

EXPEDIENTE N° : 017-2021-TSC-OSITRAN

APELANTE : CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 2 del expediente APMTC/CL/0279-2020

RESOLUCIÓN N° 00080-2023-TSC-OSITRAN

Lima, 15 de diciembre de 2023

SUMILLA: *Habiéndose verificado la existencia de paralizaciones atribuibles tanto a APM como al usuario, y desprendiéndose que ambas incidieron en la ampliación de las jornadas de trabajo inicialmente previstas, corresponde que estas sean liquidadas entre sí y se emita una nueva factura por el concepto de “Compensación de Cuadrilla no Utilizada”.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L. (en adelante, CARGILL) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0279-2020 (en lo sucesivo, Resolución N° 2), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM).

Se cumple con precisar que, desde el 21 de septiembre de 2021 hasta el 7 de octubre de 2023, el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante TSC) no ha contado con el quórum mínimo de tres (3) vocales que establece la normativa vigente para celebrar sesiones y, consiguientemente, para resolver los reclamos y controversias presentados por los usuarios en segunda instancia administrativa. Al respecto, el quórum del TSC se reconstituyó con la designación de dos (2) vocales mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2023-CD-OSITRAN, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de octubre de 2023.

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

1. El 15 de octubre de 2020, CARGILL interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N°F004-64008, emitida por concepto de “Compensación de Cuadrilla no Utilizada” por la suma de US\$ 2,102.76 (dos mil ciento dos con 76/100 dólares americanos) incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:
 - i. La factura se encuentra incorrectamente emitida, en la medida 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, razón por la cual no debería encontrarse gravada con el IGV.
 - ii. En la factura cuestionada no se detalla en qué momento se habrían generado las once (11) horas de paralizaciones por falta de camiones que APM pretende cobrar, ni la razón por la cual se deba asumir dicha cantidad de horas.
 - iii. APM no puede realizar liquidaciones de tiempos de paralizaciones con información de la propia Entidad Prestadora y tampoco puede dejar al margen de dicha liquidación los tiempos de paralizaciones que le son imputables, como

son los generados por la congestión al ingreso, al interior y a la salida del terminal portuario, lo que perjudica el flujo de los vehículos de transporte para atender la descarga.

- iv. El Contrato de Concesión de APM dispone que el tiempo de retiro de mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos contado desde el momento en que ingresa el vehículo de 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 Carta N° 0671-2020-APMTC/CL de fecha 3 de noviembre de 2020, APM comunicó a CARGILL que procedía a ampliar el plazo de emisión de respuesta al reclamo, amparándose en lo señalado en el artículo 2.12 del Capítulo II del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM¹.
3. Mediante Resolución N° 1 notificada el 23 de noviembre de 2020, APM resolvió el reclamo presentado, declarándolo fundado en parte, conforme a 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. Conforme al Plan de Trabajo, la nave BARBOUNI transportó mercadería para dos (2) consignatarios. En ese sentido, las operaciones de descarga de las bodegas que comprendían carga exclusiva de CARGILL se realizarían en seis (6) jornadas con seis (6) cuadrillas.
 - iv. No obstante, debido a las paralizaciones por falta de camiones que debió enviar CARGILL, la descarga se prolongó hasta ocho (8) jornadas utilizándose ocho (8) cuadrillas; esto es, se utilizaron dos (2) cuadrillas adicionales.
 - v. De acuerdo a lo consignado en las Notas de Tarja correspondientes, se registró una demora total de diez (10) horas con treinta y ocho (38) minutos por falta de camiones para la descarga de mercadería de CARGILL, las cuales fueron compensadas con las paralizaciones no operativas imputables a APM, quedando un resultante de cobro de nueve (09) horas con cuarenta y dos (42) minutos de paralizaciones, equivalente a diez (10) horas de paralizaciones,

¹ **Reglamento de Reclamos de APM**

“2.12 Plazo Máximo para Resolver

APM TERMINALS CALLAO S.A. resolverá en el momento aquellos reclamos que sean factibles de ser solucionados conforme a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el TRIBUNAL. En los de más casos los reclamos deberán ser resueltos en un plazo máximo de quince (15) días, contados a partir de la fecha de presentación de los mismos.

No obstante, dicho plazo podrá extenderse hasta treinta (30) días, mediante decisión motivada en aquellos reclamos que sean considerados particularmente complejos (...).”

considerando que el cobro se realiza por hora o fracción, conforme al Reglamento de Tarifas de APM².

- vi. En ese sentido, se procedería a anular la factura bajo análisis emitida por once (11) horas y emitir una nueva por diez (10) horas de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
 - vii. El recargo por compensación por cuadrilla no utilizada está vinculado a la compensación por asignación de personal, lo que se relaciona directamente con la contraprestación de una operación correspondiendo que sea gravada con el IGV.
 - viii. Finalmente, en cuanto a los niveles de servicio y productividad, el Anexo 3 del Contrato de Concesión establece que el retiro de la mercadería no deberá ser mayor a 30 minutos, tiempo que se computará desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro del terminal portuario. Para verificar el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligado a presentar mensual y trimestralmente los niveles de servicio y productividad que viene alcanzando; los cuales 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.
4. El 9 de diciembre de 2020, CARGILL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N°1, reiterando lo señalado en el reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i. Del documento emitido por el agente marítimo (TRAMARSA), se aprecia que las paralizaciones que afectaron la descarga de la nave BARBOUNI se debieron a hechos atribuibles a APM, sumando un total de once (11) horas con treinta y tres (33) minutos de retraso en las operaciones. En ese sentido, correspondía realizar una compensación con las diez (10) horas que APM pretende cobrar por el concepto de cuadrilla no utilizada.
 - ii. De igual modo, las paralizaciones atribuibles a APM también han quedado registradas en el documento emitido por los surveyors (CONSUMARPORT), donde se consignó que existió un total de once (11) horas con veintiocho (28) minutos de retraso en las operaciones.
 - iii. La nave BARBOUNI transportó mercadería para (2) consignatarios, razón por la cual corresponde a APM demostrar en qué proporción le correspondería asumir a CARGILL el cobro facturado por el concepto de recargo de cuadrilla no utilizada.
 - iv. APM no cumplió con el tiempo de retiro de mercadería 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, toda vez que en el presente caso el promedio de tiempo ha sido de ciento cincuenta y un (151) minutos; es decir, ciento veintiún (121) minutos más de lo establecido en el referido contrato.

² Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, versión 7.5

3.2 Clasificación de las Tarifas y Precios
(...)

3.3.3 Fracción de Unidades de Tiempo

– De día: Toda fracción de día se considera como día completo.

– De hora: Toda fracción de hora se considera como hora completa.

- v. Por tanto, teniendo en cuenta que fueron doscientos cuatro (204) viajes los que realizaron sus unidades vehiculares para retirar su mercadería, el tiempo total de permanencia de sus camiones en el terminal portuario fue de cuatrocientos once (411) horas más de lo que señala el Contrato de Concesión.
5. Mediante Resolución N° 2, notificada a CARGILL el 28 de diciembre de 2020, APM resolvió el recurso de reconsideración, declarándolo infundado; reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1, y agregando que en el documento emitido por el surveyor (CONSUMAPORT) erróneamente se consignaron las actividades propias de la operación de descarga como demoras imputables a APM, tal como ocurre con el caso de *“estibadores a bordo”*, *“reinicio de descarga”*, entre otros.
6. Con fecha 29 de diciembre de 2020, CARGILL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2, señalando lo siguiente:
- i. Solicitó la aplicación del silencio administrativo positivo, en la medida que APM no habría motivado debidamente la ampliación del plazo de treinta (30) días hábiles para emitir su pronunciamiento. En consecuencia, debió resolver el presente reclamo dentro del plazo de quince (15) días hábiles que establece el Reglamento de Reclamos de OSITRAN.
 - ii. Conforme al Plan de Trabajo, la nave BARBOUNI transportó mercadería para (2) consignatarios, motivo por el cual corresponde a APM demostrar en qué proporción le correspondería asumir a CARGILL el cobro facturado por el concepto de recargo de cuadrilla no utilizada.
 - iii. De los documentos emitidos por el Agente Marítimo (TRAMARSA) se acredita que la descarga de la nave BARBOUNI se vio afectada por un total de once (11) horas con treinta y tres (33) minutos de paralizaciones imputables a APM, lo que también ha quedado corroborado en el Informe emitido por los surveyors (CONSUMARPORT), razón por la cual solicitó una compensación de dichas horas con las diez (10) horas facturadas bajo el concepto “Recargo por Compensación por Cuadrilla No Utilizada”.
 - iv. El Contrato de Concesión de APM dispone que el tiempo de retiro de mercadería no deberá ser mayor de 30 minutos contado desde el momento en que ingresa el vehículo de 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.
7. El 19 de enero de 2021, 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.
8. El 28 de noviembre de 2023, se realizó la respectiva audiencia de vista de la causa quedando la causa al voto.
9. El 13 de diciembre de 2023, APM presentó su escrito de alegatos finales reiterando que corresponde emitirse el cobro por diez (10) horas de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, debido a las paralizaciones por falta de camiones que debió enviar CARGILL.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

10. Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i. Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución N°2.
- ii. Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la Factura N° F004-64008, emitida por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

11. En el presente caso, CARGILL cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrilla no utilizada durante las operaciones de descarga de la nave BARBOUNI, alegando que APM no habría detallado cómo se generaron las diez (10) horas de paralizaciones que pretende cobrarle.
12. Posteriormente, en los recursos de reconsideración y apelación, CARGILL manifestó que durante las operaciones de descarga de la nave BARBOUNI se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de once (11) horas con treinta y tres (33) minutos, solicitando se realice la compensación con las diez (10) horas que APM pretendía cobrar por el referido recargo de cuadrilla no utilizada.
13. Por su parte, APM negó que las paralizaciones se presentaron por las causas manifestadas por CARGILL, toda vez que dichas paralizaciones se debieron a que el usuario no envió suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía.
14. En atención a lo señalado, corresponde a este Tribunal analizar si el servicio estándar brindado por la Entidad Prestadora se prestó o no conforme a lo previsto en el Plan de Operaciones acordado entre las partes, siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
15. Cabe recordar que el artículo 2° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos de Ositrán), establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
16. En ese sentido, el artículo 33³ del citado 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.

³ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

“Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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

(...)

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

(...)

17. El presente caso versa sobre el cobro de recargo por cuadrilla no utilizada, lo que involucra supuestos de reclamo por facturación, cobro de servicios y 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 APM⁴; así como el literal b) del artículo 2⁵ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señalan 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 Reglamento⁶, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
18. De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁷, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, 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.
19. Al respecto, de la revisión del expediente se advierte lo siguiente:
- La Resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a CARGILL el 28 de diciembre de 2020.
 - De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CARGILL interponga el recurso de apelación venció el 20 de enero de 2021.

⁴ **Reglamento de Reclamos de APM**

"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".

⁵ **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.

(..)"

⁶ **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".

⁷ **Reglamento de 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".

iii. CARGILL presentó el recurso de apelación el 29 de diciembre de 2020, es decir, dentro del plazo legal.

20. Por otro lado, como se evidencia del recurso de apelación, este se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas y valoración de los hechos, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N°004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG)⁸.
21. Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

Cuestión previa

22. Mediante escrito del 23 de noviembre de 2023, APM solicitó informar oralmente ante este Tribunal los argumentos de su defensa en el presente procedimiento administrativo.
23. Sobre el particular, cabe señalar que, a lo largo del procedimiento, tanto en su primera como segunda instancia, ambas partes han expuesto los fundamentos de su defensa, así como presentado diversos documentos en calidad de medios probatorios.
24. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal aprecia que, en base a la documentación presentada y los argumentos planteados por las partes, se cuenta con elementos de juicio suficientes para resolver la materia en controversia con plena convicción.
25. En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁹, corresponde denegar el pedido de informe oral formulado por APM.

Sobre la aplicación del silencio administrativo positivo a favor de CARGILL

26. Con relación a la aplicación del Silencio Administrativo Positivo (en adelante, SAP), en los numerales 199.1 y 199.2 del artículo 199 del TUO de la LPAG¹⁰, disponen que los

⁸ **TUO de la LPAG**

“Artículo 220.- Recurso de apelación

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

⁹ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

“Artículo 60°

(...)

La notificación de la fecha para la vista de la causa deberá realizarse con una anticipación no menor de cinco (5) días a la fecha de su realización y de ser el caso, la solicitud de informe oral deberá presentarse con una anticipación no menor a tres (3) días a la fecha de su realización, la cual será concedida por el Tribunal de Solución de Controversias de considerar oportuno y necesario contar con elementos de juicio adicionales para la emisión de su pronunciamiento; caso contrario, procederá a resolver la apelación con los medios probatorios presentados por las partes a lo largo del procedimiento. (...)”

¹⁰ **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

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

27. 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*”¹¹.
28. Asimismo, el artículo 7 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹², 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 LPAG¹³, siéndoles exigibles las disposiciones de dicho reglamento y, en lo no previsto, las de la referida Ley del Procedimiento Administrativo General.
29. Siendo ello 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 sustento¹⁴, en este caso, los Reglamentos de Reclamos de APM y OSITRAN, así como también las previstas en el TUO de la LPAG.
30. De conformidad con el artículo 2.12 del Reglamento de Reclamos de APM¹⁵ y el artículo 41 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁶, el plazo para resolver los reclamos

declaración jurada a la que se refiere el artículo 36 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad.

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

- ¹¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Ed. 2011 pp.540.

¹² **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”.

¹³ **TUO de la LPAG**

“Artículo 1.- 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.

- ¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Ed. 2011 pp.61.

¹⁵ **Reglamento Reclamos de APM**

“2.12 Plazo Máximo para Resolver

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

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

¹⁶ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

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

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

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

31. Asimismo, cabe precisar que el artículo 24.1 del TUO de la LPAG¹⁷, señala que toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del quinto día hábil a partir de toda expedición del acto que se notifique.
32. En el presente caso, se ha verificado que CARGILL presentó su reclamo el 15 de octubre de 2020. En ese sentido, APM tenía 15 días; esto es, hasta el 5 de noviembre de 2020 para emitir su resolución o ampliar el plazo para resolver, y hasta el 12 de noviembre de 2020 para notificar la resolución, cualquiera fuere su decisión.
33. Del expediente, se advierte que mediante Carta N°0671-2020-APMTC/CL del 3 de noviembre de 2020, APM amplió el plazo para resolver el reclamo por un periodo adicional de 15 días, siendo notificada dicha carta a CARGILL el mismo día; por tanto, la ampliación se realizó dentro de los plazos señalados precedentemente.
34. Ahora bien, CARGILL ha manifestado que la Carta N°0671-2020-APMTC/CL emitida por APM no se encontraría debidamente motivada, en la medida que no ha señalado puntualmente las razones por las cuales determinó ampliar el plazo para su resolución, razón por la cual correspondía a APM emitir su pronunciamiento dentro del plazo de 15 días hábiles, es decir, hasta el 5 de noviembre de 2020.
35. No obstante, de la revisión del expediente se verifica que la determinación del cobro por compensación de cuadrilla no utilizada objeto de análisis involucra el análisis y valoración de diversos medios probatorios necesarios para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del reclamo interpuesto, tales como el Plan de Trabajo de la nave BARBOUNI, Estados de Hechos y Notas de Tarjas emitidas durante las operaciones de descarga, más allá de que el usuario no se encuentre de acuerdo con la decisión de la Entidad Prestadora.
36. En ese sentido, se constata que APM notificó válidamente el 3 de noviembre de 2020, la ampliación del plazo para resolver el reclamo presentado por CARGILL, consecuencia de lo cual tenía hasta el 26 de noviembre de 2020 para emitir la respectiva resolución de respuesta al reclamo y hasta el 3 de diciembre de 2020 para notificarla.
37. Por tanto, en la medida que la Resolución N°1 emitida por APM el 23 de noviembre de 2020 se pronunció sobre el fondo del reclamo interpuesto por CARGILL y fue notificada el mismo día, se verifica que procedió de acuerdo con los plazos previstos en el Reglamento de Reclamos de OSITRAN.
38. En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, no corresponde aplicar el SAP solicitado por CARGILL.

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

¹⁷ **TUO de la 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.
(...)”.

39. 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.”

40. En ese sentido, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se brindan a la nave (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).
41. 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.
42. 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 Protección 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]

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

“Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

¹⁸ <https://www.apmterminals.com/es/callao/customer-zone/tariffs>

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, el consignatario o sus representantes soliciten ser atendidos al arribo de la nave al terminal, y esto ocurra después de la hora de inicio de cada jornada de trabajo. Se aplica también en el caso que la nave, el consignatario o su representante solicite el término de operaciones antes 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.

**El cobro se realizará desde que la cuadrilla está disponible hasta el inicio de operaciones (Nótese que las Jornadas son las siguientes 7:00, 15:00 y 23:00 horas)*

[El subrayado es nuestro]

44. En tal sentido, el “recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada”, cuyo cobro es materia de cuestionamiento por CARGILL, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
45. Conforme 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 se utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
46. Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el ingreso 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.
47. Atendiendo a lo expuesto, y de acuerdo con lo establecido en la Lista de “Precios por Otros Servicios y Recargos” señalado precedentemente, APM se encuentra facultada a cobrar a los usuarios de sus servicios, recargos por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada según los montos establecidos en la referida Lista de Precios que publicita en su página Web.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

48. En virtud del Contrato de Concesión¹⁹ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte

¹⁹ 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.

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)²⁰. 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]

49. 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]

50. 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

²⁰ 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”.

(OSITRÁN) 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 resultado²¹.

51. Debido a 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.
52. En ese sentido, el Contrato de Concesión le otorga a APM la facultad de regular sus actividades como administrador portuario, otorgándole la potestad de emitir sus propias políticas comerciales y operativas para la adecuada operación y funcionamiento del puerto. Así, el artículo 8.13²² del referido contrato de concesión establece la potestad de la Sociedad Concesionaria de presentar, para la aprobación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), su Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito y otros reglamentos que correspondan de acuerdo con las competencias de la APN.
53. De acuerdo con ello, en el Reglamento de Operaciones de APM, versión 6, vigente al momento de ocurrido los hechos, la Entidad Prestadora es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones desarrolladas en el terminal portuario, como se aprecia a continuación:

“Artículo 13º.- La Gerencia del Área de Operaciones de APM TERMINALS es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones que se desarrollan en el terminal portuario, verificando el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento.”

[El resaltado es nuestro]

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

Sobre el cobro de la factura N° F004-64008

55. En el presente caso, CARGILL cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrilla no utilizada durante las operaciones de descarga de la nave BARBOUNI, alegando que APM no habría detallado cómo se generaron las diez (10) horas de paralizaciones que pretende cobrar, así como que la congestión en el interior del terminal portuario y la existencia de paralizaciones imputables a la Entidad Prestadora, afectaron la descarga de la nave.
56. Posteriormente, en los recursos de reconsideración y apelación, CARGILL manifestó que durante las operaciones de descarga de la nave BARBOUNI se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de once (11) horas con treinta y tres (33)

²¹ 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.

²² **Contrato de Concesión de APM**

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

a) Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.

b) Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN”.

minutos solicitando se compensaran con las diez (10) horas de paralizaciones que APM pretendía cobrar por el referido recargo de cuadrilla no utilizada.

57. APM negó que las paralizaciones se produjeran debido a las causas señaladas por CARGILL, alegando que estas se habrían debido más bien a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte para el recojo de su mercancía.
58. Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, uno de los supuestos generadores del recargo por cuadrilla no utilizada 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, precisándose que en caso de suspensión, procederá el recargo siempre y cuando la suspensión prolongue las horas de trabajo del personal asignado por la entidad prestadora de acuerdo al Plan de Operaciones.
59. En ese orden de ideas, corresponde verificar si durante las operaciones de descarga de la nave BARBOUNI se registraron paralizaciones que afectaron el desarrollo del Plan de Operaciones programado y generaron la necesidad de programar jornadas adicionales de trabajo para ejecutar el retiro de la carga asignada a CARGILL.
60. De la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado "Plan de Operaciones", del cual se advierte que la descarga de las bodegas N° 2 y 3 que contenían carga exclusiva de CARGILL se realizaría en seis (6) jornadas de trabajo con la utilización de seis (6) cuadrillas, conforme se aprecia a continuación:

CUADRO 1: Plan de Operaciones nave BARBOUNI (Bodegas N°2 y 3)

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	20/09/2020	07:20 horas

N° Jornada	Bodega N° 1 (ALICORP)	Bodega N°2 (CARGILL)	Bodega N° 3 (CARGILL)	N° de Cuadrillas
1	X			1
2	X			1
3	X			1
4	X			1
5	X			1
6	X			1
7	X			1
8	X			1
9	X			1
10		X		1
11		X		1
12		X		1
13		X	X	1
14			X	1
15			X	1
Total de cuadrillas programadas para la descarga de la nave				15

Fuente: información extraída de la documentación que obra en el expediente administrativo
Elaboración propia

61. No obstante, en el documento denominado “Reporte Final de Operaciones” se aprecia que la descarga de las bodegas N° 2 y 3 finalmente se realizó utilizando nueve (9) jornadas de trabajo y nueve (9) cuadrillas; esto es, tres (3) jornadas de trabajo adicionales a lo inicialmente programado, tal como se puede apreciar:

CUADRO 2: Reporte Final de Operaciones de las bodegas N°2 y 3 de la nave BARBOUNI

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio	
	20/09/2020	09:00 horas	

Nº Jornada	Fecha y hora de Jornada	Bodega Nº 1	Bodega Nº 2	Bodega Nº 3	Nº de cuadrillas
1	20/09 (09:00 - 15:00)	X			1
2	20/09 (15:00 - 23:00)	X			1
3	20/09 (23:00 - 07:00)	X			1
4	21/09 (07:00 - 15:00)	X			1
5	21/09 (15:00 - 23:00)	X			1
6	21/09 (23:00 - 07:00)	X			1
7	22/09 (07:00 - 15:00)	X			1
8	22/09 (15:00 - 23:00)	X			1
9	22/09 (23:00 - 07:00)	X			1
10	23/09 (07:00 - 15:00)		X		1
11	23/09 (15:00 - 23:00)		X		1
12	23/09 (23:00 - 07:00)		X		1
13	24/09 (07:00 - 15:00)		X		1
14	24/09 (15:00 - 23:00)		X		1
15	24/09 (23:00 - 07:00)		X	X	1
16	25/09 (07:00 - 15:00)			X	1
17	25/09 (15:00 - 23:00)			X	1
18	25/09 (23:00 - 07:00)			X	1
Total de cuadrillas utilizadas para la descarga de la nave					18

Fuente: información extraída de la documentación que obra en el expediente administrativo
Elaboración propia

62. Ahora bien, en los documentos “Resumen / Nota de Tarja” y “Estado de Hechos por Nave” de la nave BARBOUNI, se corrobora que el personal de APM dejó constancia de ocho (8) horas con treinta y cuatro (34) minutos de paralizaciones ocurridas al desarrollarse las operaciones de descarga de las bodegas N° 2 y 3 que contenían carga exclusiva de CARGILL, consignando que estas se habrían producido por la falta de envío de camiones (Código 107); esto es, por causas imputables a CARGILL.
63. Cabe precisar que los tiempos de paralizaciones por falta de camiones son registrados en las citadas “Notas de Tarja”, las cuales son emitidas por la Entidad Prestadora y firmadas por el tarjador, constituyéndose en un documento en el cual se consigna y se deja el registro de las paralizaciones ocurridas en las operaciones de descarga.
64. Asimismo, debe tenerse en cuenta que CARGILL no ha presentado medio probatorio alguno que sustente que la falta de envío de camiones que provocó las paralizaciones haya ocurrido por deficiencias en el servicio prestado por la Entidad Prestadora.
65. No obstante, de los citados “Resumen / Nota de Tarja” y “Estado de Hechos por Nave” de la nave BARBOUNI también se observa el registro de las paralizaciones imputables a APM, los cuales habrían incidido en los tiempos programados de descarga, los mismos que se detallan en el siguiente cuadro:

CUADRO 3: Tiempos de paralizaciones imputables a APM

JORNADA		CONCEPTO	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	23/09 (15:00 - 23:00)	Bodega 2: Bombeo de tanque	18:50 - 20:05	75
2	23/09 (15:00 - 23:00)	Bodega 2: Derrame de producto	20:50 - 23:00	130
3	24/09 (23:00 - 07:00)	Bodega 2: Soplado de tanque	03:50 - 04:12	22
4	24/09 (23:00 - 07:00)	Bodega 3: Cambio de manga	04:12 - 04:42	30
5	25/09 (23:00 - 07:00)	Bodega 3: Soplado	01:07 - 01:48	41
TOTAL DE PARALIZACIONES				298

Fuente: información extraída de la documentación que obra en el expediente administrativo
Elaboración propia

66. De la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron doscientos noventa y ocho (298) minutos, es decir, cuatro (4) horas con cincuenta y ocho (58) minutos de paralizaciones imputables a APM que afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave BARBOUNI.
67. Conforme a lo señalado precedentemente, a las paralizaciones imputables a CARGILL por un total de ocho (8) horas con treinta y cuatro (34) minutos se le debe descontar el tiempo imputable a APM (cuatro (4) horas con cincuenta y ocho (58) minutos de paralizaciones), resultando un cobro de tres (3) horas con treinta y seis (36) minutos por concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
68. Cabe señalar que, si bien en el Plan de Operaciones, se programó el inicio de operaciones de la nave BARBOUNI para el 20 de septiembre de 2020 a las 07:20 horas, y que de acuerdo con la información consignada en el Reporte Final de Operaciones, finalmente esta se inició el 20 de septiembre de 2020 a las 09:00 horas, es decir, una (1) hora y cuarenta (40) minutos después de lo programado, del expediente no se verifica la existencia de medios probatorios que acrediten la forma cómo dicho retraso del inicio de las operaciones de una (1) hora y cuarenta (40) minutos afectó al usuario, de manera tal que incurriera en el retraso de envío de camiones señalado.
69. Consecuentemente, corresponde dejar sin efecto la factura N°F004-64008 emitida por diez (10) horas de recargo de cuadrilla no utilizada, debiendo APM emitir una nueva factura considerando un total de tres (3) horas y treinta y seis (36) minutos del citado recargo.

Cuestiones Finales

70. 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 de 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 municipales²³.

71. 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 encarga, así como de los derechos que cobren por los servicios que prestan, de acuerdo a Ley.”

[El subrayado es nuestro]

72. Por consiguiente, siendo una de las funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, determinar la correcta aplicación de los tributos, corresponde a dicha 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.
73. Finalmente, con 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 y Fiscalización 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 servicio²⁴.
74. Consecuentemente, 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 esta última, corresponderá a dicha Gerencia instruir y concluir el procedimiento sancionador correspondiente²⁵, y no al Tribunal pronunciarse sobre dicha materia al no encontrarse dentro de sus competencias.

²³ **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 encarga por ley y cumple otras funciones establecidas de acuerdo a ley. (...)”

²⁴ **Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**

“Artículo N° 2.- Definiciones

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

“Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos

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

las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

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

²⁵ **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”.

75. En ese sentido, corresponde remitir a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización el presente expediente, a fin de que realice las verificaciones que correspondan en el ejercicio de sus funciones de supervisión y fiscalización.

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 OSITRAN²⁶;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR EN PARTE la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0279-2020; y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO EN PARTE** el reclamo presentado por CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., debiendo la Entidad Prestadora anular la factura N° F004-64008 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada y emitir una nueva por el equivalente a tres (3) horas con treinta y seis (36) minutos de paralizaciones.

SEGUNDO.- REMITIR copia del expediente N° 017-2021-TSC-OSITRAN a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, a fin de que actúe conforme a sus facultades.

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

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

QUINTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal institucional (www.ositran.gob.pe).

Con la intervención de los señores vocales José Carlos Velarde Sacio, Humberto Ángel Zúñiga Schroder, Santos Grimanés Tarrillo Flores y Ernesto Luciano Romero Tuya.

**JOSÉ CARLOS VELARDE SACIO
PRESIDENTE**

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

NT: 2023149875

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico firmado digitalmente, archivado por el OSITRÁN, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
<https://servicios.ositran.gob.pe:8443/SGDEntidades/login.jsp>

²⁶ **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".