del Reglamento de Reclamos de APM¹³ y el artículo 56 del Reglamento de Reclamos OSITRAN¹⁴, el plazo para resolver el recurso de reconsideración presentado por los usuarios es de 20 días hábiles, contados a partir del día

⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Ed. 2011 pp.540.

¹⁰ 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".

¹¹ 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.

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Ed. 2011 pp.61.

¹³ Reglamento Reclamos de APM

"3.1.1 Recurso de Reconsideración

Contra la resolución emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. procede la interposición de recurso de reconsideración dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución. La sustentación de este requisito se hará con la presentación de nueva prueba. Este recurso es opcional por lo que su no interposición no impide la presentación del recurso de apelación.

APM TERMINALS CALLAO S.A. se pronunciará en el plazo de veinte (20) días siguientes desde su admisión a trámite. Vencido dicho plazo, y de no existir acto resolutorio se aplicará el silencio administrativo positivo."

¹⁴ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN.

"Artículo 56.- Plazo resolutorio y silencio administrativo.

La reconsideración deberá resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes de su admisión a trámite. En caso que el Cuerpo Colegiado Ordinario omitiera pronunciarse en el plazo establecido, se aplicará el silencio administrativo negativo y, en consecuencia, el impugnante podrá recurrir en apelación ante el Tribunal de Solución de Controversias. En caso que la Entidad Prestadora omitiera pronunciarse en el plazo establecido, se aplicará el silencio administrativo positivo."

siguiente de la fecha de su presentación. Asimismo, en caso de que la Entidad Prestadora omitiera pronunciarse, resulta de aplicación el SAP.

- 25.- Asimismo, cabe precisar que el artículo 24.1 del TUO de la LPAG¹⁵, señala que toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del quinto día hábil a partir de toda expedición del acto que se notifique.
- 26.- En el presente caso, se ha verificado que CARGILL presentó su recurso de reconsideración el 22 de febrero de 2019; en consecuencia, APM tenía 20 días hábiles, esto es, hasta el 22 de marzo de 2019, para emitir un pronunciamiento y hasta el 29 de marzo de 2019 para notificarlo.
- 27.- De la revisión del expediente se aprecia que la Resolución N° 2, mediante la cual APM resolvió el recurso de reconsideración presentado por CARGILL, fue emitida el 22 de marzo de 2019 y notificada el 29 de marzo de 2019, esto es, dentro de los plazos legales correspondientes.
- 28.- En consecuencia, al haberse emitido y notificado la Resolución N° 2 dentro de los plazos previstos legalmente, no corresponde aplicar el SAP solicitado por CARGILL.

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

- 29.- 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.

¹⁵ 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.

(...)

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."

- 30.- 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 destrinca, entre otros).
- 31.- 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.
- 32.- 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]

- 33.- 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"¹⁶. 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]

¹⁶ <http://www.apmterminalscallao.com.pe/images/reglamentos/1957478784Precios-y-recargos-deotrosservicios08072013.pdf>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 070-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

- 34.- 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.
- 35.- 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.
- 36.- 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]

- 37.- 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]

- 38.- 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.
- 39.- 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.
- 40.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"¹⁷ que APM publica en su página web, el mismo que ha sido reseñado en los párrafos precedentes, se

¹⁷ PRECIOS POR OTROS SERVICIOS Y RECARGO
Recargos a los Servicios prestado a la Nave
Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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.

- 41.- 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

- 42.- En virtud del Contrato de Concesión¹⁸ 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)¹⁹. 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

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.

(...)

¹⁸ 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.

¹⁹ 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".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

EXPEDIENTE N° 070-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

negocio, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones Aplicables."

[El subrayado es nuestro]

43.- 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]

44.- 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 resultado²⁰.

45.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente.

Sobre el deber de información de APM

46.- El Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público²¹, 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:

²⁰ 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.

²¹ Aprobado a través de la Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN.



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...”.

47.- 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”.

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

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

Artículo 62.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos de APMTC para las operaciones que sean solicitadas por los Usuarios.

Contempla las siguientes acciones de cargo de APMTC:

- a.- Planear coordinar con los usuarios las disposiciones para el desarrollo de las operaciones por nave.
- b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.
- c.- Planear la asignación de amarraderos.
- d.- Planear la cantidad de equipos, cuadrillas de estibadores y determinar el número de jornadas a emplear para cada Nave en base a la información que el usuario debe remitir de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento. La cantidad de jornadas que tomará la operación puede variar de acuerdo a las condiciones de estiba y de la Carga que se adviertan durante las operaciones, así como de las condiciones de la nave y de las grúas de la misma.
- e.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento.
- f.- Programar la recepción y el despacho de la carga”.

- 49.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.
- 50.- 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.
- 51.- 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.
- 52.- En este orden de ideas, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.

Sobre el cobro de la factura N° Foo4-9847

- 53.- En el presente caso, CARGILL cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que APM no detalló cómo se habrían generado las tres (3) horas de paralización que pretende cobrar, agregando que la congestión en el interior del Terminal Portuario; así como la existencia de paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora afectaron la descarga de la nave.
- 54.- APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas manifestadas por CARGILL, 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.
- 55.- 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.
- 56.- En esa línea, el Reglamento de Operaciones de APM versión 6, ha definido el Plan de Operaciones como el: "*Documento mediante el cual se detallan las actividades específicas que se*

han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una Nave, en base a la información provista por el Agente Marítimo y a lo coordinado en la Junta Pre Operativa."

- 57.- 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.
- 58.- Cabe resaltar que el artículo 9° del Reglamento de Operaciones de APM²² 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.
- 59.- De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones" de la nave CHEMBULK GIBALTAR²³, conforme se aprecia a continuación:

Plan de Operaciones nave CHEMBULK GIBALTAR (PO)

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	25/12/2018	07:30 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	29/12/2018	07:00 horas

N° Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo ²⁴	B 1	N° de Cuadrillas
1	25/12 (07:00 - 15:00)	X	1
2	25/12 (15:00 - 23:00)	X	1
3	25/12 (23:00 - 07:00)	X	1
4	26/12 (07:00 - 15:00)	X	1
5	26/12 (15:00 - 23:00)	X	1
6	26/12 (23:00 - 07:00)	X	1
7	27/12 (07:00 - 15:00)	X	1
8	27/12 (15:00 - 23:00)	X	1
9	27/12 (23:00 - 07:00)	X	1
10	28/12 (07:00 - 15:00)	X	1
11	28/12 (15:00 - 23:00)	X	1
12	28/12 (23:00 - 07:00)	X	1
13	29/12 (07:00 - 15:00)	X	1
14	29/12 (15:00 - 23:00)	X	1
15	29/12 (23:00 - 07:00)	X	1
Total de cuadrillas			15

²² Reglamento de Operaciones de APM.

²³ Artículo 9.- APMTC será responsable por ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones final conforme a lo establecido en los procedimientos de APMTC."

²⁴ Folios 23, 24 y 25.

²⁵ Conforme con lo establecido en el Reglamento de Operaciones de APM, las jornadas laborales comprenden los siguientes horarios: 07:00 horas, 15:00 horas y 23:00 horas)

- 60.- Como puede verificarse, de acuerdo con el Plan de Operaciones elaborado por APM, el proceso de descarga de la nave CHEMBULK GIBRALTAR se realizaría en un total de quince (15) jornadas de trabajo y quince (15) cuadrillas, estableciendo como fecha de inicio de operaciones el 25 de diciembre de 2018 a las 07:30 horas.
- 61.- No obstante, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"²⁵ emitido y presentado por APM, que también obra en el expediente se aprecia que las operaciones de descarga vinculado con la nave CHEMBULK GIBRALTAR, se desarrollaron conforme al siguiente detalle:

Reporte Final de Operaciones (RFO)

Inicio de Operaciones	26/12 (00:42)
Término de Operaciones	31/12 (00:20)

N° Jornada	Inicio de Jornada	B 1
1	26/12 (00:42 - 07:00)	X
2	26/12 (07:00 - 15:00)	X
3	26/12 (15:00 - 23:00)	X
4	26/12 (23:00 - 07:00)	X
5	27/12 (07:00 - 15:00)	X
6	27/12 (15:00 - 23:00)	X
7	27/12 (23:00 - 07:00)	X
8	28/12 (07:00 - 15:00)	X
9	28/12 (15:00 - 23:00)	X
10	28/12 (23:00 - 07:00)	X
11	29/12 (07:00 - 15:00)	X
12	29/12 (15:00 - 23:00)	X
13	29/12 (23:00 - 07:00)	X
14	30/12 (07:00 - 15:00)	X
15	30/12 (15:00 - 23:00)	X
16	30/12 (23:00 - 00:20 del 31/12)	X

- 62.- Del análisis en conjunto del Plan de Operaciones y del Reporte Final de Operaciones, se desprende lo siguiente:
- i.- El inicio de descarga de la nave CHEMBULK GIBRALTAR, según el Plan de Operaciones, estuvo programado para el 25 de diciembre de 2018 a las 07:30 horas; sin embargo, la descarga recién se inició el 26 de diciembre de 2018 a las 00:42 horas; esto es, dieciséis (16) horas con cuarenta y dos (42) minutos después de lo programado.

²⁵ Folio 30.

- ii.- Para la descarga de la nave CHEMBULK GIBALTAR, se programaron quince (15) jornadas de trabajo; no obstante, en los hechos se llevaron a cabo dieciséis (16) jornadas, finalizándose las operaciones el 31 de diciembre de 2018 a las 00:20 horas en lugar del 29 de diciembre de 2018 a las 07:00 horas, es decir, cuarenta y un (41) horas con veinte (20) minutos después de lo programado, evidenciándose la variación del Plan de Operaciones originalmente informado.
- 63.- Consecuentemente, se verifica que la variación en el inicio de operaciones afectó la secuencia de la descarga de la nave CHEMBULK GIBALTAR lo que generó la necesidad de programar una jornada y una cuadrilla adicional para ejecutar el retiro de la carga asignada a CARGILL, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro comparativo de las operaciones de descarga de la nave CHEMBULK GIBALTAR

Nave CHEMBULK GIBALTAR	Plan de Operaciones inicialmente programado		Plan de Operaciones finalmente ejecutado
	Fecha y Horario		Fecha y Horario
Inicio de operaciones de la nave	25/12 07:30 horas		26/12 00:42 horas
Jornadas de descarga de la mercancía de CARGILL	1	25/12 (07:00 - 15:00)	26/12 (00:42 - 07:00)
	2	25/12 (15:00 - 23:00)	26/12 (07:00 - 15:00)
	3	25/12 (23:00 - 07:00)	26/12 (15:00 - 23:00)
	4	26/12 (07:00 - 15:00)	26/12 (23:00 - 07:00)
	5	26/12 (15:00 - 23:00)	27/12 (07:00 - 15:00)
	6	26/12 (23:00 - 07:00)	27/12 (15:00 - 23:00)
	7	27/12 (07:00 - 15:00)	27/12 (23:00 - 07:00)
	8	27/12 (15:00 - 23:00)	28/12 (07:00 - 15:00)
	9	27/12 (23:00 - 07:00)	28/12 (15:00 - 23:00)
	10	28/12 (07:00 - 15:00)	28/12 (23:00 - 07:00)
	11	28/12 (15:00 - 23:00)	29/12 (07:00 - 15:00)
	12	28/12 (23:00 - 07:00)	29/12 (15:00 - 23:00)
	13	29/12 (07:00 - 15:00)	29/12 (23:00 - 07:00)
	14	29/12 (15:00 - 23:00)	30/12 (07:00 - 15:00)
	15	29/12 (23:00 - 07:00)	30/12 (15:00 - 23:00)
	16	-	30/12 (23:00 - 00:20 del 31/12)
Fin de operaciones de la nave	29/12 07:00 horas		31/12 00:20 horas

- 64.- Cabe precisar que en los alegatos remitidos por APM en el presente procedimiento el 14 de noviembre de 2019, manifestó haber comunicado a TRAMARSA, agente marítimo de CARGILL, la variación del inicio de operaciones de la nave SPAR VEGA. No obstante, se verifica que lo manifestado por APM no guarda relación con hechos analizados en el presente caso, es decir, con

las operaciones de descarga de la nave CHEMBULK GIBRALTA; por lo que corresponde desestimar lo señalado por APM en este extremo.

- 65.- Por otro lado, cabe mencionar que en los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen/Nota de Tarja" de la nave CHEMBULK GIBALTAR, se observa el registro de las paralizaciones que resultan imputables a APM, las cuales habrían incidido en los tiempos programados de descarga, los cuales se detallan a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA		CONCEPTO	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	27/12 (07:00-15:00)	Bodega 1: Revisión de manómetro	09:45-10:05	20
2	27/12 (23:00 - 07:00)	Bodega 1: Barrido de tanque Barrido de tanque	16:18-16:45 17:06-17:39	60
3	29/12 (15:00-23:00)	Bodega 1: Por maniobra cambio de acrílicos	15:30-18:40	190
TOTAL DE PARALIZACIONES				270

- 66.- Así pues, de la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron doscientos setenta (270) minutos; esto es, cuatro (4) horas y treinta (30) minutos de paralizaciones imputables a APM que afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave CHEMBULK GIBALTAR.
- 67.- Como se observa, los hechos señalados evidencian el incumplimiento del Plan de Operaciones, toda vez que: i) no se inició la descarga en la hora programada; ii) se utilizó un mayor número de jornadas para culminar la descarga; y, iii) se generaron paralizaciones imputables a APM que afectaron el desarrollo de las operaciones de descarga de la nave CHEMBULK GIBALTAR.
- 68.- 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.
- 69.- En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado inicialmente, correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar al usuario acerca de la variación del Plan, antes del inicio de las operaciones de descarga y de manera oportuna, a fin de que pudiera tener conocimiento de las nuevas condiciones en las que se prestaría el servicio brindado por APM, con el objeto de poder organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar de modo que la atención de la descarga se realizara sin contratiempos evitando incurrir en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

- 70.- 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.
- 71.- En efecto, APM tenía la responsabilidad de comunicar a CARGILL: i) la modificación de la 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.
- 72.- Cabe resaltar que al no contar CARGILL con información precisa sobre las nuevas condiciones de descarga de la nave CHEMBULK GIBRALTAR, esto es, la variación de la fecha y hora de inicio de operaciones que dio lugar a que se realizaran dieciséis (16) jornadas de trabajo en lugar de las quince (15) programadas, no tuvo la posibilidad de organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar habiéndose afectado la planificación que realizó en base a la información inicialmente recibida, teniendo en consideración que las unidades de transporte que ingresan al terminal son contratadas con un tiempo de antelación; y que dicha planificación tenía como objeto que la atención de la descarga se pudiera realizar sin contratiempos y no se incurriera en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- 73.- 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.
- 74.- Teniendo en consideración que la Entidad Prestadora no ejecutó el Plan de Operaciones conforme a lo acordado y no acreditó haber informado a CARGILL las modificaciones que realizó a dicho Plan, corresponde amparar el reclamo interpuesto dejándose sin efecto el cobro del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada recogido en la factura N° Foo4-9847.

Cuestiones Finales

- 75.- En cuanto al cuestionamiento de CARGILL respecto de la inclusión del IGV en la emisión de la factura por concepto de recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada; cabe señalar que de acuerdo a la Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración Tributaria –SUNAT, Ley N° 29816, corresponde a esta Entidad, entre otras funciones, la administración, aplicación, fiscalización y recaudación de los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales²⁶.

²⁶ 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. (...)”

- 76.- Asimismo, el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Resolución de Superintendencia N° 122-2014/SUNAT y sus modificatorias, establece en el literal v) del artículo 4° que una de las funciones de esta Entidad es:

"Artículo 4°.- Funciones y Atribuciones de la SUNAT

Son funciones y atribuciones de la SUNAT:

(...)

v) Determinar la correcta aplicación y recaudación de los tributos que administra y de otros cuya recaudación se le encargue, así como de los derechos que cobren por los servicios que prestan, de acuerdo a Ley."

[El subrayado es nuestro]

- 77.- Por consiguiente, siendo una de las funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria el determinar la correcta aplicación de los tributos, corresponde a esta Entidad y no a este Tribunal pronunciarse sobre la aplicación del IGV en la facturación sobre el recargo por concepto de Compensación de Cuadrilla no utilizada.
- 78.- 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 correspondiente²⁷, 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 OSITRAN²⁸;

²⁷ Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN

"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."

²⁸ 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."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS

EXPEDIENTE N° 070-2019-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0017-2019 por APM TERMINALS CALLAO S.A., y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto al cobro de la factura N° Foo4-9847, 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