



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

EXPEDIENTE N° : 36-2013-TSC-OSITRAN
APELANTE : CEMEX PERU S.A.
EMPRESA PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : RESOLUCION N° 1 DEL EXPEDIENTE N°
APMTC/CS/009-2013

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 08 de noviembre de 2013

SUMILLA: *Si el usuario no cumple con ingresar los camiones necesarios para el retiro de la carga durante el periodo de almacenamiento comprendido en el servicio estándar, entonces debe pagar por el servicio de almacenamiento (uso de área operativa) de conformidad con el tarifario y el Contrato de Concesión*

En los reclamos por responsabilidad por daños, corresponde al usuario probar su existencia y que se produjeron por responsabilidad de la entidad prestadora; siendo improcedente en este procedimiento el pedido para emitir pronunciamiento sobre el monto de la reparación o indemnización

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por CEMEX PERU S.A. (en adelante, CEMEX o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida dentro del expediente N° APMTC/CS/009-2013 (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.- Con fecha 7 de enero de 2013, CEMEX interpuso reclamo solicitando que APM responda por los daños y costos, generados por la mala prestación en el servicio de desembarque que se le brindo que se tradujo en el cobro de las facturas N° 001-0073621 y 001-0073522, cuyo importe asciende a US \$ 31 439.74 (treinta y un mil cuatrocientos treinta y nueve con 74/100 dólares de los Estados Unidos de América); así como penalidades en favor de la Nave "Star Hydra" y merma de su mercancía. Como sustento de su reclamo argumenta lo siguiente:

- i.- APM incurrió en demoras mientras prestaba servicios de descarga desde el 4 hasta el 10 de octubre de 2012 lo que ocasionó:
- Demora en la descarga y acomodo de la mercancía importada – cemento–de la nave "Star Hydra".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- Daños y merma en su carga (cemento).
- ii.- Los hechos mencionados le han generado los siguientes perjuicios económicos:
 - Cobro injustificado a favor de APM, por sobrepasar el tiempo límite correspondiente a la prestación del servicio estándar en el uso del puerto.
 - Penalidades a favor del dueño de la nave *Star Hidra* al no haberse concluido la descarga dentro del tiempo acordado (2 días calendario, 1 hora y 51 minutos).
 - Daños en su mercadería al no haber utilizado la maquinaria adecuada para su descarga.
- iii.- Los referidos incumplimientos fueron informados oportunamente a APM, a través de 2 cartas del 17 de octubre de 2012.
- iv.- De conformidad con el numeral 8.1 del Contrato de Concesión, APM debe responder ante cualquier incumplimiento o prestación del servicio defectuoso que pudiera prestar a terceros, además de ser responsable de los servicios que ofrece directamente.
- v.- De acuerdo con la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, APM debe cubrir todos los servicios involucrados en la descarga hasta el momento en que la mercancía pase a disposición del usuario en el almacén. Además, señala que la mercadería puede permanecer hasta 3 días en el depósito, plazo que se computará desde que la nave ha terminado la descarga.
- vi.- APM no ha cumplido con brindarle un servicio estándar adecuado y, por el contrario, se le está exigiendo un pago adicional por concepto de haber excedido los 3 días libres de almacenaje portuario, además del pago de la penalidad al armador de la nave.
- vii.- La Entidad Prestadora tampoco le brindó los recursos necesarios (montacargas / equipos para cargue) en el momento oportuno y conforme con lo acordado en la reunión pre-operativa. La penalidad aplicada por el armador demuestra que la mercancía continuaba en la nave.
- viii.- APM en su calidad de operador portuario, al igual que cualquier sujeto de derecho, se encuentra sometido a la doctrina de los actos propios que a su vez deriva del principio de buena fe, y según la cual no podría beneficiarse de su propio accionar.
- ix.- Respecto a los daños y a la merma de la mercadería importada, sostiene que, conforme con la Resolución N° 055-2012-TSC-OSITRAN, que aplica el artículo 1331 del Código Civil, en su momento hicieron llegar una carta de fecha 17 de octubre de 2012 detallando los referidos daños, que se comprueban con 38



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

fotografías que demuestran la falta de cuidado y diligencia al momento de efectuar la descarga de cemento.

- x.- A partir de dichas fotografías se puede demostrar que para la descarga se utilizaron elevadores de mayor tonelaje como los de 16 TM, los cuales al tener uñas anchas producían que los bolsones sufrieran roturas de asas; y también el desnivel presente en algunas partes del muelle ocasionó que estos se rompieran.
- xi.- Adicionalmente, de las fotografías se puede comprobar que los estibadores descargaban bolsones rotos esparciendo producto en la cubierta y el muelle, además que se registraron roturas de embalaje y producto en bodegas de la nave, y que los operadores de los elevadores en el muelle cargaron bolsones rotos esparciendo producto sobre la plataforma de los camiones.
- 2.- Mediante resolución N° 1 del 20 de febrero de 2013, APM resolvió el reclamo presentado por CEMEX, declarándolo fundado en parte en el extremo que se refiere a las facturas N° 001-0073621 y 001-0073522, debido a que no se habrían emitido computando el día cero dentro del periodo de libre almacenamiento. La Entidad Prestadora declaró infundado el reclamo en el extremo que se refiere a las demoras en la descarga imputables al Administrador Portuario, así como en lo referido al daño en la mercadería, argumentando lo siguiente:
- i.- La nave *M/N Star Hydra* fue originalmente construida como una nave de contenedores, siendo transformada de manera posterior en una nave de carga general. Ello implica que esta tenía la limitación técnica de no poder descargar dos bodegas continuas al mismo tiempo, programándose la descarga, teniendo en cuenta dicha limitación.
- ii.- Pese a ello, la descarga de la nave se realizó de manera fluida e ininterrumpida. Además, si la nave no hubiese tenido las mencionadas limitaciones, se hubiera podido ahorrar 3 turnos.
- iii.- De acuerdo al Reporte del Estado de Hechos de la nave, se puede verificar que el usuario no envió de manera continua la cantidad de camiones suficientes para el retiro de su carga; por el contrario se observó una falta de camiones hasta en 5 oportunidades durante los días 6, 7 y 9 de octubre 2012.
- iv.- Para el desarrollo de esta operación no se requiere utilizar montacargas de APM, ya que se trata de una descarga directa de vapor a camión.
- v.- APM, a través de su departamento respectivo, elabora previamente un Plan de Operaciones en el cual se detalla el personal de estiba y maquinarias que intervendrá en la operación, con la finalidad de realizar una descarga de manera fluida, continua e ininterrumpida.
- vi.- La falta de camiones al costado de la nave para la realización de descarga directa es uno de los mayores inconvenientes que afecta el desarrollo de la operación,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

situación que es ajena a la voluntad del administrador portuario y que genera el incumplimiento del Plan de Operaciones previamente elaborado.

- vii.- Dado lo expuesto, la permanencia de la carga de CEMEX por un período superior al que tenía de libre almacenamiento no se debe a causas imputables a APM sino al hecho que el reclamante no contó ni envió la cantidad necesaria de unidades para su retiro. Lo cual se puede constatar de las autorizaciones N° 2030171 y 2030176 que detallan el número de camiones enviados por CEMEX entre el 11 y 17 de octubre de 2012.
- viii.- Se puso a disposición de la apelante la maquinaria necesaria y suficiente para el desarrollo de las operaciones.
- ix.- Respecto a los daños alegados, la apelante no ha logrado acreditar fehacientemente su ocurrencia, ni que se hubiesen producido en las instalaciones del Terminal Portuario.
- x.- En el mismo sentido, cuestiona la forma en la que se realizó el cálculo de los daños, resaltando que el procedimiento de reclamos no es la vía idónea para determinar su cuantificación.
- xi.- Las fotografías adjuntadas por CEMEX demuestran que la carga arribó dañada al Terminal Portuario debido a la calidad de los envases, los que no pudieron resistir el peso de los bultos colocados sobre estos. Dicha carga estuvo apilada hasta en 7 niveles, por lo que los bolsones que se encontraban en las últimas camas no pudieron soportar el peso colocado encima.
- xii.- APM le ofreció a CEMEX colaborar con el re-ensaque de algunos bolsones de manera gratuita; sin embargo, ello constituye una liberalidad que no puede ser exigida por la apelante para toda su mercadería, sobre todo cuando la mayor parte de esta llegó en mal estado.
- xiii.- Con respecto al uso de maquinarias no adecuadas para la descarga de la mercadería, precisa que los equipos usados no pudieron ocasionar los daños alegados, puesto que esta maquinaria alza los bolsones por las asas y no por la base.
- xiv.- Con relación a las facturas emitidas por el concepto de uso de área operativa, sostiene que existió un error en el cómputo de los días de almacenamiento al no considerar el día cero, por lo que corresponde realizar un nuevo cálculo del monto a pagar por dicho servicio.
- 3.- Con fecha 13 de marzo de 2013, CEMEX interpuso recurso de apelación contra la resolución de APM, solicitando se revoque en los extremos relacionados con:
- i.- La demora en brindar los montacargas y equipos para el retiro de la mercadería, lo cual ocasionó el cobro de días adicionales en dicha zona; y,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

ii.- Los daños a la mercadería.

Como sustento de su recurso, CEMEX reitera los argumentos de su escrito de reclamo relacionados con el uso de área operativa y daños a su mercadería, y añade lo siguiente:

- i.- Si bien estamos ante un caso de descarga directa de vapor a camión, ello no implica que no se utilicen montacargas en la operación, puesto que estos vehículos son usados para el acomodo de la mercadería en los camiones, así como también para el manipuleo de la carga que, previa coordinación con APM, se destinó a la zona de almacenaje.
- ii.- Esta situación se acredita con el correo electrónico de fecha 3 de octubre de 2012 en el que se detalla específicamente que: a) APM pondrá a disposición de CEMEX para la operación 2 stacker y 2 montacargas apropiados para el manejo de los bolsones de forma tal que no se dañe la mercadería, y b) el uso de un espacio aproximado de 500 m² para almacenar un estimado de 3000 a 4000 toneladas, los cuales se retirarían en el plazo de los 3 días posteriores al término de la descarga.
- iii.- El levante de la mercadería almacenada en las zonas 6 y 9 se dio durante el primer día de libre almacenamiento, donde se solicitó a APM la asignación de montacargas para las operaciones correspondientes a fin de colocar la carga en la plataforma de los camiones. Luego de 6 horas de presentar dicha solicitud, un funcionario de APM dio respuesta a CEMEX indicando claramente que los montacargas serían asignados una vez que los camiones estén en la zona; sin embargo, ello no ocurrió.
- iv.- En los correos enviados a APM se alerta sobre la falta de montacargas y la constante espera de los camiones enviados. En tal sentido, afirma que el cobro por la sobre estadía de la carga en el terminal no tiene sentido ya que es consecuencia de la falta de diligencia de la propia Entidad Prestadora, en la medida que no cumplió con tener los montacargas para realizar la descarga de la mercadería.
- v.- CEMEX cumplió con informar a APM las características de su operativo y el uso de la zona de almacenaje para parte de su mercadería, de manera previa al arribo de la mercadería, realizando además las coordinaciones pertinentes para tener una operación fluida y eficiente. Por otro lado, la Entidad Prestadora estaba en capacidad de poder prever una adecuada asignación de maquinarias como los montacargas, para un eficiente retiro de la mercadería de la zona de almacenaje.
- vi.- Finalmente precisa que los daños reclamados se produjeron entre los días 4 y 10 de octubre de 2012, por lo que no se está considerando, como objeto de reclamo, la mercancía que llegó dañada de origen.

- 4.- El 5 de abril de 2013, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de

Página 5 de 18

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la resolución N° 1 que declaró infundado el reclamo de CEMEX, añadiendo lo siguiente:

- i.- La utilización de los montacargas para las operaciones de descarga directa es eventual, siendo utilizados únicamente cuando uno de los bolsones pueda estar en el borde de la plataforma de los camiones corriendo el riesgo de caer, por lo que no era necesario contar con montacargas debido a que la mercadería fue retirada con las propias grúas de la nave a la plataforma de los camiones.
- ii.- Sin perjuicio de lo expuesto, afirma que CEMEX ha desistido de su pretensión de incluir los costos de demurrage que supuestamente debieron de afrontar, por lo que este tema ya no se encuentra en discusión.
- iii.- Se debe tener en cuenta que fueron 3 234.2 toneladas de cemento las que permanecieron en APM por requerimiento del propio usuario. Teniendo en cuenta ello, y luego de efectuar la revisión de la factura N° 001-0073622, se observa que por error se consideró un peso mayor al que efectivamente permaneció en el Terminal Portuario, razón por la cual reconoce que dicha factura debe ser reformulada.
- iv.- En otro sentido, los correos que adjuntó CEMEX en sus escritos de reclamo y apelación, no demuestran en lo absoluto que lo que figura en estos fuera una supuesta situación permanente. Dichos documentos consisten únicamente en mensajes enviados en 3 momentos distintos los días 12 y 13 de octubre de 2012, lo que no refleja lo ocurrido las 24 horas en cada uno de estos días.
- v.- Sin embargo, reafirman que la razón por la cual se retrasó la descarga de la mercadería, fue debido a que CEMEX no dispuso los camiones en una cantidad suficiente para retirar su carga de forma inmediata. Los vehículos enviados por la apelante dieron varias vueltas el mismo día, originando que su carga no pudiera retirarse de acuerdo a lo programado.
- vi.- APM puso a disposición de CEMEX, la maquinaria necesaria y suficiente para el desarrollo de las operaciones de descarga; sin embargo fue ésta la que no cumplió con enviar la cantidad de vehículos necesarios para proceder al retiro de la carga.
- vii.- Respecto de los daños alegados por la apelante, ésta no ha acreditado fehacientemente la ocurrencia de aquellos y menos aún que se hubiesen producido en las instalaciones del Terminal Portuario. Finalmente, los daños alegados por CEMEX, son de origen y se generaron por la mala calidad de los envases y embalaje de la mercadería.

- 5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 13 de junio de 2013, no pudiéndose arribar a un acuerdo por la inasistencia de la Entidad Prestadora. El 14 de junio de 2013, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de ambas partes, quienes realizaron el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.

Página 6 de 18

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

6.- Con fecha 19 de junio de 2013 CEMEX presentó sus alegatos, en los que manifestó lo anteriormente señalado en su recurso de apelación, y agregó lo siguiente:

i.- El presente caso se ciñe a dos puntos específicos como son:

- La demora en brindar equipos para el retiro de la mercadería de la zona de almacenaje, lo cual ocasionó el cobro de días adicionales en dicha zona; y,
- Los daños a la mercadería.

ii.- Cualquier referencia al tipo de nave o características técnicas de la nave en la que se importó la mercadería, no es propicia para la discusión de la apelación, en tanto no se está reclamando la demora en la descarga de cemento desde la nave a los camiones, sino más bien el daño a la mercadería durante su manipuleo.

iii.- Además de las fotografías, obra en el expediente el informe de fecha 17 de octubre de 2012 emitido por Baltic Control – Perú en calidad de supervisor de la mercadería transportada en la nave *Star Hidra*, donde se deja constancia de los daños y mermas ocasionadas por negligencia, mala manipulación y defectuosa prestación del servicio que brinda APM.

7.- Con fecha 19 de junio de 2013, APM presentó sus alegatos en los que reitera lo expresado en la resolución apelada y en su escrito de absolución.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Establecer si el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de APM es procedente.
- ii.- Determinar si APM debe cobrar por el servicio de uso de área operativa a CEMEX (facturas N° 001-0073621 y 001-0073522) y si es responsable por los daños a la mercadería de este usuario.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

9.- Del análisis del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento por parte de CEMEX en el cobro por el servicio de uso de área operativa y sobre la responsabilidad por los daños que habrían sido ocasionados a su mercadería por APM durante las operaciones de descarga; situaciones que están previstas como supuestos de reclamo en los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.3 del Reglamento de Reclamos de APM¹ y en los literales a)

¹ Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

y d) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN² (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

10.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁴, 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)⁵, 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.

"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.*

1.5.3.3 *Daños o pérdidas en perjuicio de los USUARIOS, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de APM TERMINALS CALLAO S.A., vinculados con los servicios proporcionados por la entidad, y que derivan de la explotación de la INFRAESTRUCTURA".*

² Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

g) *Las que tengan relación con defectos en la información proporcionada a los usuarios, respecto de las tarifas o condiciones del servicio; o información defectuosa".*

³ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"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".

⁴ Reglamento Reclamos de APM.

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁵ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"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".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

11.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

- i.- La resolución N° 1 de APM, que contiene la decisión de declarar infundado el reclamo, fue notificada a CEMEX el 20 de febrero de 2013.
- ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CEMEX interponga su recurso de apelación fue el 13 de marzo de 2013.
- iii.- CEMEX presentó su recurso administrativo el 13 de marzo de 2013, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.

12.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁶, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por un servicio prestado por APM.

13.- 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.3.- EVALUACIÓN DE LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

14.- Como se aprecia de lo descrito en los antecedentes, el presente caso se inició con tres pretensiones relacionadas con el cobro por el uso de área operativa (facturas N° 001-0073621 y 001-0073522), la responsabilidad por los daños a la mercadería y por la penalidad a favor del armador de la nave *Star Hidra*.

15.- No obstante lo acotado, en el recurso de apelación CEMEX si bien cuestionó la resolución de APM, únicamente lo hizo en lo relacionado con el cobro por el uso de área operativa y la responsabilidad por los daños a la mercadería, pero no respecto del pronunciamiento por la penalidad a favor del armador de la nave *Star Hidra*.

16.- Sobre el particular, en aplicación del principio de congruencia⁷, manifestado en el artículo 187 de la LPAG⁸, las resoluciones de la administración deben emitirse tomando en consideración las cuestiones propuestas por los administrados.

⁶ **LPAG**

"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".

⁷ *"Al tener que fallar conforme lo pedido y probado, se agregó el principio de congruencia entre la pretensión y la sentencia definitiva. De este modo, el pronunciamiento definitivo se debía referir a lo reclamado por las partes; nunca menos, diferente o en demasía." GOZAINI, Osvaldo A. "El principio de congruencia frente al principio dispositivo". En: "Revista Peruana de Derecho Procesal". Lima. Communitas. Tomo XI. 2008. p. 121.*

⁸ **LPAG**

"Artículo 187.- Contenido de la resolución"



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 17.- En ese orden de ideas, en el presente caso se analizará y determinará lo relacionado con lo impugnado por CEMEX, es decir, el cobro por uso de área operativa y la responsabilidad por los daños a su mercadería; entendiéndose que en lo referido a la responsabilidad por la penalidad a favor del armador de la nave *Star Hydra* ha quedado firme según lo resuelto por APM al no haber sido cuestionada, esto en aplicación del 212 de la LPAG⁹.

Sobre el uso de área operativa (almacenamiento)

- 18.- Actualmente el Terminal Norte del Puerto del Callao es administrado y explotado por APM en virtud de un Contrato de Concesión¹⁰ suscrito con el Estado Peruano, a través del cual el primero le dio el derecho a administrar y explotar, así como la obligación de diseñar construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹¹.
- 19.- De conformidad con lo manifestado por las partes a lo largo del presente procedimiento de reclamos, la nave *Star Hydra* llegó el 4 de octubre de 2012 al Terminal Portuario del Callao administrado por APM, para desestibar la carga fraccionada consistente en bolsones de cemento de titularidad de CEMEX. Esta operación estaba programada para que dicha mercadería sea colocada directamente en el camión (descarga de vapor a camión) y abandone el puerto.

(...)

187.2.- En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede".

9 LPAG

"Artículo 212

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto".

¹⁰ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuarios del Callao entre APM Terminals Callao S.A. 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

"DEFINICIONES

1.23. En este Contrato de Concesión, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

1.23.26. Concesión

Es la relación jurídica de derecho público que se establece entre el CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA a partir de la Fecha de Suscripción de los Contratos, mediante la cual el CONCEDENTE otorga a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el derecho a explotar y la obligación de diseñar construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito, durante el plazo de vigencia del Contrato de Concesión".

"SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

4.1. La Concesión del Terminal Norte Multipropósito, se otorga por un plazo de treinta (30) años, contado desde la Fecha de Suscripción de los Contratos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 20.- Ahora bien, tal como consta en las impresiones de los correos electrónicos de fecha 3 y 4 de octubre de 2012 (fojas 29 y 30), no toda la carga fue retirada del puerto de manera inmediata y directa desde la nave, ya que CEMEX solicitó a APM un área aproximada de 500 m² para almacenar entre 3 y 4 toneladas de cemento para su posterior retiro.
- 21.- Como se aprecia de lo descrito, en el presente caso, se dieron dos operaciones, la descarga de la mercadería y el almacenamiento de una parte de esta en el Terminal Portuario. Al respecto, conforme con el literal b) de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece que el servicio estándar a la carga comprende los servicios de descarga o embarque de cualquier tipo de mercadería, entre los que se encuentra la fraccionada¹².
- 22.- Asimismo, la mencionada cláusula 8.19, señala que, dentro del servicio estándar de carga fraccionada, se incluye el almacenamiento libre de pago de hasta 3 días calendarios dentro del terminal portuario, precisando además que dicho plazo se computará desde que la nave termina la descarga o una vez que la mencionada carga haya ingresado en el patio del referido terminal portuario para su posterior embarque¹³.
- 23.- Al respecto, en el numeral 7.1.3.3.1 el Reglamento de Tarifas de APM (versión 1.5) vigente a la fecha de los hechos materia del reclamo, señala lo siguiente:

¹² Contrato de Concesión APM

"8.19 Servicios Estándar

Comprende los servicios de descarga y/o embarque de cualquier tipo de carga

(...)

b) Servicios en Función a la Carga

Comprende los servicios de descarga y/o embarque de cualquier tipo de carga (...).

En caso de carga fraccionada, el Servicio Estándar incluye:

- i) El servicio de descarga/embarque, incluyendo la estiba/desestiba utilizándola infraestructura y Equipamiento necesario.*
- ii) El servicio de tracción entre el costado de la Nave, y el área de almacenaje, o viceversa en el embarque (...).*

¹³ Contrato de Concesión APM

"8.19 Servicios Estándar

(...)

Asimismo, tanto en el caso de embarque como el de descarga, incluye una permanencia de la carga en el almacén del Terminal Norte Multipropósito de acuerdo a los establecido en el literal b) siguiente, libre de pago, así como de cualquier gasto administrativo, operativo u otros que implique la prestación del Servicio Estándar. Dicho plazo se contabilizará desde que la Nave ha terminado la descarga o una vez que la carga ingrese en el patio del Terminal Norte Multipropósito para su posterior embarque.

(...).

La carga podrá permanecer depositada en el Terminal Norte Multipropósito a libre disposición del Usuario, de acuerdo a lo siguiente, según tipo de carga:

- carga contenedorizada, hasta cuarenta y ocho (48) horas*
- carga fraccionada, hasta tres (03) días calendario (...).*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

“7.1.3.3.- Servicios Especiales Carga Fraccionada – En función a la Carga (Sección 3.3 del Tarifario)”

7.1.3.3.1.- Uso de Área Operativa - todos los tráficos (Numeral 3.3.1 del Tarifario)

Este servicio consiste en el uso del área operativa para carga fraccionada de todos los tráficos, el cual, desde el día cero (00) al día tres (03) es libre de ser facturado por encontrarse incluido en el servicio estándar.

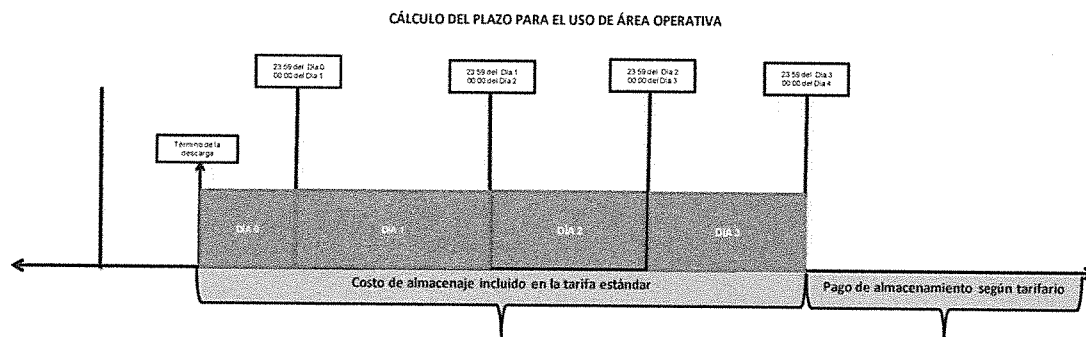
El servicio correspondiente desde el día cuatro (04) al día diez (10) será facturado por todo el periodo o fracción del periodo”.

24.- Por su parte, en el respectivo Tarifario de APM, el monto de la tarifa estaba establecido de la siguiente manera:

Sección 3.3	Servicios Especiales Carga Fraccionada – En función a la Carga	Unidad de cobro	USD (\$)	IGV	Total
3.3.1	Uso de Área Operativa - todos los tráficos				
3.3.1.1	Días: 0 - 3 (Tiempo libre - incluido en el servicio estándar)			Libre	
3.3.1.2	Días: 4 - 10 (Tarifa por todo el periodo o fracción del periodo)	Por Tonelada	6.00	1.08	7.08
3.3.1.3	Días: 11 - 20 (Tarifa por día o fracción de día)	Por tonelada/día	1.00	0.18	1.18
3.3.1.4	Días: 21 hacia adelante (Tarifa por día o fracción de día)	Por tonelada/día	3.00	0.54	3.54

25.- De conformidad con la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, el numeral 7.1.3.3.1 del Reglamento de Tarifas y la sección 3.3 del Tarifario que han sido citados, en el Terminal Norte del Puerto del Callao, APM brinda el servicio estándar que consiste en realizar todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo la desestiba (también el embarque) de la carga fraccionada (además de contenedores, carga a granel, rodante).

26.- Este servicio estándar, por el cual se paga una tarifa¹⁴, incluye 3 días de almacenamiento o estadía en el puerto que, conforme con el Tarifario y el Reglamento de Tarifas, se computan desde el día siguiente de culminada la descarga (día 0), tal como se muestra en el siguiente gráfico:



Fuente: Contrato de Concesión y Tarifario de APM versión 1.5.
Elaboración: Secretaría del Tribunal de Solución de Controversias

¹⁴ De conformidad con el Anexo 5 del Contrato de Concesión el servicio estándar es de US \$ 7,50 sin impuesto.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 27.- Al respecto, APM ha reconocido en el numeral 2.3 de la resolución impugnada que no computó el día 0, tal como estaba previsto en su Tarifario, es decir, realizó su facturación a partir del día 3 y no del día 4, puesto que facturó a partir del 13 de octubre y no del 14 de octubre de 2012, considerando que el término de la descarga, tal como sostienen ambas partes, fue el 10 de octubre de 2012. Por tal razón, la entidad prestadora señaló que reformularía el cómputo del cobro teniendo en cuenta el día 0.
- 28.- Por resultar de aplicación al presente caso, cabe anotar que para la carga fraccionada desde el día 4 hasta el día 10 se paga únicamente US \$ 6,00 por tonelada, es decir, el cobro no es por día.
- 29.- Ahora bien, CEMEX sostiene que al término de la descarga se presentaron inconvenientes para el retiro de su carga que estaba utilizando área operativa (almacenamiento), debido a que APM demoró en brindar los montacargas y equipos necesarios para el retiro de la mercadería, lo cual ocasionó el cobro de días adicionales en dicha zona.
- 30.- Por su parte, la referida entidad prestadora sostiene que la demora se debió a la falta de camiones enviados por CEMEX, lo cual pretende probar con las órdenes de autorización.
- 31.- Sobre el particular, el artículo 1148 del Código Civil establece que el deudor de una obligación de hacer no solo debe ejecutarla, sino también cumplir con el plazo y modo pactados o exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso¹⁵.
- 32.- Con relación al presente caso, APM es deudora de la obligación denominada "servicio estándar", el cual incluye despachar la carga y ponerla a disposición en los vehículos para su retiro del terminal portuario. Por su parte, la obligación del usuario, además de pagar por el referido servicio, es retirar dicha carga debiendo enviar el transporte necesario.
- 33.- Con relación a lo indicado, en las impresiones de los correos electrónicos adjuntados por CEMEX en su recurso de apelación se aprecia que con fechas 12 y 13 de octubre de 2012 le comunicó a APM que en dichas fechas sus camiones se encontraban en la zonas 6 y 9 para el retiro de su carga (folios 145 al 157) pero que no eran atendidos por falta de montacargas.
- 34.- Al respecto, si bien el usuario no ha probado efectivamente que el 12 y 13 de octubre de 2012 sus unidades se encontraban efectivamente en el Terminal Portuario para el retiro de la carga, en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba¹⁶, lo

¹⁵ Código Civil

"Artículo 1148.- El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso".

¹⁶ "(...) a diferencia de los [principios] descritos en el Título Preliminar, éstos tienen una presencia implícita en el ordenamiento dado que son consustanciales al proceso, al extremo que no es posible concebir éste sin los principios que a continuación se detallan:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

dicho queda corroborado con la liquidación de autorización N° 2030176 remitida por el propio APM (de folio 184 al 187), a través de la cual se verifica que entre la entrada y salida de los camiones de CEMEX existió hasta ocho horas de diferencia durante el periodo de almacenamiento correspondiente al servicio estándar (11, 12 y 13 de octubre de 2012).

- 35.- Siendo esto así, las demoras de APM en las operaciones de retiro de la carga fraccionada del puerto no pueden perjudicar al usuario. Entender y aplicar lo contrario, tal como señala CEMEX en sus escritos, va contra el principio de los actos propios que se fundamenta en la buena fe, según el cual, si alguien ha creado una situación de confianza, tendrá que responder si defrauda a la contraparte con un comportamiento contradictorio; por ello el fundamento de dicho principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia¹⁷.
- 36.- Este principio apunta a un tipo de situaciones en las que siendo legal, o ajustada a derecho, la común interpretación o aplicación de una declaración de voluntad negocial, ésta provee una acción u omisión injusta, en tanto esa acción u omisión contradice la conducta previamente observada y las expectativas que, de buena fe, se habían generado a partir de ella¹⁸. En nuestro ordenamiento jurídico, este último principio está recogido en el artículo 1362 del Código Civil que prescribe que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

(...)

Principio de Adquisición

(...)

El Principio de Adquisición consiste en que una vez incorporados al proceso – nos referimos los actos, documentos o informaciones que hubieran sido admitidos- dejan de pertenecer a quien lo realizó y pasan a formar parte del proceso, pudiendo incluso la parte que no participó en su incorporación obtener conclusiones respecto de él.

Como se advierte, el sustento del Principio es que los actos procesales tienen una naturaleza común en tanto son incorporados a esta unidad llamada proceso. Esta identidad no desconoce el hecho que un acto puede tener efectos distintos para cada parte, sin embargo este detalle es secundario, lo trascendente es que desaparece el concepto de pertenencia individual una vez que se incorpora el acto al proceso.

Así, una prueba de peritos o una declaración testimonial produce conclusiones para ambas partes, sea a favor o en contra, con absoluta prescindencia de la parte que la ofreció. Chiovenda lo expresa así: 'Es en realidad un juego de reciprocidad procesal; todo cuanto una parte realiza, se concreta en una actividad procesal que puede ser perjudicial o beneficiosa para la parte contraria, reflejándose reciprocamente en el desarrollo del proceso'. MONROY GÁLVEZ, Juan F., Los Principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992. En: La formación del Proceso Civil Peruano (Escritos Reunidos), 2ª ed. aumentada, Palestra Editores, Lima, 2004, pp. 311-312.

Al respecto también ver SENTÍS MELENDO, Santiago, *La Prueba en el Proceso, para quién se prueba, principio de adquisición*. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto (coordinador) *Estudios en honor del Doctor Luis Recaséns Siches*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1980, pp. 837 y ss.

¹⁷ "(...) quien ha dado lugar a la situación engañosa, aunque haya sido sin el deliberado propósito de inducir a error, no puede hacer que su derecho prevalezca por encima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia. El primer titular ha de tropezar con un obstáculo si lo pretende. Por ello, muy gráficamente, los juristas anglosajones afirman que alguien está estopped o barred, es decir impedido de hacer valer el derecho que en otro caso podría ejecutar". PUIG BRUTAU, José, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951, 102.

¹⁸ René ORTIZ CABALLERO, *La doctrina de los actos propios en el Derecho Civil Peruano*, en *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, Lima, No. 45, 1991, 266. El autor entiende al "venire contra factum proprium" como un aforismo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 37.- Además, de lo dicho, no considerar la demora de APM en el presente caso, generaría incentivos perversos a esta entidad prestadora para demorarse en la entrega de la carga y generar con ello beneficios a su favor, como es el cobro de uso de área operativa después del tiempo comprendido en el servicio estándar.
- 38.- Entonces, de conformidad con lo indicado, la demora generada por APM en cumplir con su obligación de colocar la mercadería en el camión no puede afectar el tiempo de CEMEX para el retiro de su carga del puerto.
- 39.- En este caso, una vez ingresado el camión al puerto, APM es la responsable de atenderlo para su pronto retiro, por lo tanto, toda la carga retirada en camiones que ingresaron hasta el 13 de octubre de 2013 no debe ser objeto de facturación por concepto de uso de área operativa y debiendo considerarse que salió dentro del tiempo de libre almacenamiento, a pesar que la salida haya sido con posterioridad a dicha fecha.
- 40.- Siendo esto así, de las autorizaciones N° 2030176 y 2030171 se aprecia que CEMEX retiró 1631,10 toneladas con camiones ingresados hasta 11 de octubre de 2012 hasta el 13 de octubre de 2012, y con posterioridad a dicha fecha, es decir, durante el periodo sujeto a facturación el retiro se realizó de acuerdo con el siguiente detalle:
- i.- Entre el 14 y 15 de octubre de 2012 se retiró 1399,23 toneladas de cemento (autorización N° 2030176).
 - ii.- Entre el 16 y 17 de octubre de 2012 se retiró 221,87 toneladas de cemento (autorización N° 2030171).
- 41.- De lo señalado, se puede concluir que CEMEX culminó de retirar su carga el 17 de octubre de 2012 (Día 7). En tal sentido, corresponde que pague el monto de US \$ 6,00 por tonelada por el servicio de uso de área operativa, considerando que con posterioridad al periodo comprendido en el servicio estándar corresponde facturar por 1399,23 y 221,87 toneladas.
- 42.- Lo indicado ha sido expresamente reconocido por APM en su escrito de absolución. En tal sentido, si bien en las facturas N° 001-0073622 y 001-0073621 se ha aplicado el monto por el servicio de manera correcta (US \$ 6,00 por tonelada), estas deben reformularse de acuerdo con las toneladas indicadas en el considerando anterior.

Con relación a los daños a la mercancía

- 43.- CEMEX sostiene que durante la operación de descarga y entrega de los bolsones de cemento, APM le ocasionó daños a la carga, por lo cual solicita que dicha entidad prestadora responda por ello hasta por un monto de US \$ 42469,57 (cuarenta y dos mil cuatrocientos sesenta y nueve y 57/100 dólares de los Estados Unidos de America).
- 44.- De acuerdo con el artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, los usuarios de los servicios derivados de la explotación de infraestructura de uso público pueden presentar reclamos que versen sobre daños o pérdidas en perjuicio

Página 15 de 18

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

de los usuarios, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes¹⁹.

- 45.- En el mismo sentido, en el numeral 1.5.3 del Reglamento de Reclamos de APM se señala que los reclamos de los usuarios de los servicios portuarios brindados en el Terminal Norte del Puerto del Callao pueden versar sobre daños o pérdidas que se les haya provocado por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios o dependientes de APM.
- 46.- Sobre el particular, en el literal j del artículo 7 y en el artículo 12 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios se señala expresamente lo siguiente:

"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:

(...)

j) Al derecho a la reparación de daños.

Los Usuarios tienen derecho a la reparación de daños o pérdidas que sean provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de las Entidades Prestadoras.

En los procedimientos de reclamos se determina la responsabilidad respecto de los daños, a efectos que el usuario pueda solicitar la reparación correspondiente, ya sea en sede judicial, arbitral o por mutuo acuerdo.

Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

- b) En caso de que por culpa o dolo de los trabajadores o dependientes de las Entidades Prestadoras se ocasione daño a los usuarios y en el procedimiento de reclamo correspondiente se haya determinado la responsabilidad y vía proceso judicial, acuerdo entre partes o proceso arbitral se haya establecido el monto de la reparación, éstas deberán reparar los daños y perjuicios que ocasionen.**

¹⁹ Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 33.- Objeto del Procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene como objeto la solución de los reclamos que presenten los usuarios intermedios o finales ante las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios, referidos en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 de este reglamento.

El reclamo podrá recaer respecto de servicios regulados o, servicios derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, que son responsabilidad de la Entidad Prestadora siempre que se encuentren bajo la supervisión de OSITRAN.

En el marco de lo previsto en los párrafos precedentes de este artículo, están comprendidos, entre otros, los reclamos que versen sobre:

(...)

- d) Daños o pérdidas en perjuicio de los usuarios, de acuerdo con los montos mínimos que establezca el Consejo Directivo, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes".**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

[Subrayado y resaltado agregado]

- 47.- Al respecto, el artículo 1331 del Código Civil prescribe que la prueba de los daños y perjuicios, y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inexecución de una obligación, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
- 48.- De las normas reseñadas y citadas, queda claro que:
- i.- En el procedimiento de reclamos establecido por el OSITRAN los usuarios pueden reclamar por daños pero con el objeto que determine si existió o no responsabilidad de la entidad prestadora, no pudiendo el TSC emitir pronunciamiento respecto de los montos por reparación o indemnizatorios, los cuales deberán ser determinados por acuerdo entre las partes, o a través de las vías jurisdiccionales (judicial o arbitral).
 - ii.- La reparación de los daños provocados a los usuarios con ocasión de los servicios brindados, es un derecho reconocido de estos y una obligación de la Entidad Prestadora.
 - iii.- A fin de definir y establecer la responsabilidad por daños, la propia norma sectorial nos remite a las reglas establecidas en el Código Civil, según la cual quien alega el daño debe probar que se produjo.
- 49.- En tal sentido, en el presente caso se debe analizar si CEMEX ha probado la existencia de los daños y que son responsabilidad de APM, no correspondiendo valorar ni emitir pronunciamiento sobre el monto de reparación.
- 50.- Como prueba de los daños alegados, la apelante adjunta la impresión de seis fotografías (folios 161 y 162) y un informe elaborado por Baltic Control (folios 368-375) en el cual también se aprecian fotografías.
- 51.- Con relación a las fotografías, en esta se aprecian bolsones conteniendo cemento que están rotos y están siendo manipulados en el puerto y que incluso parte de la mercadería está regada en el suelo, no obstante, estos documentos no acreditan de manera cierta y fehaciente que dichos daños se produjeron efectivamente durante la descarga.
- 52.- En el mismo sentido, el informe de Baltic Control, puede ser considerado como un documento de parte que acredita la existencia de daños, pero tampoco demuestra que los daños que allí se detallan efectivamente hayan sido producidos por la manipulación de APM.
- 53.- En atención a lo indicado, al no haberse acreditado que los daños se produjeron durante las operaciones de descarga, no se puede declarar la responsabilidad de APM por los daños alegados por CEMEX;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 036-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR EN PARTE la Resolución N° 1 del Expediente N° EXPEDIENTE N° APMTC/CS/009-2013 del 16 de febrero de 20112, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** en parte el reclamo presentado por CEMEX PERÚ S.A., en consecuencia, APM TERMINALS CALLAO S.A. deberá dejar sin efecto las facturas N° 001-0073621 y 001-0073522, debiendo reformular el cobro a CEMEX por el servicio de área operativa de carga fraccionada de acuerdo con lo establecido en los considerando 41 de la presente resolución; y, **CONFIRMAR** la mencionada resolución en los demás extremos; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a la empresa CEMEX PERÚ 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 Héctor Ferrer Tafur, Ana María Granda Becerra y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.

JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN