EXPEDIENTE	:	071-2019-TSC-OSITRAN
APELANTE	:	CONTILATIN DEL PERÚ S.A.
ENTIDAD PRESTADORA	:	APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO	:	Resolución Nº 1 emitida en el expediente Nº APMTC/CL/0084-2019

RESOLUCIÓN Nº 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 CONTILATIN DEL PERÚ S.A. (en adelante, CONTILATIN o el apelante) contra la Resolución Nº 1 emitida en el expediente Nº APMTC/CL/0084-2019 (en lo sucesivo, la Resolución Nº 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

1.- Con fecha 21 de febrero de 2019, CONTILATIN interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° F004-8419, emitida por concepto de "Compensación de Cuadrillas no Utilizadas" por la suma de US$ 1,146.96 (mil ciento cuarenta y seis con 96/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:

i.- De acuerdo con el Plan de Trabajo elaborado por APM, la descarga de la nave STRATEGIC ENTITY se llevaría a cabo en cinco (5) jornadas de trabajo con diez (10) cuadrillas; no obstante, mediante correo electrónico enviado el 11 de diciembre de 2018 a las 06:36 horas APM informó que la descarga de la nave se efectuaría en tres (3) o cuatro (4) jornadas, es decir, se varió el Plan de Trabajo inicialmente acordado.

ii.- Precisó que la variación del Plan de Trabajo les fue comunicada con menos de 24 horas de anticipación, pues el inicio de operaciones se programó para el 12 de diciembre a las 5:40

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

horas; afectándose la organización y asignación de los recursos y personal para efectuar la descarga en cinco (5) jornadas y no en tres (3) o cuatro (4) jornadas.

iii.- En la Junta Pre-Operativa, su agente marítimo CALLS SHIPPING solicitó a APM trabajar con una sola cuadrilla durante las primeras jornadas, pudiendo incrementarse las cuadrillas de conformidad a la disponibilidad de espacio en silos; sin embargo, la Entidad Prestadora no recogió dicho pedido en el Plan de Trabajo disponiendo más de una cuadrilla en el inicio de las operaciones, originando paralizaciones por la falta de envío de unidades vehiculares.

iv.- APM debe garantizar al usuario que la prestación del servicio se ejecute de manera eficiente y acorde con lo ofrecido, lo que no viene ocurriendo, toda vez que durante las operaciones de descarga se registraron paralizaciones debido a la existencia de congestión en la zona de balanza de la Entidad Prestadora, por lo que el usuario no puede verse perjudicado asumiendo el cobro de un recargo originado por fallas en el diseño y administración de las operaciones de APM.

v.- La factura cuestionada ha sido emitida incluyendo el cobro del IGV, cuando el "Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada" no debe estar gravado con el referido impuesto, toda vez que APM estaría pretendiendo cobrar una penalidad.

2.- Mediante Resolución Nº 1 notificada el 14 de marzo de 2019; APM resolvió el reclamo presentado declarándolo infundado por los siguientes argumentos:

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

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

iii.- En el presente caso, acorde con el Plan de Trabajo de la nave STRATEGIC ENTITY, se planificó desarrollar la descarga de las bodegas 1, 2, 3 y 5 que contenían carga exclusiva de CONTILATIN en cinco (5) jornadas utilizando diez (10) cuadrillas; sin embargo, de acuerdo con el Reporte Final de Operaciones, la descarga se prolongó hasta doce (12) jornadas utilizando veintiún (21) cuadrillas; esto es, se utilizó nueve (9) cuadrillas adicionales equivalentes a setenta y dos (72) horas de recargo por compensación por cuadrillas[1].

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

iv.- Del documento denominado "Notas de Tarja", se aprecia que durante las operaciones de descarga de la nave STRATEGIC ENTITY se registraron un total de diecinueve (19) horas con dos (2) minutos de paralizaciones por falta de envío de camiones externos; esto es, imputables a CONTILATIN.

v.- Asimismo, a las demoras imputables a CONTILATIN, se realizó el descuento de las paralizaciones no operativas imputables a APM, dando como resultado final el cobro de diecisiete (17) horas con treinta y tres (33) minutos de paralizaciones, equivalente a dieciocho (18) horas de paralizaciones, considerando que el cobro se realiza por hora o fracción conforme al Reglamento de Tarifas de APM.

vi.- No obstante, en la factura objeto de reclamo, por un error a favor de CONTILATIN, APM ha facturado únicamente seis (6) horas por compensación de cuadrillas no utilizadas.

vii.- CONTILATIN alegó que habría existido una modificación en el Plan de Trabajo respecto al número de jornadas asignadas para la descarga; y, que dicha modificación les habría sido comunicada con una anticipación menor a 24 horas; sin embargo, en el correo electrónico enviado el 11 de diciembre de 2018 se aprecia que la asignación de tres (3) a cuatro (4) jornadas se encontraba referida al trabajo que se realizaría en un muelle en específico y no a la descarga de todas las bodegas asignadas al usuario; consecuentemente, no existió ninguna modificación a la programación realizada en el Plan de Trabajo.

viii.- CONTILATIN manifestó haber solicitado en la Junta Pre-Operativa trabajar con una (1) sola cuadrilla durante las primeras jornadas, solicitud que indica no habría sido plasmada en el Plan de Trabajo. No obstante, conforme se advierte en el Acta de la Junta Pre-Operativa, la cual se encuentra suscrita en señal de conformidad, se acordó iniciar las operaciones con tres (3) cuadrillas, indicando como único escenario alternativo la posibilidad de iniciar las operaciones con dos (2) cuadrillas y no una (1) cuadrilla como afirmó el usuario.

ix.- Respecto a la presunta congestión en balanza que habría originado demoras en el envío de las unidades vehiculares, APM precisó que en las Notas de Tarja no se encuentran detalladas dichas paralizaciones. Asimismo, CONTILATIN no ha probado la supuesta responsabilidad de APM sobre las mismas.

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 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; niveles que se miden en función a todas las operaciones realizadas por las naves que hayan arribado en el mes y no únicamente a la de un solo consignatario, como ocurrió en el presente caso.

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

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 4 de abril de 2019, CONTILATIN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1, reiterando los argumentos expuestos en su reclamo y señalando además lo siguiente:

i.- APM se limita a señalar que el recargo objeto de análisis se generó por falta de envío de camiones por parte de usuario; sin embargo, la deficiente organización en el acceso y tránsito de las unidades externas que ingresan al Terminal Portuario, imputable a APM, genera que el usuario no pueda ingresar al puerto y recoger su carga conforme a lo establecido en el Plan de Trabajo.

ii.- Sí existió una variación en el Plan de Trabajo pues de acuerdo con lo planificado la totalidad de la descarga se realizaría en el muelle 11 A; sin embargo, mediante correo electrónico del 11 de diciembre de 2018, personal de APM comunicó que la descarga debía realizarse en 3 a 4 jornadas debido a que presuntamente dicho muelle se encontraba en reparaciones, evidenciándose así la variación del Plan de Trabajo.

iii.- Conforme al Informe Final Nº CSMP-00180/2018 elaborado y emitido por el surveyor CONSUMARPORT JLF S.A.C., la nave STRATEGIC ENTITY finalmente tuvo que dirigirse del muelle 11 A al muelle 3 A debido al ingreso de un crucero y no por reparaciones como les fue comunicado.

4.- El 29 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.

5.- El 28 de octubre de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de ambas partes, quedando la causa al voto.

6.- Con fecha 31 de octubre de 2019, APM presentó un escrito con sus alegatos finales reiterando lo manifestado a lo largo del procedimiento.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

7.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 1.

ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la Factura Nº F004-8419, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

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.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

8.- En el presente caso, CONTILATIN cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que la demora en las operaciones de descarga se habría generado por el incumplimiento del Plan de Operaciones, así como por problemas en el acceso al Terminal Portuario atribuibles a APM.

9.- APM negó que las demoras en las operaciones de descarga le fueran atribuibles, señalando que el cobro por el recargo de cuadrillas no utilizadas se sustenta en las paralizaciones que se registraron por falta de envío de camiones para el retiro de la mercadería del usuario.

10.- 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.

11.- Cabe recordar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.

12.- En ese sentido, el artículo 33[2] del referido Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:

i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura.

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

13.- El presente caso versa sobre el cobro de recargo por cuadrillas no utilizadas, lo que involucra un supuesto de reclamo por facturación y cobro de servicios, así como calidad en la prestación de servicios previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN) respectivamente; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de

[2] ***Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias***, *aprobado y modificado mediante las Resoluciones Nº 019 y 034-2011-CD-OSITRAN*

"Artículo 33.-
(...) Los reclamos que versen sobre:
a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora
(...)
c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
(...)

OSITRAN
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

APM[3], así como el literal b) del artículo 2[4] 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[5], el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

14.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM[6], concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN[7], 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.

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

i.- La Resolución Nº 1 materia de impugnación fue notificada a CONTILATIN el 14 de marzo de 2019.

ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CONTILATIN interponga el recurso de apelación venció el 4 de abril de 2019.

iii.- CONTILATIN presentó el recurso de apelación el 4 de abril de 2019, es decir, dentro del plazo legal.

---

3 ***Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM***. *Aprobado por la Resolución Nº 042-2011-CD-OSITRAN*
"1.5.3 Materia de Reclamos
(...)
1.5.3.1 La facturación y el cobro de los servicios que ofrece APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA, En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a APM TERMINALS CALLAO S.A.

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

4 ***Reglamento de Reclamos de OSITRAN***
"Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento
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***

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

7 ***Aprobado y modificado mediante las Resoluciones Nº 019 y 034-2011-CD-OSITRAN***

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

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

16.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General[8], al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.

17.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

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

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

> *"**1.23.97 Servicios***
> *Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales.*
>
> ***1.23.98. Servicios Especiales***
> *Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.*
>
> ***1.23.99. Servicios Estándar***
> *Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."*

19.- En ese sentido, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se

---

8 *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

brindan a la nave (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).

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

21.- Asimismo, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5; y, (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23:

> *"**1.23.102** **Tarifa***
>
> *Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables."*
>
> *"**8.20** **SERVICIOS ESPECIALES***
> *Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.*
>
> *La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5. (...)"*
>
> *"8.23 Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.*
>
> *La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de competencia económica.*
>
> *(...)*
>
> *En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento*

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

General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones."

[El subrayado es nuestro]

22.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"[9]. 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]

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

24.- Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario sino que se genera por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.

25.- Con relación al recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada conviene tener presente que mediante informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas del OSITRAN (Gerencias de

[9] 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

Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica) opinaron lo siguiente:

> *"(...) este cobro no se realiza como contraprestación económica por algún servicio brindado por el Concesionario. Por el contrario, se trata de un mecanismo resarcitorio cuya función es que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora y que hayan sido previa y debidamente difundidas por este último".*

[El subrayado es nuestro]

26.- Asimismo, respecto de la facultad de APM para requerir el referido cobro señaló lo siguiente:

> *"(...) el Concesionario se encuentra facultado a realizar un cobro por concepto de recargo por "Compensación de cuadrilla no utilizada" en tanto se verifique que el despacho de la carga ha sido interrumpido por decisión o responsabilidad del usuario y no por causas imputables al Concesionario."*

[El subrayado es nuestro]

27.- Como se verifica del mencionado informe, las áreas técnicas del OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrillas no utilizadas" es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.

28.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación referida remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que la Entidad Prestadora deja de percibir por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.

29.- En el documento denominado Lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"[10] 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.

---

[10] 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.
(...)

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

30.- 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

31.- En virtud del Contrato de Concesión[11] 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)[12]. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

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

[El subrayado es nuestro]

32.- Vinculado con lo anterior, el numeral 8.2 de la cláusula 8 del referido Contrato señala:

> *"Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Terminal Norte Multipropósito de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico".*

[El subrayado es nuestro]

---

[11] *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.*

[12] ***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".

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

33.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado[13].

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

<u>Sobre el deber de información de APM</u>

35.- El Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público[14], con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar la información, establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

> ***"Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de las ITUP.***
>
> *... la relación de las Entidades Prestadoras con los Usuarios de los servicios que se brindan como consecuencia de la explotación de las ITUP está regida por los siguientes principios:*
>
> *a)* ***Transparencia. -*** *Los Usuarios deben tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios portuarios, aeroportuarios, viales, ferroviarios y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, y para la presentación de sus Reclamos o interposición de las Denuncias que consideren pertinentes (...)"*
>
> ***Artículo 7.- De los Derechos de los Usuarios. -***
> *Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:*

[13] *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.*

[14] 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

a) A la información

Los Usuarios deben recibir información, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras brindan, a fin de poder utilizarlos integralmente...".

36.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, señala en su artículo 7 que "*es* responsabilidad *de APMTC planificar, coordinar,* ***comunicar*** *y ejecutar las operaciones, así como identificar, ubicar y custodiar la carga al interior del Terminal Portuario, de acuerdo a los* estándares *establecidos en el Contrato de Concesión*".

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

> *"Artículo 60.- APMTC coordinará con los Usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas autorizadas por APMTC que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise dichas labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones, cuando atendiendo a la operación su participación sea necesaria".*
>
> *Artículo 62.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos de APMTC para las operaciones que sean solicitadas por los Usuarios.*
>
> *Contempla las siguientes acciones de cargo de APMTC:*
>
> *a.- Planear coordinar con los usuarios las disposiciones para el desarrollo de las operaciones por nave.*
> *b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.*
> *c.- Planear la asignación de amarraderos.*
> *d.- Planear la cantidad de equipos, cuadrillas de estibadores y determinar el número de jornadas a emplear para cada Nave en base a la información que el usuario debe remitir de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento. La cantidad de jornadas que tomará la operación puede variar de acuerdo a las condiciones de estiba y de la Carga que se adviertan durante las operaciones, así como de las condiciones de la nave y de las grúas de la misma.*
> *e.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento.*
> *f.- Programar la recepción y el despacho de la carga".*

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

39.- Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora.

40.- El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha

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

información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.

41.- 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° F004-8419

42.- En el presente caso, CONTILATIN cuestionó el cobro que pretende realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas, alegando que la demora en las operaciones de descarga se habría generado por el incumplimiento del Plan de Operaciones por parte de APM, precisando que conforme a lo acordado, las operaciones de descarga se realizarían en el muelle 11 A programándose cinco (5) jornadas con once (11) cuadrillas; no obstante lo cual, horas antes de dar inicio a las labores de descarga, personal de APM le informó que sólo se ejecutaría la descarga en tres (3) a cuatro (4) jornadas en el muelle 11 A. Agregó que las operaciones de descarga de la nave STRATEGIC ENTITY culminaron en el muelle 3 A, es decir, uno distinto a lo inicialmente acordado.

43.- Asimismo, CONTILATIN manifestó que durante las operaciones de descarga de la nave STRATEGIC ENTITY se registraron problemas en el acceso al Terminal Portuario cuya responsabilidad correspondía fuera asumida por APM.

44.- APM negó que las demoras en la secuencia de las operaciones de descarga se hubieran debido a las causas manifestadas por CONTILATIN, señalando que el cobro por el recargo de cuadrillas no utilizadas se sustenta en las paralizaciones que se registraron por falta de envío de camiones para el retiro de la mercadería del usuario.

45.- 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.

46.- 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.*"

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

47.- 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.

48.- Cabe resaltar que el artículo 9° del Reglamento de Operaciones de APM[15] 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.

49.- De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones"[16], conforme se aprecia a continuación:

Plan de Operaciones nave STRATEGIC ENTITY (PO)

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	11/12/2019	23:30 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	13/12/2019	15:00 horas
Muelle (descarga)	11 A	

Nº Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo[17]	B1	B2	B3	B5	Nº de Cuadrillas
1	11/12 (23:30 - 07:00)		X			2
2	12/12 (07:00 - 15:00)		X			2
3	12/12 (15:00 - 23:00)	X	X		X	2
4	12/12 (23:00 - 07:00)	X			X	2
5	13/12 (07:00 - 15:00)	X		X		2
Total de cuadrillas programadas						11

50.- Como puede verificarse, de acuerdo con el Plan de Operaciones elaborado por APM, el proceso de descarga de la nave STRATEGIC ENTITY se realizaría en el muelle 11 A programándose un total de cinco (5) jornadas de trabajo con once (11) cuadrillas, estableciendo como fecha de inicio de operaciones el 11 de diciembre de 2018 a las 23:30 horas.

51.- No obstante, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones"[18] emitido y presentado por APM, que también obra en el expediente se aprecia que las operaciones de descarga vinculado con la nave STRATEGIC ENTITY, se desarrollaron conforme al siguiente detalle:

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

[16] Folios 77 y 78

[17] 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)

[18] Folio 79 y 80

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

Reporte Final de Operaciones (RFO)

Inicio de Operaciones de la nave STRATEGIC ENTITY en el muelle 11 A	12/12 (05:35)
Término de Operaciones de la nave STRATEGIC ENTITY en el muelle 11 A	13/12 (21:00)
Inicio de Operaciones de la nave STRATEGIC ENTITY en el muelle 3 A	14/12 (01:10)
Inicio de Operaciones de la nave STRATEGIC ENTITY en el muelle 3 A	15/12 (21:30)

Nº Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo en el muelle 11 A[19]	B1	B2	B3	B5
1	12/12 (05:35 - 07:00)	x			x
2	12/12 (07:00 - 15:00)	x			x
3	12/12 (15:00 - 23:00)	x			x
4	12/12 (23:00 - 07:00)	x		x	x
5	13/12 (07:00 - 15:00)	x	x	x	x
6	13/12 (15:00 - 21:00)		x		
Total de cuadrillas utilizadas					13
Nº Jornada	**Turnos - Jornada de Trabajo en el muelle 3 A[20]**	**B1**	**B2**	**B3**	**B5**
1	14/12 (01:10 - 07:00)		x	x	
2	14/12 (07:00 - 15:00)		x		
3	14/12 (15:00 - 23:00)		x		
4	14/12 (23:00 - 07:00)		x		
5	15/12 (07:00 - 15:00)		x		
6	15/12 (15:00 - 21:30)		x	x	
Total de cuadrillas utilizadas					8

52.- 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 STRATEGIC ENTITY, según el Plan de Operaciones, estuvo programado para el 11 de diciembre de 2018 a las 23:30 horas; sin embargo, la descarga recién se inició el 12 de enero de 2018 a las 05:35 horas; esto es, seis (6) horas y cinco (5) minutos después de lo programado.

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

[20] 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)

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.- Conforme a lo acordado, la descarga de la nave STRATEGIC ENTITY en su totalidad se realizaría en el muelle 11 A; no obstante, del Reporte Final de Operaciones se aprecia que las operaciones de descarga se ejecutaron en dos muelles; esto es, que la nave realizó dos (2) atraques culminándose los trabajos de descarga, además de en el muelle 11 A, en el muelle 3 A, es decir, uno distinto y adicional al inicialmente programado.

ii.- Para la descarga de la nave STRATEGIC ENTITY, se programaron cinco (5) jornadas de trabajo; no obstante, en los hechos se llevaron a cabo doce (12) jornadas, seis (6) jornadas correspondientes al muelle 11 A y seis (6) jornadas correspondientes al muelle 3 A; finalizándose las operaciones el 15 de diciembre de 2018 a las 21:30 horas en lugar del 13 de diciembre de 2019 a las 15:00 horas, es decir, cincuenta y cuatro (54) horas con treinta (30) minutos después de lo programado, evidenciándose la variación del Plan de Operaciones originalmente informado.

53.- Consecuentemente, se verifica que la variación en el inicio de operaciones así como la programación de un muelle adicional (3 A) para culminar las operaciones de descarga, afectó la secuencia de la descarga de la nave STRATEGIC ENTITY lo que generó la necesidad de disponer jornadas y cuadrillas adicionales para ejecutar el retiro de la carga asignada a CONTILATIN, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro comparativo de las operaciones de descarga de la nave STRATEGIC ENTITY

Nave STRATEGIC ENTITY	Plan de Operaciones inicialmente programado		Plan de Operaciones finalmente ejecutado
	Fecha y Horario		Fecha y Horario
Inicio de operaciones de la nave en el muelle 11 A	11/12 23:30 horas		12/12 05:35 horas
Jornadas de descarga de la mercancía de CONTILATIN	1	11/12 (23:30 - 07:00)	12/12 (05:35 - 07:00)
	2	12/12 (07:00 - 15:00)	12/12 (07:00 - 15:00)
	3	12/12 (15:00 - 23:00)	12/12 (15:00 - 23:00)
	4	12/12 (23:00 - 07:00)	12/12 (23:00 - 07:00)
	5	13/12 (07:00 - 15:00)	13/12 (07:00 - 15:00)
	6	-	13/12 (15:00 - 21:00)
Inicio de operaciones de la nave en el muelle 3 A	14/12 01:10 horas		
Jornadas de descarga de la mercancía de CONTILATIN	1	-	14/12 (01:10 - 07:00)
	2	-	14/12 (07:00 - 15:00)
	3	-	14/12 (15:00 - 23:00)
	4	-	14/12 (23:00 - 07:00)
	5	-	15/12 (07:00 - 15:00)
	6	-	15/12 (15:00 - 21:30)
Fin de operaciones de la nave		13/12 15:00 horas	15/12 21:30 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

54.- Asimismo, en los documentos "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" de la nave STRATEGIC ENTITY[21], se observa el registro de las paralizaciones que resultan imputables a APM, las cuales habrían incidido en los tiempos programados de descarga, conforme se detallan a continuación:

Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA		CONCEPTO	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	11/12 (23:00 - 07:00)	Bodega 5: Movilización de equipos	06:00-07:00	60
2	11/12 (23:00 - 07:00)	Bodega 1: Cambio de maniobra	06:00-07:00	60
3	13/12 (07:00 - 15:00)	Bodega 5: Paralización por barredura	11:48-12:48	60
4	13/12 (07:00 - 15:00)	Bodega 1: Armado de equipos	07:40-08:00	20
5	13/12 (07:00 - 15:00)	Bodega 2: Movilización de equipos	12:00-12:30	30
6	13/12 (23:00 - 07:00)	Bodega 2: Limpieza de muelle	23:20-01:00	120
7	13/12 (23:00 - 07:00)	Bodega 3: Limpieza de muelle	23:20-01:00	120
8	14/12 (07:00 - 15:00)	Bodega 2: Problemas en bodega	07:15-07:53	38
		Bodega 2: Mantenimiento de equipos	10:40-11:00	20
TOTAL DE PARALIZACIONES				528

55.- Así pues, de la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron quinientos veintiocho (528) minutos; esto es, ocho (8) horas con vcuarenta y ocho (48) minutos de paralizaciones imputables a APM que afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave STRATEGIC ENTITY.

56.- Como se observa, los hechos señalados evidencian el incumplimiento del Plan de Operaciones, toda vez que: i) no se inició la descarga en el día y hora programada; ii) se culminó las operaciones de descarga utilizando un muelle adicional; iii) se utilizó un mayor número de jornadas para culminar la descarga; y, iv) se generaron paralizaciones imputables a APM que afectaron el desarrollo de las operaciones de descarga de la nave STRATEGIC ENTITY.

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, en virtud al derecho a la información que le asiste, el usuario 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 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

[21] Folios 82 a 97

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 realizara 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 a CONTILATIN lo señalado precedentemente; es decir, que APM comunicó oportunamente al usuario sobre las nuevas condiciones de trabajo correspondientes a la desestiba de la nave STRATEGIC ENTITY.

60.- En efecto, APM tenía la responsabilidad de comunicar a CONTILATIN: i) la modificación de la fecha y hora de inicio de la descarga; y, ii) que la operación de descarga se desarrollaría en dos (2) muelles distintos (11 A y 3 A), consecuencia de lo cual las jornadas de trabajo también variarían, como finalmente ocurrió al pasar de cinco (5) a doce (12) jornadas de trabajo.

61.- Cabe resaltar que al no contar CONTILATIN con información oportuna y precisa sobre las nuevas condiciones de descarga de la nave STRATEGIC ENTITY; esto es, la variación de la fecha y hora de inicio de operaciones, así como que la descarga de su mercadería se realizaría en dos muelles distintos (11 A y 3 A), lo que que dio lugar a que se realizaran doce (12) jornadas de trabajo en lugar de las cinco (5) 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.

62.- Si bien CONTILATIN 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 no ejecutó el Plan de Operaciones conforme a lo acordado y no acreditó haber informado las modificaciones que realizó a dicho Plan a CONTILATIN, corresponde amparar el reclamo interpuesto por CONTILATIN dejándose sin efecto el cobro del recargo de compensación de cuadrilla no utilizada recogido en la factura N° F004-8419.

Cuestiones Finales

64.- En cuanto al cuestionamiento de CONTILATIN 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

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

funciones, la administración, aplicación, fiscalización y recaudación de los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales[22].

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

> *"Artículo 4°.- Funciones y Atribuciones de la SUNAT*
>
> *Son funciones y atribuciones de la SUNAT:*
> *(...)*
> *v) Determinar la correcta aplicación y recaudación de los tributos que administra y de otros cuya recaudación se le encargue, así como de los derechos que cobren por los servicios que prestan, de acuerdo a Ley."*

[El subrayado es nuestro]

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

67.- 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[23], y no al Tribunal pronunciarse sobre dicha materia al no encontrarse dentro de sus competencias.

---

[22] ***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. (...)"

[23] ***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 resolutivo, en primera instancia es la Gerencia General de OSITRAN.
El órgano resolutivo, en segunda instancia es el Consejo Directivo de 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

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN[24];

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0084-2019 por APM TERMINALS CALLAO S.A.; y en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por CONTILATIN DEL PERÚ S.A. respecto de la factura N° F004-8419 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 CONTILATIN DEL PERÚ S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

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

---

[24] ***Reglamento de Reclamos de OSITRAN***

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables
(...)
La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:
a. Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
b. Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
c. Integrar la resolución apelada;
d. Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda".
"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa. Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia".

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