



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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

EXPEDIENTE N° : 52-2013-TSC-OSITRAN

APELANTE : CEMEX PERU S.A.

EMPRESA PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : RESOLUCIÓN N° 1 DEL EXPEDIENTE N°
APMTC/CS/088-2013

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 08 de noviembre de 2013

SUMILLA: *La huelga es un riesgo de la operación portuaria que debe ser asumido por la entidad prestadora que tiene a su cargo la prestación de los servicios en el Terminal Norte del Puerto del Callao, por lo que los sobrecostos que se generen producto de dicha medida de fuerza son responsabilidad de dicho operador.*

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/088-2013 (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 01 de febrero de 2013, CEMEX interpuso reclamo señalando que la deficiente calidad e inoportuna prestación del servicio de desembarque que le brindó APM le generó sobrecostos ascendientes a S/ 286 511, 24 (doscientos ochenta y seis mil quinientos once y 24/100 nuevos soles) y son los siguientes:
 - i.- Los gastos incurridos por el pago de penalidades a favor del dueño de la Nave Saga Jandia del armador Western Bulk.
 - ii.- Los sobrecostos que se generaron producto de la relación contractual con terceros, con quienes se debió contratar servicios adicionales a fin de garantizar la operación integral de importación hasta la llegada al almacén de CEMEX.

Los argumentos en los que CEMEX sustenta su reclamo son los siguientes:



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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- i.- La nave Saga Jandia arribó al Terminal Norte del Puerto del Callao el 6 de noviembre de 2012 con carga del apelante.
- ii.- En la reunión preoperativa llevada a cabo el 6 de noviembre de 2012, APM se comprometió a mantener dos montacargas durante toda la operación, lo cual incumplió. Además de ello, no acomodó la mercadería en todos los turnos con apoyo de los montacargas a fin de evitar la caída de los bultos en el tránsito del almacén de CEMEX.
- iii.- El tiempo de descarga comprometido fue de 5 días con 41 minutos, pero esta finalmente se realizó en 11 días.
- iv.- Conforme de su Contrato de Concesión, APM se encuentra en obligación de ofrecer idóneamente el servicio de descarga; sin embargo, este se brindó de manera defectuosa en la medida que se ha incurrido en continuas demoras por la falta de montacargas, deficiencia en la ejecución del servicio y a la huelga blanca¹.
- v.- Los incumplimientos y demoras quedaron plasmados en las Actas Notariales de constatación de fechas 7 y 13 de noviembre de 2012.
- vi.- Si bien el Contrato de Concesión no establece un plazo específico de descarga, este debe adecuarse a lo razonable en el mercado.
- 2.- A través de la Carta N° 089-2013-APMTC/CS, APM comunicó la ampliación del plazo para resolver el reclamo por 15 días adicionales, debido a su alta complejidad.
- 3.- Mediante resolución N° 1, notificada el 19 de marzo de 2013, APM resolvió el reclamo presentado por CEMEX, declarándolo infundado en el extremo referido a los gastos que debe asumir APM con motivo de las demoras en las operaciones de descarga de la nave Saga Jandai; e improcedente, en el extremo referido al pago del S/. 286 511,24 (doscientos ochenta y seis mil quinientos once y 24/100 nuevos soles). Como sustento de su decisión APM señaló lo siguiente:
- i.- Las grúas acordadas en la reunión preoperativa fueron efectivamente proporcionadas por APMTTC, conforme se evidencia en el número de montacargas dispuesto para las operaciones llevadas a cabo entre el 7 y 16 de noviembre de 2012.
- ii.- En tal razón, el reclamante no puede alegar que APM no contó con la maquinaria para el desarrollo de las operaciones de descarga. Afirma que dicho equipo fue incluso alquilado a terceros y dispuesto para el servicio del usuario durante el periodo objeto de cuestionamiento.
- iii.- La persistencia de la huelga blanca durante el desarrollo de las operaciones de descarga de la mercadería de CEMEX consta en las referidas actas notariales.

¹ En el mes de noviembre los estibadores se encontraron en huelga blanca, la cual consiste en el trabajo lento en las operaciones a su cargo.



