



EXPEDIENTE N° : 041-2014-TSC-OSITRAN
APELANTE : AGENCIA DE ADUANAS TRANSOCEANIC S.A.
EMPRESA PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente N°
APMTC/CS/1203-2013.

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 16 de setiembre de 2016

SUMILLA: *En los casos en que la descarga se realiza bajo la modalidad denominada "descarga directa", si la Entidad Prestadora no comunica al usuario el nivel programado para las operaciones de retiro de la carga, no resulta válido que imponga el recargo por cuadrilla no utilizada.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por AGENCIA DE ADUANAS TRANSOCEANIC S.A. (en adelante, TRANSOCEANIC o la apelante), en representación de su comitente AGROINDUSTRIA SANTA MARIA S.A.C. (en adelante, AGROINDUSTRIA), contra la Resolución N° 1 emitida dentro del expediente N° APMTC/CS/1203-2013 (en lo sucesivo, la resolución N°1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- El 03 de diciembre de 2013, TRANSOCEANIC solicitó la anulación de la factura N° 003-0022894 cuyo importe asciende a US \$ 1652.00 (mil seiscientos cincuenta y dos y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) emitida por el concepto de compensación por cuadrilla no utilizada, argumentando lo siguiente:
 - i.- El 03 de setiembre de 2013 arribó al terminal Norte Multipropósito la nave M/N Marine Princess, haciendo uso del amarradero del puerto; sin embargo, nunca tuvieron conocimiento de los servicios que demandó la recalada de la nave o aquellos que fueron solicitados durante la junta de operaciones del puerto.
 - ii.- Debido a la ineficiencia en la prestación del servicio por parte de APM, existieron diversas demoras operativas que impidieron hacer uso de las cuadrillas asignadas.



- Los principales problemas que se presentaron, fueron la demora en la instalación de las cucharas de la nave para la descarga de la mercadería, en la medida que las grúas de APM tenían cables muy largos, no siendo posible efectuar las operaciones de descarga con las mismas.
- iii.- Agregó que existió demora para el ingreso de sus camiones, en la medida que únicamente se contaba con una balanza disponible para la pesada de camiones de tolva, mientras que habían 3 balanzas para los camiones con contenedores.
 - iv.- No resulta lógico que la Entidad Prestadora pretenda emitir una facturación por el concepto de Cuadrilla no Utilizada, cuando dicho recargo surgió como consecuencia directa de la deficiencia en la prestación del servicio por parte de APM.
 - v.- Finalmente, señaló que corresponde al concesionario la carga de la prueba de demostrar que fueron responsabilidad de TRANSOCEANIC las demoras operativas que causaron la paralización de la misma, y la consecuente emisión de la factura materia de reclamo.
- 2.- Mediante carta N° 1799-2013-APMTC/CS, notificada a TRANSOCEANIC el 19 de diciembre de 2013, APM prorrogó el plazo para resolver el reclamo presentado por un período de 30 días hábiles.
 - 3.- Mediante resolución N° 1 del 16 de enero de 2014, APM resolvió el reclamo presentado por TRANSOCEANIC, declarándolo infundado por los siguientes argumentos:
 - i.- Con fecha 30 de setiembre de 2013, APM emitió la factura N° 003-0022894 por el concepto de Compensación por Cuadrilla No Utilizada a nombre de la empresa AGROINDUSTRIA, para la mercadería que arribó en la nave M/N Marine Princess de manifiesto N° 2013-1599.
 - ii.- El 03 de diciembre de 2013, TRANSOCEANIC, en representación de su comitente AGROINDUSTRIA, presentó reclamo formal contra el cobro de dicha factura, alegando que las demoras en las operaciones de la nave se originaron por causas atribuibles a APM.
 - iii.- El proceso de descarga directa de la mercadería a granel se realiza de la bodega de la nave a los camiones enviados por el usuario. Para ello, el departamento de operaciones realiza previamente un Plan de Operaciones incluyendo personal de estiba y maquinarias, con la finalidad de que dicha descarga se realice de manera fluida y sin paralizaciones. Sin embargo, la operación de descarga directa puede verse interrumpida por circunstancias fuera del control de APM, las que pueden impedir o interrumpir la continuidad de dicho plan, como ocurre cuando no se cuenta con camiones al costado de la nave para poder realizar una descarga fluida.



- iv.- En el presente caso, APM emitió la factura N° 003-0022894 debido a que se comprobó que del 10 hasta el 13 de setiembre de 2013, existieron paralizaciones de las operaciones en las bodegas 2, 3, 4 y 5 debido a la falta de camiones que debió enviar la apelante para el retiro de la mercadería de su cliente AGROINDUSTRIA, tal como se verifica en el documento denominado Estado de Hechos de la nave. En tal sentido, al haber quedado acreditado que existió paralización de las operaciones por un periodo de 04 horas por falta de camiones que debió enviar el usuario, corresponde que se realice el cobro del recargo facturado.
- v.- Asimismo, precisó que para el cálculo de las horas de paralizaciones de la apelante, únicamente se consideró el registro de la autorización N° 17321 correspondiente a la mercadería de AGROINDUSTRIA, sin incluir información correspondiente a otros usuarios que hicieron uso de las mismas bodegas donde arribó la mercadería.
- vi.- Respecto al desconocimiento de los servicios que haya demandado la nave en la Junta Operativa, indicó que de conformidad con el artículo 51 de su Reglamento de Operaciones, tienen la obligación de realizar la planificación de las operaciones de las naves cuyo atraque se encuentra programado, sin embargo, si bien es cierto que APM debe realizar las referidas reuniones con los responsables de las naves, es responsabilidad de los clientes y/o propietarios de la carga solicitar la asistencia a dicha reunión.
- vii.- Asimismo, tanto APM como los responsables de las naves, en el presente caso, la agencia marítima Serpac Portuaria S.A.C. (en adelante Serpac), tienen información permanente y constante de las operaciones y situaciones que acontecen en el puerto, siendo responsabilidad de dichas agencias informar a sus clientes de la existencia de algún acontecimiento no previsto que pueda afectarles.
- viii.- Por otro lado, en la Hoja de Reclamación N° 289 señalan que las demoras en el retiro de la mercadería se debieron a que la descarga se estaba realizando con las cucharas de la nave Marine Princess. Al respecto, indicó que en el reporte del shift manager se indicó que el 09 de setiembre de 2013, a las 23:00 horas, los estibadores de APM se encontraban a bordo de la nave y se encargaron de colocar en buenas condiciones las grúas 1, 2 y 4, y que tal labor de instalación culminó el 10 de setiembre a las 02:20 horas, fecha en la que se iniciaron las operaciones de descarga.
- ix.- Agregó que a pesar de lo antes expuesto, los tiempos de demora para el ingreso de los camiones ascienden a un total de 35 horas y 18 minutos, período que en su mayoría tomó en consideración el ingreso de los camiones durante los días 10 al 12 de setiembre, por lo que los inconvenientes ocurridos el 09 de setiembre de 2013, relacionados con la demora en la instalación de las cucharas en la nave, no pueden ser servir de sustento para que no proceda el cobro de las 04 horas por concepto de Compensación por Cuadrilla No Utilizada.



- x.- En cuanto la congestión de camiones en el ingreso por las balanzas del terminal, indicó que ello es de responsabilidad de los gobiernos regionales y locales, en la medida que APM únicamente es responsable de los eventos que sucedan dentro del terminal y no por lo que ocurra en el exterior.
- xi.- Finalmente, precisó que APM atiende a los usuarios de acuerdo a su orden de llegada, no teniendo facultad ni posibilidad de dar preferencias en el ingreso y/o salida de las unidades de las instalaciones del terminal.
- 4.- Con fecha 04 de febrero de 2014, TRANSOCEANIC presentó su recurso de apelación contra la resolución N° 1 reiterando los argumentos de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- No es obligación de los Agentes Marítimos realizar la comunicación de las operaciones a los usuarios respecto de la desestiba de la carga, en la medida que la naturaleza de sus obligaciones se limita a las actividades relacionadas con la nave.
- ii.- Con relación a los trabajadores portuarios, al tratarse de personal a cargo de la Entidad Prestadora, deben de conservar el reporte de las actividades de los mismos, resultando fundamental que sea APM quien demuestre que las demoras durante la descarga de la mercadería se debieron a la falta de camiones.
- iii.- Cuestiona el hecho de que en el Reporte de Estado de Hechos de la nave, no se hayan consignado las demoras incurridas por la instalación de las cucharas de la nave.
- iv.- En cuanto a los problemas que se presentaron en las balanzas de APM, indicó que al ser parte de la infraestructura del terminal norte multipropósito, son de responsabilidad del concesionario, siendo consecuencia de una ineficiente labor durante el paso de las unidades de transporte por las referidas balanzas.
- v.- De conformidad con la norma vigente, el Agente Marítimo no es el responsable de la desestiba de la carga, por lo que no es el llamado a comunicar las actividades de descarga de la mercancía de TRANSOCEANIC ni al consignatario. Por el contrario, en su función de agente de desestiba, APM debió comunicar el estado de la descarga de la mercadería para evitar la obstaculización de sus labores.
- vi.- En cuanto a la emisión de la factura, resulta necesario que tenga un respaldo de hechos, es decir, que pueda haber constancia de la demora por responsabilidad del destinatario de la factura y pueda constar que hubo diligencia del concesionario
- vii.- Finalmente, indicó que al momento de emitir la resolución N° 1, APM no ha respetado lo dispuesto en la Ley 27444 en lo que se refiere a la motivación de los actos administrativos, en la medida que responsabiliza a los gobiernos locales y



regionales por la congestión presente en el terminal, cuando dicha congestión es consecuencia de la demora en el despacho de la carga en el interior del terminal.

- 5.- El 25 de febrero de 2014, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación reiterando los argumentos esgrimidos en la resolución N° 1 que declaró infundado el reclamo de TRANSOCEANIC, agregando lo siguiente:
- i.- De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM (versión 1.6), los recargos se cobran de manera excepcional a los usuarios. En ese sentido, su cobro procede cuando en el transcurso de una relación comercial existente entre el operador portuario y los usuarios, surge un hecho generador, el cual se encuentra comprendido dentro de los supuestos regulados de la sección 4.5 del Reglamento de Tarifas de APM.
 - ii.- Siguiendo lo expuesto, APM se encuentra facultada a cobrar los siguientes tipos de recargos: (i) Generales; (ii) por los servicios prestados a la nave y; (iii) por los servicios prestados a la carga, encontrándose el recargo materia de reclamo dentro del segundo grupo.
 - iii.- En el presente caso, el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada fue cobrado a TRANSOCEANIC, en la medida que durante el desarrollo de las operaciones de la nave MN Marine Princess, existió un período de paralización de las operaciones originadas como consecuencia de la falta de unidades de transporte que debió enviar TRANSOCEANIC para el retiro de la carga de AGROINDUSTRIA.
 - iv.- Respecto al argumento de TRANSOCEANIC en el extremo en el que indica que la factura N° 003-0022894 se emitió sin respaldo alguno, indicó que APM ha cumplido con demostrar que el cobro del recargo facturado se realizó al haberse acreditado que las operaciones de la descarga de la nave se vieron perjudicadas, debido a una inadecuada programación para el envío de sus unidades.
 - v.- Al respecto, después de la revisión de las unidades de transporte que envió TRANSOCEANIC, para el retiro de la carga de propiedad de AGROINDUSTRIA relacionada con la Autorización de Descarga Directa Internacional N° 17321, se comprobó que no envió unidades de transporte de manera constante, que fue lo que originó que no pudieran realizar el retiro de la carga de manera regular.
 - vi.- Sobre las supuestas demoras en las balanzas del terminal, indicó que tal argumento no ha sido debidamente acreditado por TRANSOCEANIC, quien no ha cumplido con adjuntar medio probatorio alguno que demuestre lo antes señalado.
 - vii.- Por otro lado, precisó que APM cumple con su obligación de informar a los usuarios, entre ellos a los agentes marítimos y a los clientes en general, las operaciones de las



naves que acoderan en el Terminal Norte a través de su página web, mediante la opción "programa de naves", cuya programación se realiza tres veces al día de acuerdo al desarrollo de las operaciones.

- viii.- En tal sentido, afirma que los usuarios cuentan con toda la información necesaria y suficiente para realizar la planificación de sus operaciones al interior del terminal, puesto que aquella es de carácter público, debiendo tenerse en cuenta que los usuarios son quienes manejan la información conveniente y necesaria para el desarrollo de sus operaciones, dependiendo del tipo de carga y de las particularidades de la misma.
- ix.- Con toda esa información, el Agente Marítimo y el usuario, fueron informados del total de jornadas en las que se realizaría la operación de descarga (11 jornadas aproximadamente). Siendo así, la reclamante contaba con la siguiente información: i) que la operación se realizaría en once jornadas; ii) que el total de carga a granel a desembarcar era de 8000 toneladas; y, iii) que cada camión podía movilizar treinta (30) toneladas, por lo que se puede afirmar que TRANSOCEANIC tenía pleno conocimiento de que el desembarque por jornada sería de 727 toneladas equivalente a 24 camiones por jornada.
- x.- Finalmente indicó que los recargos tienen una naturaleza similar a la de una penalidad, puesto que son cobrados bajo determinados supuestos, los cuales han sido taxativamente considerados-en la fecha de ocurridos los hechos – en el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM. En ese sentido, el monto facturado corresponde a los daños y/o perjuicios ocasionados por la apelante durante el desarrollo de las operaciones portuarias a cargo de APM.
- 6.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 14 de octubre de 2015, no pudiéndose arribar a un acuerdo debido a la inasistencia de las partes. El 30 de octubre de 2015, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de los representantes de ambas partes, quienes realizaron el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.
- 7.- Con fecha 04 de noviembre de 2015, APM presentó escrito de alegatos reiterando lo manifestado en sus escritos anteriores y añadiendo lo siguiente:
- i.- La falta de camiones, los cuales deben ser contratados y proporcionados directamente por el usuario, generó paralizaciones innecesarias en las operaciones portuarias, lo cual afectó el procedimiento de descarga de las diferentes bodegas de las naves que arribaron al Terminal Portuario y cuyas operaciones son objeto de revisión. De esta manera, debido a la naturaleza de la carga, y considerando que ésta no podía ser depositada en el área operativa del puerto, se prolongaron las horas de trabajo del personal de APM y se tuvieron muchos tiempos muertos, durante la



operación de descarga, hecho que generó la aplicación del Recargo por Compensación de Cuadrilla No Utilizada a TRANSOCEANIC.

- ii.- En atención a lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento de Operaciones de APM, con relación a las naves que transportan carga a granel sólido; los agentes marítimos tienen la obligación de comunicar al Administrador Portuario con un mínimo de 72 horas de anticipación los datos correspondientes a la nave, hora y fecha de arribo, el calado, el tipo operación, así como la información preliminar correspondiente a la operación de carga y descarga, según corresponda; ello con el fin de que APM pueda distribuir los recursos que se encuentran a cargo en el interior del Terminal Portuario a efectos de atender los requerimientos de una nave en particular.
 - iii.- Lo indicado en el párrafo anterior, ha sido respaldado en la Resolución Final emitida en el expediente N° 115-2013-TSC-OSITRAN, la cual señaló que a partir de la información remitida por el agente marítimo, APM asigna los amarraderos y muelles, determina la prioridad de atención, así como las horas de ingreso, permanencia y salida de las naves en el puerto.
 - iv.- APM ha cumplido con la obligación de informar a los usuarios, entre ellos a los agentes marítimos y clientes en general, las características de la operación mediante la publicación de la Programación de Amarraderos, vía website, lo cual se realiza tres veces al día de acuerdo con el desarrollo de las operaciones.
 - v.- En base a la información que le comunican los agentes marítimos, así como la información publicada vía website por el Administrador Portuario, los usuarios se encuentran en la capacidad de calcular el período en el que se realizarán las operaciones de una nave, así como de determinar el número de camiones que requieren para recoger su carga, con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales.
- 8.- Con fecha 17 de noviembre de 2015, TRANSOCEANIC presentó un escrito de alegatos, reiterando los argumentos señalados en sus escritos anteriores y añadiendo lo siguiente:
- i.- Afirmó que para la correcta programación de las operaciones, es necesaria la acción conjunta y activa de todos los involucrados en la descarga, siendo un medio para ello la realización de Juntas Pre Operativas, las cuales permiten participar a los interesados en el desarrollo de la actividad y las operaciones logísticas; ocurriendo que en el presente caso, dicha junta debió realizarse con todos los interesados para coordinar el despacho de la carga, lo que no ocurrió.
 - ii.- Agregó que la ausencia del usuario a las reuniones pre-operativas, no eximía a APM de la obligación de informar de los detalles referidos a los aspectos de una determinada operación, pues de conformidad con el Reglamento de Operaciones, es



responsabilidad de la Entidad Prestadora planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones portuarias.

- iii.- OSITRAN ya se ha pronunciado determinando que la Entidad Prestadora tendrá la facultad de facturar por el recargo materia de reclamo siempre que se demuestre que asignó personal para las labores de carga o descarga de la nave y que fue por responsabilidad de la línea naviera o el consignatario que se detuvieron las operaciones programadas en la nave; señalando en los expedientes N° 073-2014-TSC-OSITRAN y 155-2013-TSC-OSITRAN, que en los casos en los que la descarga se realiza en la modalidad de "descarga directa", si la Entidad Prestadora no comunicó al usuario el nivel programado para las operaciones de retiro de la carga, no resulta válido que imponga el recargo por cuadrilla no utilizada.
- iv.- Finalmente, indicó que APM viene cobrando el IGV por el referido recargo como si se tratara de un servicio adicional al que presta, cuando en realidad se trata de un recargo, correspondiendo que dichas facturas fueran anuladas en la medida que no se han emitido de acuerdo a la normativa vigente.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 9.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N°1.
 - ii.- Determinar si corresponde que APM realice el cobro de la factura N° 003-0022894, emitidas por concepto de recargo de compensación de cuadrilla no utilizada.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

- 10.- En el presente caso el usuario alega que el servicio de descarga brindado por APM no habría sido adecuado así como que no se le habría comunicado el detalle de las características de la operación, indicando que ello habría generado que no pudiera enviar las unidades de transporte terrestre necesarias para la descarga de su mercadería y consecuentemente, se les efectúe el cobro del mencionado recargo.
- 11.- En ese sentido, corresponderá analizar si el cobro de dicho recargo resulta consecuencia de un servicio que no fue prestado de manera idónea, lo que necesariamente implicará realizar un análisis de calidad respecto del servicio de descarga brindado por APM, que a su vez conducirá a analizar si la facturación y cobro derivados de dicho servicio de descarga fue correctamente realizado.



- 12.- Ahora bien, como se puede apreciar del artículo 33¹ del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:
- i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de infraestructura, siempre que estos deriven de la prestación efectiva de servicios brindados por las Entidades Prestadoras.
 - ii) La calidad en que se brinden dichas prestaciones de servicios.
- 13.- En ese sentido, dado que en el presente caso el reclamo del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada requerirá analizar si el servicio fue prestado de manera idónea y consecuentemente si el cobro derivado de dicho servicio fue correctamente realizado, se evidencia que dichos extremos involucran los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM², así como el literal b) del artículo 2³ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

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

² 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.

(...)

³ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

⁴ 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 INFRAESTRUCTURA³.

³ Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

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

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

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

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

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

Asimismo regula el procedimiento de arbitraje, en los casos que corresponda.

⁴ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias



- 14.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁶, 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.
- 15.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 1 de APM materia de impugnación fue notificada a TRANSOCEANIC el 16 de enero de 2014.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que TRANSOCEANIC interponga su recurso de apelación fue el 06 de febrero de 2014.
 - iii.- TRANSOCEANIC presentó su recurso administrativo el 04 de febrero de 2014, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.
- 16.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁷, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.

⁵ Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁶ Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2013-CD-OSITRAN.

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁷ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 029 y 034-2013-CD-OSITRAN

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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

⁸ Ley N° 27444

"Artículo 209.- 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".



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

III.2.- EVALUACIÓN DE LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la falta de motivación de la Resolución N° 1

- 18.- De conformidad con el artículo 7 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN, dentro del procedimiento de reclamos, las empresas prestadoras tienen el carácter de "Entidad de la Administración Pública", conforme al numeral 8 del artículo I de la LPAG⁸, siéndoles exigibles las disposiciones de dicho reglamento y en lo no previsto, las de la referida ley. Por consiguiente, según lo prescrito en el artículo 3 de la LPAG⁹, la motivación es uno de los requisitos de validez que APM debe observar cuando emite actos administrativos que resuelven los reclamos de los usuarios¹⁰.
- 19.- Asimismo, el numeral 6.1 del artículo 6 de la LPAG prescribe que la motivación deberá ser expresa, mediante:
- a) Una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico; y,
 - b) La exposición de las razones jurídicas y normativas que, con referencia directa a los hechos alegados, justifican el acto adoptado.
- 20.- De acuerdo con el artículo 10 de la LPAG, una causal de nulidad del acto administrativo es el defecto u omisión de uno de sus requisitos de validez, siendo uno de dichos requisitos el relativo a la motivación del acto administrativo. En tal sentido, en un procedimiento administrativo, las entidades de la Administración Pública se encuentran sujetas a la obligación de motivar expresamente las razones que justifican la emisión de un acto administrativo en un sentido u otro. Dicha conclusión tiene como correlato necesario la

⁸ LPAG

"Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley. La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública.

(...)

8.- Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".

⁹ LPAG

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico

(...)"

¹⁰ Sobre este tema ver la Resolución Final emitida en el Expediente N° 012-2011-TSC-OSITRAN.

consecuente prohibición a la Administración Pública de dejar de pronunciarse sobre algunos de los hechos y pruebas que fueron aportados por los administrados en un procedimiento administrativo.

- 21.- En el presente caso, TRANSOCEANIC argumentó que la resolución impugnada era nula en la medida que, pese a que en su escrito de reclamo señaló que las causas que generan el retraso de las operaciones es el congestionamiento que se presenta en las balanzas del terminal, la Entidad Prestadora deslindó su competencia respecto de dicho congestionamiento, indicando que ello es de responsabilidad de los gobiernos regionales y locales.
- 22.- Al respecto, cabe señalar que lo resuelto por la Entidad Prestadora en la Resolución N° 1, en la cual deslinda su responsabilidad respecto del alegado congestionamiento que ocurría en las balanzas del terminal, no determina la existencia de un vicio de nulidad en la resolución impugnada, en la medida que cumplió con pronunciarse sobre lo alegado por la apelante al indicar que tal congestionamiento no era de su responsabilidad sino de los gobiernos locales y regionales.
- 23.- En tal sentido, el hecho que TRANSOCEANIC considere que tal pronunciamiento no se ajusta a la realidad, no implica que la Resolución N° 1 no haya sido motivada, pudiendo cuestionarse lo resuelto por APM, a través del medio impugnatorio correspondiente, tal y como ha ocurrido en el presente recurso de apelación.
- 24.- En ese sentido, la Resolución N° 1 cumple con los requisitos de validez para la emisión de un acto administrativo, por lo que corresponde desestimar la solicitud de nulidad planteada por TRANSOCEANIC, y proceder a realizar el análisis de fondo correspondiente.
- 25.- Estando a lo anterior, el TSC desarrollará un análisis de las pruebas ofrecidas y los fundamentos alegados por ambas partes para determinar si corresponde que APM deje sin efecto el cobro de la factura N° 003-0022894.

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

- 26.- Es menester recalcar, previamente, que 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."

- 27.- Asimismo, 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).
- 28.- 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.
- 29.- Asimismo, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5, y (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23:

"1.23.102 Tarifa

Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables."

**"8.20 SERVICIOS ESPECIALES**

Sin perjuicio de los Servicios Estándar antes mencionados, la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar adicionalmente los Servicios Especiales a todos los Usuarios que los soliciten.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar un Precio por la prestación de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22, o una Tarifa respecto de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 5. (...)

"8.23 *Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.*

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de competencia económica.

(...)

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones."

[El subrayado es nuestro]

30.- El artículo 1.5.21 del Reglamento de Tarifas de APM, vigente a la fecha de sucedidos los hechos¹¹, define al recargo de la siguiente manera:

"1.5.21 Recargo. - *Es el monto dinerario que deberá pagar el usuario para compensar determinada actividad/inactividad, rendimiento, entre otros, que se encuentran establecidos en el presente reglamento".*

31.- Asimismo, el artículo 5.4.2.1 del mencionado reglamento prescribe lo siguiente:

¹¹ Versión 1.7, vigente desde el 23 de abril de 2013.



"5.4.2.1 Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada"

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

Asimismo, se aplicará el recargo cuando la operación es concluida antes del horario programado en el Plan de Operaciones, como consecuencia del recorte del volumen de la carga embarcada/descargada o en el caso que la línea naviera o consignatario solicite ser atendido al arribo de la nave al terminal, y esto ocurra después de la hora de inicio de cada jornada de trabajo.

Este cargo se aplica también en el caso que la nave o el consignatario solicite el término de operaciones antes del término de la jornada.

De la misma forma, este recargo será aplicado en caso la línea naviera requiera ser atendida fuera del horario programado por el Terminal, o cuando se dispongan las cuadrillas para la atención a la nave y ésta por razones no imputables al terminal, demore su atraque e inicio de operaciones¹²

El importe del recargo será asumido por la línea naviera o el consignatario de ser el caso, siendo el importe de US\$ 350 (Trescientos Cincuenta con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cuadrilla/hora o fracción de hora".

[El subrayado es nuestro]

- 32.- En tal sentido, el "recargo por compensación de cuadrilla no utilizada", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por la apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM para la prestación del servicio estándar, cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
- 33.- Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario, sino que se genera, por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.
- 34.- Con relación al recargo por Compensación de cuadrilla no utilizada, conviene tener presente que mediante informe N° 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas de OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica), opinaron lo siguiente:

"(...) este cobro no se realiza como contraprestación económica por algún servicio brindado por el Concesionario. Por el contrario, se trata de un mecanismo resarcitorio cuya función es que el usuario

¹² 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)



de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora y que hayan sido previa y debidamente difundidas por este último”.

[El subrayado es nuestro]

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

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

[El subrayado es nuestro]

- 36.- Como se verifica en el mencionado informe, las áreas técnicas de OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de “Compensación de cuadrilla no utilizada” es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
- 37.- 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 costo que genera la Entidad Prestadora por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.
- 38.- En el presente caso, la apelante alegó que correspondía a APM demostrar que fueron de responsabilidad de TRANSOCEANIC las demoras operativas que causaron la paralización de las operaciones y la emisión de la factura materia de reclamo. Asimismo, agregó que APM no cumplió como comunicarle lo referente a las actividades de descarga de la mercancía ni brindó un servicio idóneo al haber demorado en exceso la instalación de las cucharas de la nave para iniciar la referida descarga. Finalmente, señaló la existencia de problemas al interior del terminal que impedían el ingreso de los camiones.
- 39.- Por otro lado, APM afirmó que la apelante no contó con la cantidad de unidades de transporte suficiente para atender la descarga de su mercancía, correspondiendo el cobro por la compensación de cuadrilla no utilizada. Agregó que TRANSOCEANIC contaba con la información necesaria a fin de poder programar el envío de camiones necesarios para el retiro de su mercadería. Finalmente, en cuanto a los problemas en las balanzas para el ingreso y salida de las unidades alegadas por el usuario, refirió que ello era de responsabilidad de los gobiernos regionales y locales, ocurriendo que en su calidad de administradora del terminal portuario, respondía únicamente por aquello que ocurriera dentro de sus instalaciones.



Sobre la organización de los servicios que brinda APM

- 40.- En torno a la manera cómo se deben prestar y organizar los servicios que se brindan al interior del Terminal Portuario, el numeral 8.1 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión establece:

"La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual la SOCIEDAD CONCESIONARIA recuperará su inversión en las Obras, 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. (...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el 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]

- 41.- 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 y resaltado agregado es nuestro]

- 42.- 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 cuenta. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (*market-based approach*), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado.¹³

¹³ Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) "Management-Based Regulation. Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", *Law & Society Review*, Volume 37, Issue 4, pp. 691-730.



- 43.- En razón de ello, APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el Contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.
- 44.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁴, con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar la información, establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

"Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios.

... la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

a) Transparencia.- El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios..."

Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen también los siguientes derechos:

a) A la información

El Usuario debe recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente... Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios".

- 45.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹⁵, señala en su artículo 7 que "es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, **comunicar** y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".

- 46.- En los artículos 54 y 56 del mencionado Reglamento de Operaciones se establece:

"Artículo 54.- APM TERMINALS coordinará con los usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise las labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones"

¹⁴ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

¹⁵ Aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 486-2011-APN/GG y sus modificatorias.



Artículo 56.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones:

- a.- Planear e impartir las disposiciones para el desarrollo de las operaciones.*
- b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.*
- c.- Planear la asignación de amarraderos.*
- d.- Programar al recepción y el despacho de la carga a través del sistema de citas".*

- 47.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.
- 48.- Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora.
- 49.- 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.
- 50.- 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° 003-0022894

- 51.- El artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN prescribe que en los reclamos relacionados con facturación, información e idoneidad del servicio corresponde a la



Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron de conformidad con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.

- 52.- De acuerdo con lo expuesto anteriormente, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se alteren por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 53.- En el caso bajo análisis, conforme se desprende de su escrito de absolución del recurso de apelación, APM realizó directamente la descarga de carga sólida a granel desde la nave Marine Princess hacia los vehículos de transporte terrestre que TRANSOCEANIC dispuso para el retiro de dicha carga del Terminal Portuario.
- 54.- APM sostiene que durante la operación de descarga hubo un retraso de 04 horas debido a la falta de vehículos de transporte que debió enviar el usuario para el retiro de su carga, por lo que el cobro del recargo de cuadrilla no utilizada estuvo justificado.
- 55.- Sin embargo, cabe señalar que el establecimiento del nivel de descarga en cada operación individual es parte de la facultad de APM para organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente, según considere pertinente, de acuerdo con los recursos (operativos, humanos, financieros) con los que cuente, respetando los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico.
- 56.- Al respecto, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización a través de la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN indicó que para el supuesto de descarga, una vez determinada la planificación, APM debe comunicar al usuario las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), lo que le permitirá a este último, especialmente en el caso de descarga directa, calcular cuántos vehículos está obligado a enviar y con qué frecuencia con la finalidad de retirar la carga del puerto.
- 57.- En consecuencia, si bien APM tiene la facultad de determinar cuál será el nivel de descarga de mercadería a granel en cada operación individual, esta prerrogativa exige como contrapartida que informe las características de dicha operación al usuario para que este pueda organizarse y enviar los vehículos suficientes, de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y 7 del Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁶, según el cual corresponde a la Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones.
- 58.- En el caso de que APM no determine un nivel de descarga general y fijo para todas las operaciones, sino que más bien depende de los recursos con los que cuenta y de la

¹⁶ Aprobado por la Resolución N° 074-2011-CD OSITRAN



- organización para cada operación; entonces, de conformidad con el Reglamento de Operaciones de APM, la oportunidad para informar a los usuarios cuál será el volumen de descarga individual será al momento de establecer y comunicar el respectivo Plan de Operaciones, criterio que también ha sido recogido en la Nota N° 753-2013-GS-OSITRAN.
- 59.- Lo indicado es coherente con el establecimiento del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, puesto que para su aplicación se requiere que se haya incumplido con el Plan de Operaciones por causas imputables al usuario.
- 60.- Siendo esto así, se hace necesario acreditar que el usuario conocía cuál iba a ser el nivel de descarga, a efectos de que programara qué cantidad de camiones debía llevar como mínimo para que la atención se realizara sin contratiempos. En tal sentido, en el presente caso, en aplicación del artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, correspondía a la Entidad Prestadora probar que informó del nivel de descarga al usuario al momento de determinar y comunicar el Plan de Operaciones o en alguna de las reuniones pre-operativas que la Entidad Prestadora tuvo con el usuario.
- 61.- Al respecto, cabe señalar el artículo 55 del Reglamento de Operaciones de APM, establece expresamente que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o cualquier otro medio documentado en aspectos relacionados con las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios. En tal sentido toda información vinculada a las operaciones portuarias debe ser transmitidas a todos los usuarios de los servicios a través del correo electrónico o medio documentado, puesto que se considera que a través de este medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que efectivamente APM cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernan o afecten a los intereses de éstos.
- 62.- Con respecto a la asignación de amarraderos, el artículo 61 establece nuevamente la obligación de comunicar por correo electrónico y además para este caso y para la publicación de la lista de arribo de naves se podrá publicar además, vía website; sin embargo el uso del website debe entenderse como un método complementario pero no alternativo ni sustituto del correo electrónico o medio documentado para el caso de información al usuario de asignación de amarraderos y lista de arribo de naves.
- 63.- Sin perjuicio de lo señalado, si bien la programación de amarraderos se encuentra en la página web de APM a disposición de los usuarios, cabe señalar que en dicha programación no se verifica que se haya consignado información referida a la cantidad de cuadrillas a utilizar, ni que se haya establecido el nivel de descarga conforme al cual se efectuará el desembarque de una determinada mercancía para la nave Marine Princess.
- 64.- Ahora bien, APM ha señalado que el agente marítimo ya tenía conocimiento acerca de las características de la mercancía a descargar, toneladas a trabajar e información referencial



de la nave, hecho que supondría que todos los usuarios e intervinientes en esta operación de descarga ya contaban con la información suficiente que le permitiera establecer como sería el nivel de descarga y por ende disponer lo vehículos necesarios para su atención. Al respecto, cabe manifestar que tal como se ha señalado anteriormente, es el Reglamento de Operaciones el que establece el deber de la Entidad Prestadora de comunicar a los usuarios respecto de los detalles de las operaciones en las naves, no existiendo ningún dispositivo legal que traslade tal responsabilidad a los Agentes Marítimos.

- 65.- En relación a lo anteriormente señalado, si bien los Agentes Marítimos y/o demás usuarios pueden tener conocimiento de la cantidad de mercancía a descargar, ello no implica que conozcan cómo ejecutará APM tal operación, dado que aquella es la única entidad en condiciones de establecer las características de la descarga de mercancía. En efecto, al detentar el control y manejo de la actividad, APM puede establecer cuántas toneladas podrá atender y los recursos que requiere para una determinada operación.
- 66.- Respecto a las Juntas Pre Operativas, si bien en el presente caso se aprecia que SERPAC, en su calidad de Agente Marítimo, asistió a las referidas reuniones, ello no acredita que TRANSOCEANIC tomó conocimiento de los acuerdos a los que se llegaron en las mismas, ni permite demostrar que la apelante tomó conocimiento de los detalles en las que se realizaría las operaciones de descarga de la nave M/N Marine Princess; siendo APM la única obligada a comunicar tal información.
- 67.- Siendo así, de los medios probatorios presentes no se observa documento alguno que acredite que APM comunicó a TRANSOCEANIC cuál sería el respectivo nivel de descarga, a fin de poder exigirle al usuario un número determinado de camiones, máxime si fue la propia Entidad Prestadora quien manifestó que por lo menos se debió disponer de 24 camiones a fin de realizar una descarga de 727 toneladas por jornada. En tal sentido, correspondía a APM informar el referido nivel de descarga, puesto que se encuentra en mejor condición de establecer las condiciones y la forma en que realizará el desembarque de una determinada mercancía por operación.
- 68.- En ese sentido, la Entidad Prestadora debió brindar la información adecuada y detallada respecto de las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), a efectos de permitirle al usuario, en este caso TRANSOCEANIC, calcular el número de unidades vehiculares a enviar, así como la frecuencia en que debía enviarlos en un determinado lapso de tiempo.
- 69.- Cabe resaltar que si bien TRANSOCEANIC 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, empresa que finalmente conoce de antemano la prioridad, velocidad, día y hora en la que puede ser realizada la descarga.



- 70.- En cuanto a los tickets de ingreso de los camiones adjuntados por APM a fin de acreditar la falta de envío de los camiones por parte del usuario, se debe indicar que dichos medios probatorios carecen de relevancia, en la medida que ha quedado acreditado que la Entidad Prestadora no cumplió con informar el Plan de Operaciones al apelante.
- 71.- En consecuencia, no resulta razonable que APM realice un cobro por concepto de cuadrilla no utilizada al no haber informado debidamente al usuario, las obligaciones que TRANSOCEANIC debía de cumplir a efectos de que las operaciones de descarga no se vieran interrumpidas, omisión de información que finalmente provocó que la paralización de dichas operaciones sea atribuible a la Entidad Prestadora.
- 72.- Finalmente, teniendo en cuenta que corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura impugnada, carece de objeto que el TSC se pronuncie respecto del argumento de TRANSOCEANIC referido a la presunta demora en las balanzas del terminal en la atención del ingreso de los camiones, la supuesta demora en la instalación de las cucharas de la nave para la descarga de la mercadería, así como el cobro del IGV en la factura materia del reclamo, en la medida que como se ha señalado, no corresponde su cobro.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 6o del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/1203-2013 y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por AGENCIA DE ADUANA TRANSOCEANIC S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de la factura N° 003-0022894, por concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada dejando sin efecto su cobro; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa AGENCIA DE ADUANA TRANSOCEANIC S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A.

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

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN