

EXPEDIENTE N° : 072-2021-TSC-OSITRAN

APELANTE : CARGILL AMERICAS PERÚ S.R.L.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 2 del expediente APMTC/CL/0045-2021

RESOLUCIÓN N° 00007-2024-TSC-OSITRAN

Lima, 16 de enero de 2024

SUMILLA: *En la medida que la Entidad Prestadora no cumplió con lo acordado en el Plan de Operaciones inicialmente programado, ni acreditó haber comunicado al usuario la variación de dicho Plan, corresponde dejar sin efecto el cobro por el recargo de cuadrillas no utilizadas materia de reclamo.*

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/0045-2021 (en lo sucesivo, la 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) miembros 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) miembros 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 17 de febrero de 2021, CARGILL interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura N° F004-76585 emitida por concepto de “Compensación de Cuadrillas no Utilizadas” por la suma de US\$ 1 529,28 (mil quinientos veintinueve con 28/100 dólares americanos), incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), argumentando lo siguiente:
 - i.- La factura se encuentra mal 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, por lo que no debería encontrarse gravada con el IGV.
 - ii.- En la factura cuestionada no se detalla en qué momento se habrían generado las ocho (8) horas de paralizaciones por falta de envío de camiones que APM pretende cobrar, ni la razón por la cual debe 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 Resolución N° 1, notificada el 10 de marzo de 2021, APM resolvió el reclamo presentado, declarándolo infundado, 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 por los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el “Recargo por Compensación por Cuadrilla No Utilizada”, el cual 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 EVA TOKYO transportó mercadería consistente en granel líquido asignada exclusivamente a CARGILL. En ese sentido, de conformidad con el Plan de Trabajo se programó que las operaciones de descarga se realizarían en cuatro (4) jornadas utilizando cuatro (4) cuadrillas.
- iv.- No obstante, debido a las paralizaciones por falta de camiones que debió enviar CARGILL, la descarga se prolongó hasta cinco (5) jornadas utilizándose cinco (5) cuadrillas, esto es, se utilizó una (1) cuadrilla adicional.
- v.- De acuerdo con lo consignado en las Notas de Tarja y Estados de Hechos, se registró una demora total de once (11) horas con cuarenta y seis (46) minutos por falta de camiones para la descarga de mercadería del usuario, las cuales fueron compensadas con las paralizaciones no operativas por una (1) hora con siete (7) minutos imputables a APM, quedando un resultante de cobro de diez (10) horas con treinta y nueve (39) minutos de paralizaciones.
- vi.- No obstante, se realizó el cobro de ocho (8) horas por el recargo de “Compensación de Cuadrillas no Utilizadas”, esto es, por una (1) cuadrilla adicional.
- vii.- 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 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 treinta (30) minutos, tiempo a computarse desde el ingreso de cada unidad de transporte hasta su retiro del Terminal Portuario. Para que se verifique el cumplimiento de dicha obligación, APM está obligada a presentar mensual y trimestralmente los niveles de servicio y productividad que viene alcanzando; niveles que se miden en función a todas las operaciones realizadas por las naves que hayan arribado en el mes y no únicamente de un solo consignatario, como ocurrió en el presente caso.

- 3.- El 17 de marzo de 2020, CARGILL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, precisando lo siguiente:
- i.- Del documento emitido por el *surveyor* CONSUMARPORT, se aprecia que las paralizaciones que afectaron la descarga de la nave EVA TOKYO se debieron a hechos atribuibles a APM, sumando un total de dos (2) horas con cincuenta y nueve (59) minutos de retraso en las operaciones. En ese sentido, correspondía realizar una compensación con las ocho (8) horas que APM pretende cobrar por el concepto de cuadrilla no utilizada.
 - ii.- De igual modo, del documento emitido por el Agente Marítimo (TRAMARSA), se puede verificar la existencia de cuatro (4) horas con cincuenta y nueve (59) minutos de paralizaciones imputables a APM. En ese sentido, también correspondía realizar una compensación con el recargo materia de reclamo.
 - iii.- 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 catorce (114) minutos; es decir, ochenta y cuatro (84) minutos más de lo establecido en el referido contrato. Por tanto, teniendo en cuenta que fueron ciento doce (112) 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 ciento cincuenta y siete (157) horas más de lo que señala el Contrato de Concesión.
 - iv.- Las paralizaciones que afectaron el flujo de las operaciones de descarga se debieron a que APM administró de manera inadecuada el terminal portuario, verificándose así que la Entidad Prestadora incumplió el Plan de Trabajo acordado.
- 4.- Mediante Resolución N° 2, notificada a CARGILL el 12 de abril de 2021, APM resolvió el recurso de reconsideración declarándolo infundado, reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 1.
- 5.- Con fecha 15 de abril de 2021, CARGILL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2, señalando lo siguiente:
- i.- Reiteró que, de los documentos emitidos por el Agente Marítimo (TRAMARSA) y el *surveyor* (CONSUMARPORT), se aprecia que las paralizaciones que afectaron la descarga de la nave EVA TOKYO, se debieron a hechos atribuibles a APM, razón por la cual solicitó una compensación con las ocho (8) horas que pretende cobrar a CARGILL por el concepto de cuadrilla no utilizadas.
 - ii.- APM es responsable de las paralizaciones ocurridas durante la descarga de la nave EVA TOKYO, en la medida que no cumplió con la organización y planificación de las operaciones acordadas en el Plan de Trabajo.
- 6.- El 24 de abril 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.
- 7.- El 21 de diciembre de 2023 se realizó la respectiva audiencia de vista de la causa, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8.- 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° F004-76585, 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

- 9.- En el presente caso, CARGILL cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas durante las operaciones de descarga de la nave EVA TOKYO, alegando que APM no habría detallado cómo se generaron las ocho (8) horas de paralizaciones que pretende cobrarle.
- 10.- Posteriormente, en su recurso de reconsideración y apelación, CARGILL manifestó que durante las operaciones de descarga de la nave EVA TOKYO se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de siete (7) horas con cincuenta y ocho (58) minutos, solicitando se compensaran con las ocho (8) horas que APM pretendía cobrar por el referido recargo de cuadrillas no utilizadas.
- 11.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas manifestadas por CARGILL, señalando que dichas paralizaciones se debieron a que el consignatario de la carga no había enviado suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía.
- 12.- En atención a lo señalado, corresponderá 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.
- 13.- Cabe recordar que el artículo 2° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN), indica expresamente que dicho Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.
- 14.- En ese sentido, el artículo 33¹ del mismo 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.

¹ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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

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

- 15.- El presente caso versa sobre el cobro de recargo por 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 APM²; así como el literal b) del artículo 2³ 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 Reglamento⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 16.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 17.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:

² **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".

³ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

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

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

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

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

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

(..)"

⁴ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁵ **Reglamento 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".

⁶ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

- i.- La Resolución N° 2 materia de impugnación fue notificada a CARGILL el 12 de abril de 2021.
- ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CARGILL interponga el recurso de apelación venció el 3 de mayo de 2021.
- iii.- CARGILL presentó el recurso de apelación el 15 de abril de 2021, es decir, dentro del plazo legal.
- 18.- 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)⁷.
- 19.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

Cuestión previa

- 20.- Mediante escrito del 20 de diciembre de 2023, APM solicitó informar oralmente ante este Tribunal los argumentos de su defensa en el presente procedimiento administrativo.
- 21.- 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.
- 22.- 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.
- 23.- En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁸, corresponde denegar el pedido de informe oral formulado por APM.

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

- 24.- 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,

⁷ 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”.

⁸ 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. (...).

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.”

- 25.- 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).
- 26.- 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.
- 27.- 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]

- 28.- 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.

⁹ <https://www.apmterminals.com/es/callao/customer-zone/tariffs>

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]

- 29.- En tal sentido, el “recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada”, cuyo cobro es materia de cuestionamiento por el 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.
- 30.- 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 utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
- 31.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación referida remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el 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.
- 32.- 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

- 33.- En virtud del Contrato de Concesión¹⁰ suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹¹. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

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

¹¹ **Contrato de Concesión**

“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]

34.- 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]

35.- 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 resultado¹².

“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”.

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

- 36.- 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.

Sobre el deber de información de APM

- 37.- El Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público¹³, en sus artículos 5 y 7, establece lo siguiente, con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar información:

“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:

- 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...”

- 38.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, señala en su artículo 7 que “es responsabilidad de APMTTC planificar, coordinar, **comunicar** y ejecutar las operaciones, así como identificar, ubicar y custodiar la carga al interior del Terminal Portuario, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión”.
- 39.- En los artículos 60 y 62 del mencionado Reglamento de Operaciones de APM se establece:

“Artículo 60.- APMTTC coordinará con los Usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas autorizadas por APMTTC 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 APMTTC para las operaciones que sean solicitadas por los Usuarios.

¹³ Aprobado a través de la Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN.

Contempla las siguientes acciones de cargo de APMTTC:

- 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".*

- 40.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.
- 41.- Cabe señalar que ese derecho no solo 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.
- 42.- El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.
- 43.- 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° F004-76585

- 44.- En el presente caso, CARGILL cuestionó el cobro que pretendía realizar APM por concepto de cuadrillas no utilizadas durante las operaciones de descarga de la nave EVA TOKYO, alegando que APM no habría detallado cómo se generaron las ocho (8) horas de paralizaciones que pretende cobrarle.
- 45.- Posteriormente, en su recurso de reconsideración y apelación, CARGILL manifestó que durante las operaciones de descarga de la nave EVA TOKYO se registraron paralizaciones imputables a APM por un total de siete (7) horas con cincuenta y ocho (58) minutos, solicitando se compensaran con las ocho (8) horas que APM pretendía cobrar por el referido recargo de cuadrillas no utilizadas.

- 46.- Por su parte, APM negó que las paralizaciones se hubieran debido a las causas manifestadas por CARGILL, señalando que dichas paralizaciones se debieron a que el consignatario de la carga no había enviado suficientes unidades de transporte para el retiro de su mercancía.
- 47.- 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.
- 48.- En esa línea, el Reglamento de Operaciones de APM ha definido el Plan de Operaciones como el: *“Documento mediante el cual se detallan las actividades específicas que se han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una Nave, en base a la información provista por el Agente Marítimo y a lo coordinado en la Junta Pre Operativa.”*
- 49.- En ese entendido, el Plan de Operaciones es el documento elaborado por APM 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.
- 50.- Cabe resaltar que el artículo 9° del Reglamento de Operaciones de APM¹⁴ 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.
- 51.- Asimismo, debe recordarse que, si bien el artículo 63 del Reglamento de Operaciones de APM¹⁵ establece que APM *“podrá modificar el Plan de Operaciones antes y durante el desarrollo de las mismas, de acuerdo a una eficiente asignación de recursos atendiendo a cada circunstancia, bajo los principios que rigen la actividad portuaria”*; ello no lo exime de su obligación de poner a conocimiento del usuario cualquier modificación que pudiera alterar el Plan de Operaciones inicialmente acordado; más aún, teniendo en cuenta que las operaciones portuarias contienen un alto grado de complejidad, razón por la cual se hace necesario que el usuario tenga contacto constante con la Entidad Prestadora, de manera tal que le informe sobre cualquier aspecto que pueda tener relación con el servicio a ser prestado o sobre cualquier evento o circunstancia que pueda alterar su prestación.
- 52.- En atención a lo señalado, el Plan de Operaciones emitido por parte APM cobra significativa relevancia, pues lo acordado en este permite al consignatario de la carga organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar de modo que la atención de la descarga se realice sin contratiempos evitando incurrir en el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.
- 53.- Ahora bien, de la documentación obrante en el expediente se cuenta con el documento denominado “Plan de Operaciones” conforme se aprecia a continuación:

¹⁴ **Reglamento de Operaciones de APM.**

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

¹⁵ **Reglamento de Operaciones de APM**

“Artículo 63.- Desarrollo de la Junta Pre Operativa

(...)

APMTTC podrá modificar el Plan de Operaciones antes y durante el desarrollo de las mismas, de acuerdo a una eficiente asignación de recursos atendiendo a cada circunstancia, bajo los principios que rigen la actividad portuaria. Para tal efecto, informará oportunamente las modificaciones al Agente Marítimo. En el caso de carga sólida a granel las modificaciones serán informadas a los consignatarios.”

CUADRO 1: Plan de Operaciones nave EVA TOKYO

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	02/02/2021	07:30 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	03/02/2021	15:00 horas

N° Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo	Bodega N° 1	N° de Cuadrillas
1	02/02 (07:30 - 15:00)	X	1
2	02/02 (15:00 - 23:00)	X	1
3	02/02 (23:00 - 07:00)	X	1
4	03/02 (07:00 - 15:00)	X	1
Total de cuadrillas programadas			4

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

- 54.- Como puede verificarse, de acuerdo con el Plan de Operaciones elaborado por APM, el proceso de descarga de la mercadería de CARGILL se realizaría en un total de cuatro (4) jornadas de trabajo con cuatro (4) cuadrillas, estableciéndose como fecha de inicio de operaciones el 02 de febrero de 2021 a las 07:30 horas.
- 55.- No obstante, en el documento denominado "Reporte Final de Operaciones" emitido y presentado por APM, que también obra en el expediente, se aprecia que las operaciones vinculadas con la nave EVA TOKYO se desarrollaron conforme al siguiente detalle:

CUADRO 2: Reporte Final de Operaciones de la nave EVA TOKYO

Inicio de Operaciones	Fecha de Inicio	Hora de Inicio
	02/02/2021	17:06 horas
Término de Operaciones	Fecha de Término	Hora de Término
	04/02/2021	02:54 horas

N° Jornada	Turnos - Jornada de Trabajo ¹⁶	Bodega N° 1
1	02/02 (17:06 - 23:00)	X
2	02/02 (23:00 - 07:00)	X
3	03/02 (07:00 - 15:00)	X
4	03/02 (15:00 - 23:00)	X
5	03/02 (23:00 - 02:54)	X
Total de cuadrillas utilizadas		5

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

- 56.- 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 EVA TOKYO, según el Plan de Operaciones, estuvo programado para el 2 de febrero de 2021 a las 07:30 horas; sin embargo, la descarga recién inició a las 17:06 horas del mismo día; esto es, nueve (9) horas con treinta y seis (36) minutos después de lo programado.

¹⁶ 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.

ii.- Para la descarga de la nave EVA TOKYO se programaron cuatro (4) jornadas de trabajo; no obstante, en los hechos finalmente se llevaron a cabo cinco (5) jornadas, evidenciándose la variación del Plan de Operaciones originalmente informado.

57.- Consecuentemente, se verifica que la variación en el inicio de operaciones afectó la secuencia de la descarga de la nave EVA TOKYO generando la programación de jornadas y cuadrillas adicionales para ejecutar el retiro de la carga asignada a CARGILL, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

CUADRO 3: Comparativo de las operaciones de descarga de la nave EVA TOKYO

Nave EVA TOKYO	Plan de Operaciones inicialmente programado		Plan de Operaciones finalmente ejecutado
	Fecha y Horario		Fecha y Horario
Inicio de operaciones de la nave	02/02 07:30 horas		02/02 17:06 horas
Jornadas de descarga de la bodega N° 1	1	02/02 (07:30 - 15:00)	02/02 (17:06 - 23:00)
	2	02/02 (15:00 - 23:00)	02/02 (23:00 - 07:00)
	3	02/02 (23:00 - 07:00)	03/02 (07:00 - 15:00)
	4	03/02 (07:00 - 15:00)	03/02 (15:00 - 23:00)
	5		03/02 (23:00 - 02:54)
Fin de operaciones de la nave	03/02 15:00 horas		04/02 02:54 horas

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

58.- Asimismo, en los documentos “Estados de Hechos” y “Resumen/Nota de Tarja” de la nave EVA TOKYO, se observa el registro de las paralizaciones que resultan imputables a APM, las cuales incidieron en los tiempos programados de descarga conforme se detalla a continuación:

CUADRO 4: Tiempos de paralización imputables a APM

JORNADA		CONCEPTO	PERIODO	TIEMPO (minutos)
1	02/02 (15:00 - 23:00)	Bodega 1: Problemas con la manguera del buque	16:50-17:06	16
2	02/03 (07:00 - 15:00)	Bodega 1: Barrido completo del tanque de carga	11:24-11:48	24
3	03/02 (23:00 - 07:00)	Bodega 1: Barrido de tanque	01:48-02:06	18
4	03/02 (23:00 - 07:00)	Bodega 1: Soplado de manguera	02:12-02:54	42
TOTAL DE PARALIZACIONES				100

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

59.- Así pues, de la información contenida en el cuadro precedente, se aprecia que existieron cien (100) minutos, esto es, una (1) hora con cuarenta (40) minutos de paralizaciones imputables a APM que afectaron la secuencia de las operaciones de descarga de la nave EVA TOKYO.

60.- Como se observa, los hechos señalados evidencian el incumplimiento del Plan de Operaciones, en la medida que: i) no se inició la descarga en la hora programada; ii) se utilizó un mayor número de jornadas para culminar la descarga; y, iii) se generaron paralizaciones imputables a APM que afectaron el desarrollo de las operaciones de descarga de la nave EVA TOKYO.

- 61.- Al respecto, cabe recordar que APM es responsable de ejecutar y cumplir el Plan de Operaciones teniendo la potestad de modificarlo de acuerdo con las circunstancias que presente cada operación. No obstante, en virtud del derecho a la información que asiste al usuario, tiene derecho a ser informado oportunamente por el Concesionario sobre la forma en que llevará a cabo la operación portuaria, así como sobre cualquier circunstancia que altere el servicio prestado.
- 62.- En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado inicialmente, correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar al usuario acerca de la variación del Plan antes del inicio de las operaciones de descarga y de manera oportuna, a fin de que pudiera tener conocimiento de las nuevas condiciones en las que se prestaría el servicio brindado por APM con el objeto de poder organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar de modo que la atención de la descarga se realizara sin contratiempos evitando incurrir en el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.
- 63.- No obstante, de la revisión del expediente administrativo, no se advierte que APM haya presentado medio probatorio alguno que acredite que cumplió con su obligación de informar oportunamente la variación de la hora en que inició las operaciones de descarga, conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 173 del TUO de la LPAG¹⁷, según el cual corresponde a los administrados la aportación de medios probatorios en el procedimiento; mediante la presentación de documentos, informes o los que este considere conveniente.
- 64.- En efecto, APM tenía la responsabilidad de comunicar a CARGILL: i) la modificación de la hora de inicio de la descarga; y, ii) que la operación de descarga se desarrollaría en más jornadas que las programadas originalmente en el Plan de Operaciones.
- 65.- En ese sentido, al no contar CARGILL con información precisa y oportuna sobre las nuevas condiciones de descarga de la nave EVA TOKYO; esto es, la variación de la hora de inicio de operaciones que dio lugar a que se realizaran cinco (5) jornadas de trabajo en lugar de las cuatro (4) 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 a efectos de no incurrir en el recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas.
- 66.- Si bien CARGILL es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones, también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM y a la información que le envíe.
- 67.- Teniendo en consideración que APM no ejecutó el Plan de Operaciones conforme a lo acordado, y no informó las modificaciones que realizó a dicho Plan a CARGILL, corresponde amparar el reclamo interpuesto por el usuario dejándose sin efecto el cobro del recargo de compensación de cuadrillas no utilizadas recogido en la factura N° F004-76585.

¹⁷ **TUO DE LA LPAG**

“Artículo 173.- Carga de la prueba

(...)

173.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones”.

Cuestiones Finales

- 68.- 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 municipales¹⁸.
- 69.- Asimismo, el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Resolución de Superintendencia N° 122-2014/SUNAT y sus modificatorias, establece en el literal v) del artículo 4° que una de las funciones de esta Entidad es:

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

Son funciones y atribuciones de la SUNAT:

(...)

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

[El subrayado es nuestro]

- 70.- 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.
- 71.- 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 servicio¹⁹.
- 72.- 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 supervisar y/o instaurar el procedimiento correspondiente, de ser el caso, y no a este Tribunal pronunciarse sobre dicha materia al no encontrarse dentro de sus competencias.

¹⁸ **LEY N° 29816, Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de 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. (...)”

¹⁹ **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.”.

- 73.- 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 OSITRAN²⁰;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0045-2021 por APM TERMINALS CALLAO S.A. y, en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por CARGILL AMÉRICAS PERÚ S.R.L. respecto de la factura N° F004-76585 emitida por el concepto de recargo por compensación de cuadrillas no utilizadas, dejando sin efecto su cobro.

SEGUNDO.- REMITIR copia del expediente N° 072-2021-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 miembros 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 2024005785

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>

²⁰ **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".