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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- iv.- Toda vez que las constataciones realizadas por el Notario Gálvez Succar se realizaron contraviniendo las normas sectoriales vigentes y el Principio de Buena Fe que rige en los procedimientos administrativos iniciados por los usuarios al haber ingresado al puerto con "*personalidad encubierta*" (sic); por lo que las actas que levantó y presentadas por CEMEX carecen de fuerza probatoria.
- v.- Con relación a la huelga blanca el artículo 16 del TUO de la Ley del Trabajo Portuario establece la posibilidad de contratar trabajadores para el desarrollo de faenas portuarias, cuando el número de trabajadores del registro sea insuficiente.
- vi.- En tal sentido, APM se encontraba imposibilitada de tomar acciones directas que le permitieran superar el problema, no siendo posible la contratación de nuevos trabajadores ajenos al registro.
- vii.- APM sostiene que no es cierto que las 35 317,211 toneladas de cemento que transportaba la nave Saga Jandia pudieran descargarse en 5 días y 41 minutos, ya que para ello se requería 22 turnos, es decir, 7 días y 1 turno.
- viii.- La operación tomó en la práctica 29 turnos, de los cuales durante los dos últimos solo se podía descargar mercancía de una bodega, lo que resto productividad a la operación. En efecto, la presencia de dos grúas pórtico en la Nave constituyeron una limitación técnica que impidió descargar dos bodegas contiguas al mismo tiempo.
- ix.- Los gastos adicionales en lo que incurrió CEMEX, como son el pago de penalidades y sobrecostos derivados de las relaciones contractuales con terceros (ajenos a la relación contractual entre APM y la reclamante) no deben ser asumidos por APM, puesto que los pagos realizados por CEMEX no fueron efectuados con ocasión de los servicios portuarios brindados en el Terminal Norte por el administrador portuario, directamente o a través de terceros.
- x.- Es improcedente el reclamo respecto del extremo del monto solicitado por CEMEX debido a que el presente procedimiento no es la vía idónea para determinar la valorización o cuantificación de los daños.
- 4.- Con fecha 11 de abril de 2013, CEMEX interpuso recurso de apelación contra la resolución de APM, reiterando los argumentos de su reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- La responsabilidad de APM sobre las consecuencias de la huelga blanca es ineludible, puesto que contaba con las vías procedimentales pertinentes y céleres para resolver el término de la mencionada medida de fuerza ejercida por los trabajadores portuarios, tales como la solicitud para la declaratoria de ilegalidad.
- ii.- APM afirma que la huelga llegó a su fin el 12 de noviembre de 2012, pero el Notario Manuel Chávez Succar certificó que al día siguiente, es decir, el 13 de Noviembre de 2012, esta continuaba.



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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- iii.- De conformidad con la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, APM responde por los servicios que ofrece directamente, así como también por cualquier incumplimiento o prestación del servicio defectuoso que pudieran prestar los terceros a los que contrate o encargue responsabilidades.
- iv.- APM es el único responsable por los sobrecostos generados y las penalidades que se le imputó a CEMEX, los cuales ascienden a S/. 140 040, 36 (ciento cuarenta mil cuarenta y 36/100 nuevos soles).
- 5.- El 3 de mayo de 2013, 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, y agregando lo siguiente:
- i.- Los pagos realizados por CEMEX no fueron efectuados con ocasión de los servicios portuarios brindados en el Terminal Norte por APM, directamente o a través de terceros.
- ii.- Se debe considerar que los sobrecostos alegados por CEMEX, corresponden a servicios que no son prestados por personal propio o subcontratado por APM (por ej. Servicio terrestre). Por ello no corresponde que el administrador portuario asuma responsabilidad respecto de hechos u obligaciones ajenos a la esfera de su competencia.
- iii.- APM solo debería asumir responsabilidad respecto de aquellos perjuicios que se deriven de causas imputables a su personal, ligado a la prestación de los servicios portuarios a su cargo.
- 6.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 8 de julio de 2013, no pudiéndose arribar a un acuerdo por la inasistencia de la Entidad Prestadora. El 9 de julio 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.
- 7.- Con fecha 12 de julio de 2013 APM presentó sus alegatos en los que reitera lo expresado en la resolución apelada y en su escrito de absolución.
- 8.- Con fecha 21 de octubre de 2013, mediante el Oficio N° 476-13-STSC-OSITRAN se solicitó a APM que remita el Plan de Operaciones donde se detalle las labores destinadas a la descarga de la mercadería de propiedad de CEMEX desde la nave Sada Jandai.
- 9.- Con fecha 30 de octubre de 2013, APM mediante la Carta N° 1436-2013-APMTC/CS remitió la siguiente documentación:
- ✓ Reporte final de las naves, en el cual se puede verificar la forma como se realizó la descarga por bodega, por turno y las toneladas descargadas.
 - ✓ Stowage Plan (plano de estiba de la nave)
 - ✓ Manifiesto de Carga

Página 4 de 15



PERU

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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

✓ Ship Particulars, Hoja Técnica Información de la nave.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

10.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Establecer si el recurso de apelación interpuesto contra la resolución N° 1 emitida por APM es procedente.
- ii.- Determinar si APM es responsable por los sobrecostos y penalidad alegados por CEMEX.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

11.- Del análisis del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento por parte de CEMEX de la calidad servicio de descarga, que le generó sobrecostos y penalidades, por lo que solicita que APM asuma la responsabilidad por dichos daños; situaciones que están previstas como supuestos de reclamo en los numerales 1.5.3.2 y 1.5.3.3 del Reglamento de Reclamos de APM² y en los literales a) y d) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN³ (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

² Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN

"1.5.3 Materia de Reclamos

(...)

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

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".

³ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN, respectivamente

"Artículo 33.-

(...)

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

d) Daños o pérdidas en perjuicio de los usuarios (...) provocados por negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes".

⁴ 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.



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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 12.- 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.
- 13.- 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 19 de marzo de 2013.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que CEMEX interponga su recurso de apelación fue el 11 de abril de 2013.
 - iii.- CEMEX presentó su recurso administrativo el 11 de abril 2013, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.
- 14.- 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 un servicio prestado por APM.

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

⁵ **Reglamento Reclamos de APM,**

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁶ **Reglamento de 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".

⁷ **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".



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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

15.- 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

16.- Actualmente el Terminal Norte del Puerto del Callao es administrado y explotado por APM en virtud de un Contrato de Concesión⁸ suscrito con el Estado Peruano, a través del cual este último le otorgó a aquel el derecho a 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)⁹.

17.- De conformidad con lo manifestado por las partes a lo largo del presente procedimiento de reclamo, la nave *Saga Jandia* llegó el 6 de noviembre de 2012 al terminal portuario del Callao administrado por APM para descargar cemento de titularidad de CEMEX.

18.- CEMEX señala que APM demoró en culminar con la operación de descarga hasta por 11 días, cuando debió hacerlo en poco más de 5 días, debido a la huelga blanca de los trabajadores del Terminal Norte y por su propia ineficiencia. Estas demoras le generaron sobrecostos y el pago de penalidades a favor del armador de la nave. Por su parte, APM acepta que hubieron demoras debido a la huelga blanca, pero señala que no es su responsabilidad, por lo que no le corresponde asumir los costos alegados por el usuario.

19.- Al respecto, con la finalidad de determinar si APM brindó un mal servicio de descarga, corresponde analizar en qué consiste este y si dicha prestación provocó daños a CEMEX, tal como lo alega, y cuya responsabilidad deba atribuirse a la mencionada entidad prestadora.

Sobre el servicio de descarga y la responsabilidad de APM

20.- El referido Contrato de Concesión en la cláusula 8.1 y 8.2 establecen lo siguiente:

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

⁸ 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.

⁹ 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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

8.1.- La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho (...) así como un deber, en la medida en que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a mantener la operatividad de dicho Terminal Portuario así como a prestar los Servicios a los Usuarios. Para el cumplimiento de tal obligación, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá observar, como mínimo, los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos.

(...)

En tal sentido, es deber de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, dentro de los límites del Contrato de Concesión, responder por los actos u omisiones del personal a cargo de la operación del Terminal Norte Multipropósito y de los contratistas que la SOCIEDAD CONCESIONARIA decida contratar".

"ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO

8.2.- 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".

[Subrayado y resaltado agregado]

- 21.- Según lo citado, en virtud del derecho de concesión que le asiste, APM tiene la facultad de explotar el terminal norte del puerto del Callao con la finalidad de brindarle servicios a los usuarios de acuerdo con lo que planifique, observando los estándares especificados en el Expediente Técnico, en el Contrato de Concesión y sus Anexos, asumiendo la responsabilidad por ello.
- 22.- El literal b) de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión establece que el servicio estándar a la carga fraccionada comprende los servicios de descarga o embarque de cualquier tipo de mercadería¹⁰.
- 23.- Ahora bien, resulta cierto lo que señala CEMEX, en el sentido que el Contrato de Concesión no ha establecido un estándar mínimo para la desestiba de carga fraccionada por operación. En efecto, de conformidad con el Anexo 3 de dicho contrato el nivel de Servicio y productividad para la desestiba de carga fraccionada de 100

¹⁰ 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 (...).



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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

toneladas/hora en promedio trimestral¹¹. Cabe precisar que en el Contrato de Concesión no se fijó un nivel de servicio por operación, como si sucede en otros servicios¹².

24.- En tal razón, APM se encuentra facultada para organizar cada operación de descarga fraccionada, según como lo considere pertinente considerando los recursos con los que cuenta. No obstante, este derecho no es absoluto, sino que está limitado por el deber de información que tiene hacia los usuarios.

25.- En efecto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurridos los hechos¹³ señala en su artículo 6 que "es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, **comunicar** y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".

26.- En el mismo sentido, los artículos 49 y 51 del mencionado Reglamento de Operaciones establecen lo siguiente:

"Artículo 49.- 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"

Artículo 51.- 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.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento".*

27.- Lo señalado es concordante con el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁴ que con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar la información establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

¹¹ Este nivel se incrementará en función a la Ejecución de la Etapa correspondiente, conforme al siguiente detalle establecido en el Numeral II del mencionado Anexo 3:

"i. Niveles de Servicio y Productividad de la Infraestructura Portuaria existente a partir de la fecha de Toma de Posesión.

(...)

f) Nivel de Servicio y Productividad para carga fraccionada: 100 toneladas/hora en promedio trimestral".

¹² Como ejemplo de lo dicho, en el mencionado Anexo 3 del Contrato de Concesión se establece que el tiempo de inicio de descarga y de zarpe de la nave por operación individual no podrá ser mayor a treinta minutos.

¹³ Aprobado por la APN el 11 de octubre de 2011. En: http://www.apmterminals.com/uploadedFiles/americas/callao_es-PE/terminalinfo/RO%20APMT.pdf (página visitada el 05 de septiembre de 2013).

¹⁴ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

"Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de la 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".

[Subrayado agregado]

- 28.- El artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN prescribe que en los reclamos relacionados con la calidad del servicio, como en el presente caso, corresponde a la Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron conforme con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.
- 29.- Como se aprecia de lo citado, en el Contrato de Concesión se reconoce que es facultad de APM organizarse, gestionar y programar 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 propio Contrato y en el Expediente Técnico.
- 30.- Esta facultad, desarrollada en el Reglamento de Operaciones, incluye el planeamiento de la operación impartiendo las disposiciones necesarias para ello, comunicándoles a los usuarios lo dispuesto. Este planeamiento, necesariamente implica analizar cuál sería la magnitud de la operación y determinar qué recursos son necesarios para ello.
- 31.- En este orden de ideas, APM coordina con los usuarios los pormenores de las operaciones, y es quien determina y define el Plan de Operaciones, que es un documento que vincula tanto al usuario como a la entidad prestadora después de su comunicación.
- 32.- En el presente caso, pese a que le correspondía probar por ser parte de las condiciones del servicio de descarga, la Entidad Prestadora no cumplió con presentar el Plan de Operaciones donde se detalle la programación de las labores destinadas a la desestiba de la mercadería de propiedad de CEMEX, y los documentos que acrediten que dicho plan fue puesto en conocimiento del usuario.



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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 33.- En su carta de respuesta al requerimiento (Carta N° 1436-2013-APMTC/CS) remitió documentos en los que se aprecia cómo se desarrolló la operación (tales como el reporte final de la nave, que detalla cómo se realizó la descarga, el plano de estiba de la nave, el manifiesto de carga, información sobre la nave), no obstante, no detallan cómo fue programada y menos que se haya comunicado al usuario al respecto.
- 34.- Por lo tanto, como APM no demostró cuál fue el tiempo programado para la descarga de la nave, debe presumirse por cierto lo señalado por CEMEX en cuanto a que la descarga estaba programada para 5 días y 41 minutos.
- 35.- Ahora bien, el inicio de la descarga, conforme se aprecia del reporte final remitido por APM (folio 437), se dio el 7 de noviembre a las 00:30 horas. En tal sentido, la operación debió culminar el 12 de noviembre de 2012 a las 1:11 horas. Sin embargo, la descarga culminó el 16 de noviembre de 2012 a las 10:15 horas, es decir, existieron 4 días con 9 horas de retraso.
- 36.- Ambas partes aceptan que la demora se debió principalmente a la huelga blanca de los trabajadores del Terminal Norte del puerto del Callao. Sobre el particular, como ya se había mencionado, de acuerdo con la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión la prestación del servicio de descarga es de responsabilidad exclusiva de APM, por lo que debe responder por las demoras que se susciten y que no sean atribuibles directa o indirectamente al usuario que recibe el servicio.
- 37.- Al respecto, es evidente que la huelga de los trabajadores que operan en el puerto es una contingencia natural del negocio de operar la infraestructura portuaria, por lo que debe ser asumido por la mencionada Entidad Prestadora que la administra.
- 38.- Esta situación es lógica, puesto que en una relación contractual debe procurarse que los riesgos sean asignados de manera eficiente, teniendo como regla general que deben ser asumidos por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumir o minimizar su ocurrencia¹⁵, lo cual implica reducir los efectos o consecuencias negativas en caso se presenten.
- 39.- En consecuencia, resulta razonable considerar que APM está en mejor condición de poder prever las posibles contingencias que se puedan presentar en el Terminal Portuario y a un menor costo, ya que se entiende que cuenta con la experiencia y conocimiento necesario en lo que respecta a la administración de puertos, puesto que dicha actividad pertenece al giro del negocio que este ejerce.
- 40.- Dicho esto, queda claro que en el presente caso la demora en la descarga es responsabilidad exclusiva de APM, en tal sentido, contrariamente a lo afirmado por la entidad prestadora, no sólo debe asumir los pagos efectuados con ocasión de los servicios portuarios brindados en el Terminal Norte, sino que también le corresponde asumir cualquier sobrecosto generado por el mal servicio prestado.

¹⁵ Sobre el particular se pueden tomar como referencia los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de Contrato de Concesión. http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN/ANEXO_LINEAMIENTOS_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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

41.- Estando acreditado que existió la demora en la descarga por responsabilidad de APM, no corresponde emitir pronunciamiento respecto del valor probatorio de las actas notariales adjuntadas por CEMEX y cuestionadas por APM.

Sobre los sobrecostos producto de la demora en la descarga

42.- CEMEX sostiene que la demora en la operación de descarga de su mercadería le ocasionó sobrecostos y el pago de penalidad a favor del armador de la nave por un monto total de S/. 140 040, 36 (ciento cuarenta mil cuarenta y 36/100 nuevos soles).

43.- 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 de los usuarios, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes¹⁶.

44.- 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.

45.- 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.

¹⁶ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias 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".



PERU

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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

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”.

[Subrayado y resaltado agregado]

- 46.- 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 inejecución de una obligación, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
- 47.- 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 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.
- 48.- 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.
- 49.- Como se señaló anteriormente, APM deberá asumir los costos y sobrecostos por 4 días con 9 horas de retraso computados desde el 12 de noviembre de 2012 a las 1:11 horas, fecha esta última en la que debió culminar la descarga.
- 50.- Sobre el particular, es evidente que la demora en la descarga genera directamente la sobreestadía de la nave o *demurrage*. En el presente caso, CEMEX ha adjuntado un



PERU

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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

documento denominado "Laytime Statment" o Declaración de tiempo de estadía¹⁷ (folios 251-252) en el que se detalla y hace liquidación del tiempo que la nave SAGA JANDIA estuvo en el puerto del Callao, que coincide con el reporte final de operaciones enviado por APM (folio 437) al que se hizo referencia en el numeral 35.

- 51.- En tal sentido, siendo APM el responsable de la demora en el desembarque de la mercancía que se encontraba en la Nave SAGA JANDIA, lo cual generó su sobreestadía, entonces, de conformidad con el considerando 35, deberá asumir la responsabilidad por este sobrecosto desde el 12 de noviembre de 2012 a las 1:11 horas hasta el 16 de noviembre de 2012 a las 10:15 horas.
- 52.- De la misma forma, CEMEX también adjunta una serie de facturas por servicios que, según alega, estarían relacionados con la descarga de la mercancía de la nave Saga Jandia, como son:
- i.- La supervisión de desembarque, factura N° 001-002307 emitida con fecha 19 de noviembre de 2012 por la empresa CMA (folio 253).
 - ii.- Alquiler de montacargas, facturas N° 001-001292, 001-001293 y 001-001294 (folios 254, 255 y 256) emitidas el 19 y 20 de noviembre de 2012 por la empresa Montacargas Cóndor S.A.C.
 - iii.- Servicio de montacargas de 10 toneladas, factura N° 001-019089 (folio 257) emitida el 19 de noviembre de 2012 por la empresa Peruvian Cargo S.A.C.
 - iv.- Servicio de montacargas de 3 toneladas, factura N° 001-01153 (folio 258) emitida el 19 de noviembre de 2012 por la empresa Vio Cargo.
 - v.- Alquiler de montacargas, factura N° 001-007496 (folio 259) emitida el 16 de noviembre de 2013 por la empresa LGS Montacargas Perú S.A.C.
 - vi.- Custodia de cemento, factura N° 001-0005244 (folio 260) emitida el 19 de noviembre de 2012 por la empresa National Enterprise of Security S.A.
 - vii.- Servicio de *outsourcing*, factura N° 009-0027027 (folio 261) emitida el 8 de diciembre de 2012 por la empresa ECCO CONSULTING S.A.
- 53.- Sobre el particular, con relación al servicio de desembarque (numeral i del considerando anterior), del detalle del servicio no es posible determinar si está relacionado con la carga de cemento desembarcada en el Terminal Norte del Puerto del Callao entre el 7 y 16 de noviembre de 2012. En esta factura no se precisan las fechas del servicio ni que se trate del desembarque de la nave Saga Jandia. No siendo posible vincular el retraso provocado por APM con el costo de este servicio.
- 54.- Del mismo modo, en las facturas sobre el alquiler (y servicio) de montacargas y del servicio de custodia de cemento referidos en referidas en los numerales ii, iii, iv y v del considerando 52, se aprecia en la descripción que las fechas en las que fueron prestados estos servicios coinciden con las fechas de descarga; sin embargo, no es posible conocer si efectivamente los montacargas sirvieron para el manipuleo o transferencia de la mercancía que provenía de la nave Saga Jandia. En consecuencia, en este caso tampoco es posible establecer el nexo causal entre la demora en el servicio de desembarque brindado por APM con el alquiler de montacargas.

¹⁷ Traducción Libre.



PERU

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° 052-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

55.- Por otro lado, en el mismo sentido, de la factura sobre el servicio de *outsourcing* (numeral vii del considerando 52) se expresa que está relacionada con el desembarque en el mes de noviembre de la nave Saga Jandia. Por lo tanto, al igual que en el caso de la sobreestadía referido en el considerando 51 de la presente resolución, es evidente que la demora de APM afectó este servicio que se brindó en el desembarque de la mercancía de la mencionada nave, por lo que corresponde que dicha entidad prestadora asuma la responsabilidad por desde el 12 de noviembre de 2012 a las 1:11 horas hasta el 16 de noviembre de 2012 a las 10:15 horas.

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° APMTC/CS/088-2013 del 15 de febrero de 2012, **DECLARAR FUNDADO** en parte el reclamo presentado por CEMEX PERÚ S.A., determinando responsabilidad en APM TERMINALS CALLAO S.A. respecto de los costos de sobreestadía de la nave Saga Jandia así como por el servicio de *outsourcing* en los que tuvo que incurrir el apelante desde el 12 de noviembre de 2012 a las 1:11 horas hasta el 16 de noviembre de 2012 a las 10:15 horas; debiendo las partes determinar la valorización de los daños derivados de esta responsabilidad mediante común acuerdo o recurriendo a la jurisdicción correspondiente; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la empresa CEMEX PERÚ S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

Con la intervención de los señores vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur, Ana María Granda Becerra y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.


JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN