



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

EXPEDIENTE : 100-2013-TSC-OSITRAN
APELANTE : TECNOLÓGICA DE ALIMENTOS S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/392-2013.

Lima, 30 de septiembre de 2014

SUMILLA: *El operador portuario debe responder por los daños que genere la prestación deficiente de sus servicios.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por TECNOLÓGICA DE ALIMENTOS S.A (en adelante, TASA o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CS/392-2013 (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 24 de mayo de 2013, TASA interpuso reclamo ante APM solicitando se haga responsable por los daños generados durante la prestación de servicios de embarque de 2250 toneladas de pescado congelado (en adelante, la carga o mercadería); cuyo valor asciende a un monto de US \$ 102 781.25 (ciento dos mil setecientos ochenta y uno con 25/100 dólares de Estados Unidos de América), argumentando lo siguiente:
 - i.- El 26 de marzo de 2013, arribó a puerto la nave *Kapitan Lazarev*, siendo que las labores de carga iniciaron el 28 de marzo, en el muelle 3A.
 - ii.- Para realizar las labores de carga se contaba con 4 bodegas disponibles, las que estaban aptas para ser cargadas de manera simultánea. Pese a ello, APM sólo designó una cuadrilla durante todo el proceso de carga de la mercadería (excepto en el turno del 28 de marzo desde las 15:00 a las 23:00 horas).
 - iii.- Toda la operación de embarque se realizó de forma ineficiente. A manera de ejemplo indica que el personal de estiba iniciaba operaciones pasada la hora de inicio del turno y terminaba antes del tiempo establecido.
 - iv.- Asimismo, a través de correos electrónicos cursados con el personal de APM, se le informó reiteradamente dicha situación solicitándole que incrementa el número de cuadrillas de estibadores. La respuesta a tales requerimientos fue que no era posible aumentar el número de cuadrillas, debido a que de hacerlo, se quedarían sin trabajar otras naves.



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- v.- El promedio de carga por turno de ocho horas fue de 63.2 toneladas, cuando el anexo 3 del Contrato de Concesión, exige un promedio de 100 toneladas/hora.
- vi.- En el presente caso, lo que se reclama es el monto de la mercadería que no se pudo embarcar, debido a la lentitud con la que se realizaron las operaciones de carga de la referida nave.
- vii.- Finalmente indica que la entidad prestadora, justifica el cumplimiento de sus obligaciones indicando que la atención de la nave de TASA, no era rentable y le significaba una pérdida de casi 70 mil dólares americanos. Lo expresado por APM refleja un flagrante caso de discriminación en la atención de los usuarios; situación que es contraria a lo dispuesto en el Contrato de Concesión y en la Ley del Sistema Portuario Nacional.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 emitida el 5 de julio de 2013 y notificada el 8 de julio de 2013, APM resolvió el reclamo presentado por TASA declarándolo infundado. Dicha resolución se sustenta en los siguientes argumentos:
- i.- Durante las operaciones de carga (específicamente aquellas que se realizaron en la bodega 2), se observó que las cajas provenientes del puerto chileno se encontraban estibadas a la altura de 1.80 metros desde el centro de la bodega hacia la popa. De acuerdo con las instrucciones dadas por el capitán de la nave, las cajas debían ser colocadas sobre la mercadería proveniente del puerto anterior, lo cual dificultó considerablemente el desarrollo normal de las operaciones, en la medida que hubo necesidad de emplear parihuelas adicionales para poder llegar a la altura antes indicada.
- ii.- Con fecha 3 de abril de 2013, se presentó el Protesto Informativo correspondiente ante la Capitanía del Puerto del Callao, responsabilizando a los armadores, fletadores, embarcadores y/o capitán de la nave, por las condiciones en la que fue estibada la carga que se encontraba en las bodegas N° 1, 2, 3, y 4. Asimismo debido al tamaño de las escotillas de la nave, no fue posible efectuar el embarque de 2 parihuelas por cada movimiento, situación que generó que toda la operación sufriera un retraso considerable, disminuyendo el promedio de productividad en la atención brindada.
- iii.- Además de lo anterior, existió una tercera limitante o dificultad durante el embarque de la mercadería de TASA, que consistió en la instrucción dada por el capitán de la nave, quien no permitió que APM ingresara un montacargas a las bodegas para poder apilar las parihuelas, debido a la posibilidad que el piso corrugado de las bodegas de la Nave resultara dañado por la maquinaria. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la nave tenía grúas tipo Pluma Americana, lo que no permitió maniobrar con rapidez la carga.
- iv.- Todo lo antes expuesto demuestra que la demora en la operación de embarque de la mercadería de TASA tuvo sus orígenes en las características de la nave, así como las disposiciones emitidas por su capitán; precisando que fue el propio apelante quien contrató los servicios de una nave que no contaba con las condiciones necesarias para realizar una operación de manera más rápida y/o fluida.
- v.- Por otro lado, con la finalidad de programar la prestación de los servicios solicitados por la apelante, se realizó una reunión pre-operativa donde se les explicó a los representantes de



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

TASA que, del total de los estibadores comprendidos en el sindicato, sólo 86 se encontraban calificados para atender su tipo de carga (labores en frío).

- vi.- Asimismo se informó que una cuadrilla cuenta en promedio con 23 estibadores, los cuales trabajan turnos de 8 horas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Constitución Política del Perú. A ello se debe agregar que de conformidad con la Ley del Trabajo Portuario, Ley 27866, el nombramiento de trabajadores portuarios para una jornada en específico, se realiza de acuerdo con la especialidad con la que cuente este. Además el artículo 11 de la referida norma dispone claramente que ningún trabajador portuario podrá laborar más de 2 jornadas consecutivas, ni exceder las 26 jornadas mensuales. En tal sentido, el nombramiento de cada trabajador portuario deberá realizarse en función a su especialidad y respetando las condiciones establecidas no sólo en el régimen general aplicable, sino también cumpliendo las disposiciones especiales antes descritas.
- vii.- Sobre lo afirmado por TASA en el sentido que se debió asignar más cuadrillas, señala que este era un requerimiento que no podía ser atendido en la medida que el número de trabajadores portuarios especializados en cargas en frío es tan limitado, que el asignar 2 cuadrillas en un mismo turno hubiera implicado la falta de personal suficiente para atender el siguiente turno.
- viii.- En este sentido, el tiempo de permanencia de 10 días de la nave en puerto, se encuentra justificado si se tiene en cuenta todas las circunstancias antes descritas, las que permiten entender cómo se desarrollaron las operaciones materia de cuestionamiento.
- ix.- Sobre el presunto trato discriminatorio contra TASA, en virtud de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, APM se encuentra obligada a prestar los servicios estándar que le fueran requeridos, siempre que ello sea compatible con las operaciones, la seguridad del terminal portuario y que no se afecte el desarrollo normal de las operaciones.
- x.- De conformidad con lo expuesto, en el artículo 26 del Reglamento de Operaciones de APM se ha dispuesto que la entidad prestadora tiene la potestad de organizar la forma en la que prestará los servicios que fueran requeridos por los usuarios, destinando sus recursos en función a la totalidad de operaciones que debe atender en un determinado período de tiempo.
- xi.- Agrega que en la fecha en la que arribó la nave *Kapitan Lazarev*, se atendió, de forma paralela servicios solicitados por otras naves, las cuales transportaban tanto carga refrigerada como seca, y en ningún momento se negó a prestar el servicio solicitado por el TASA, siendo que los correos electrónicos presentados no constituyen prueba suficiente que permita determinar la existencia de un trato discriminatorio. Por el contrario, estos ponen en evidencia que la operación solicitada constituía una operación difícil por las razones antes descritas.
- xii.- Sobre el incumplimiento de los niveles de productividad, APM indica que si bien el Contrato de Concesión exige un promedio de productividad de 100 toneladas/hora, este factor se calcula en base de un promedio trimestral de todas las operaciones, por lo que no necesariamente deberá ser vinculante respecto de una operación particular.
- xiii.- La indemnización solicitada por TASA, se sustenta en una Nota de Débito emitida por *Crystal Frozen Seafoods Ltd.*, correspondiente a los costos por *demurrage* de la nave; sin embargo, en el



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

reclamo la apelante indica que dicho monto es equivalente al valor de la mercadería que no pudo ser embarcada.

xiv.- Al respecto, TASA no ha cumplido con indicar en su reclamo, la cantidad exacta de carga que no habría podido embarcarse en la nave y menos aún, ha cumplido con adjuntar la factura que acredite el pago de una penalidad por no cumplir con el embarque del referido producto.

xv.- Finalmente revisando el detalle del cobro por el *demurrage*, se observa que el contrato de fletamiento comprendía tanto la mercadería que fuera embarcada en el puerto de Chile como en el Callao. Por lo expuesto, no corresponde lo solicitado por TASA en la medida que requiere que APM se haga responsable por la totalidad de los costos incurridos por dicho concepto, cuando el contrato firmado con la naviera involucra operaciones en más de un puerto.

3.- Con fecha 15 de julio de 2013, TASA solicita la aplicación del Silencio Administrativo Positivo (en adelante, SAP). Sobre el particular indica que dado que su reclamo fue interpuesto el 24 de mayo de 2013, el plazo que tenía la entidad prestadora para resolver vencía el 5 de julio de 2013. Dado lo expuesto y teniendo en cuenta que la Resolución N° 1 fue notificada el 8 de julio de 2013, habría operado el SAP a su favor.

4.- Con fecha 26 de julio de 2013, APM señala que la referida resolución fue notificada dentro del plazo legal, en la medida que el cómputo de los plazos se realiza en días hábiles. Teniendo en cuenta lo expuesto y considerando que, a través de Decreto Supremo N° 123-2012-PCM, la Presidencia del Consejo de Ministros declaró feriados no laborables los días 27 y 28 de junio de 2013, la referida resolución fue notificada dentro del plazo legal.

5.- Con fecha 30 de julio de 2013, TASA interpuso recurso de apelación contra la resolución N° 1, reiterando los argumentos expuestos en su reclamo y añadiendo lo siguiente:

i.- Solicita la nulidad de la resolución materia de impugnación, en la medida que aquella fue notificada fuera del plazo legal, por lo que en virtud del artículo 2.12 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios, habría operado el Silencio Administrativo Positivo (en adelante, el SAP) a su favor. Agregando que discrepan con el criterio del Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) respecto de considerar como válida la fecha de emisión del acto y no la fecha de notificación.

ii.- Sobre el fondo de la pretensión afirma que APM pretende deslindar su responsabilidad en los hechos materia de reclamo, argumentando que la carga proveniente de Chile se encontraba mal estibada. Para ello adjuntó un protesto informativo presentado ante la Capitanía del Puerto el día 3 de abril de 2013.

iii.- Al respecto, TASA afirma que el referido documento no tiene ningún efecto legal ni probatorio que permita descartar la responsabilidad del concesionario, más aún si se tiene en cuenta que la nave abrió sus bodegas el 27 de marzo de 2013 y el referido documento fue presentado por APM el 3 de abril de 2013. En este sentido, en el supuesto que la carga se hubiese encontrado mal estibada, el protesto informativo se tendría que haber presentado el mismo día o al día siguiente y no 7 días después.



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- iv.- A lo anterior agrega que dicho documento no tiene mérito probatorio mientras no se realice una constatación por parte de la Autoridad Marítima ya que sin ella, es una simple declaración de parte. Por lo expuesto, no se puede afirmar que la carga haya arribado mal estibada.
 - v.- En otro sentido, argumenta que el terminal que administra APM es multipropósito y como tal, tiene la obligación de atender todas las naves que arriben al puerto. No existe norma o regulación alguna que especifique que solo serán considerados determinados barcos con ciertas características, razón por la cual, el puerto debería estar preparado para atender todas las naves que solicitan arribar en aquel.
 - vi.- El concesionario expresa su lamento por las normas laborales existentes en el Perú y por la falta de estibadores especializados en carga fría; sin embargo ello no es algo que deba ser asumido por el usuario sino por la entidad prestadora, ya que los hechos invocados son pre-existentes a la firma del Contrato de Concesión.
 - vii.- Asimismo agrega que la falta de rentabilidad en la operación, no es una causa que pueda justificar una diferenciación en la atención de la nave, más aún cuando ello no atentaba contra la seguridad del puerto ni afectaba sus operaciones normales.
 - viii.- Sobre la congestión del puerto, TASA afirma que esto ocurre cuando existen varias naves en línea para ingresar al puerto, es decir, de manera previa a su atraque. Sin embargo, este supuesto se encuentra previsto en su Reglamento de Operaciones, el cual prevé un conjunto de reglas para determinar que nave ingresa primero. En virtud de ello, la apelante concluye que una vez que opera el atraque de la nave, se entiende por superada la situación de congestión, dando paso a las labores de descarga bajo los niveles de productividad estipulados en el Contrato de Concesión.
- 6.- El 19 de agosto de 2013, APM elevó al TSC, el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la resolución N° 1 que declaró infundado el reclamo de TASA, añadiendo lo siguiente:
- i.- Respecto a la aplicación del SAP, afirma que de conformidad con el artículo 41 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, el plazo para resolver los reclamos de los usuarios es de 15 días, pudiendo extenderse a 30 días mediante resolución motivada. Asimismo, indica que en el numeral 15.4 del Reglamento de Reclamos de APM, se establece que cuando en los plazos se hace referencia a días, estos deberán entenderse y contabilizarse como días hábiles; es decir, no serán computados dentro del plazo aquellos días que sean no laborables para el sector público ni los feriados aplicables a nivel nacional o regional. Dado lo expuesto y teniendo en cuenta que los días 27 y 28 de junio fueron declarados como feriados no laborables para el sector público, el plazo para resolver el reclamo presentado por TASA vencía el 9 de julio y no el 5 como así lo afirma la apelante.
 - ii.- Sobre las circunstancias operativas que habrían generado demoras en el embarque de la carga, afirma que la nave *Kapitan Lazarev* opera con grúas propias del tipo Pluma Americana, particularidad que limita la velocidad y estabilidad de las maniobras, así como el peso que pueden trasladar, lo que hace que las operaciones sean más lentas.



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- iii.- Indica asimismo que, debido al tamaño de las escotillas de la nave (puerta de ingreso a la bodega), no fue posible efectuar el embarque de 2 parihuelas por movimiento, lo que generó un considerable retraso en la productividad de la operación. Además de ello existió una tercera limitante o dificultad que consistía en la instrucción dada por el capitán de la nave, quien no aceptó que APM ingresara un montacargas en las bodegas para que pueda ser utilizado en su apilamiento.
 - iv.- En este sentido, la única alternativa con la que contó APM para apilar las cajas del pescado congelado, era que una cuadrilla de trabajadores portuarios estuviera dentro de la bodega de la nave, para que, en el momento en que la parihuela fuera depositada en aquella, los trabajadores se encargaran de desembalar las cajas de cartón y apilarlas caja por caja, incrementando de manera considerable el tiempo de operación de embarque.
 - v.- TASA sostiene que APM debió nombrar 2 cuadrillas por turno para que se pudiera realizar el embarque de la carga en un menor tiempo. Sin embargo, dicha solicitud no podía ser atendida dado que, el número de trabajadores portuarios especializados en cargas en frío es tal que de haberse aceptado tal requerimiento, no se habría contado con personal suficiente para el cambio de turno de cada día.
 - vi.- Respecto al supuesto trato discriminatorio, precisa que si bien el administrador portuario cuenta con la obligación de atender todo tipo de carga y prestar los servicios estándar que le fuesen requeridos, estas obligaciones tienen que ser compatibles con las operaciones y la seguridad del TNM. En este sentido, el terminal cuenta con muelles especializados para la atención de diversos tipos de carga, así como equipamiento y estructuras particulares que se adaptan al tipo de carga que será atendida en cada operación. Asimismo agrega que APM tiene la facultad de organizar libremente los servicios que se prestan en el puerto, así como tomar las decisiones que permitirán su adecuado y óptimo funcionamiento, lo que implica realizar una adecuada distribución de recursos con la finalidad que se puedan atender diversas operaciones de manera simultánea.
 - vii.- Respecto de la indemnización solicitada por TASA, afirma que en el escrito de reclamo se exige que APM se haga responsable por el monto de la carga que no pudo ser embarcada en la nave *Kapitan Lazarev*, sin precisar qué cantidad de la referida mercadería no pudo ser embarcada en la nave. Sin embargo, lo que la apelante adjunta a su escrito de reclamo es una Nota de Crédito por concepto de *demurrage*, la cual no demuestra que existió carga que no fue embarcada.
 - viii.- Finalmente indica que APM sólo es responsable por los servicios que brinda en sus instalaciones y no responde por los acuerdos que los usuarios celebren con terceros. En el presente caso, el contrato de *fletamiento* otorgaba un plazo de 10 días, 10 horas y 10 minutos para realizar la operación de carga de pescado en el puerto de Coronel en Chile y Callao en el Perú. En este sentido, considerando que la operación realizada en Chile tomó 6 días con 10 horas y 15 minutos, y que el tiempo restante para la operación en el Callao era de 3 días con 23 horas y 55 minutos, APM no puede responder por operaciones que involucren a otro puerto.
- 7.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 25 de abril de 2014, no pudiendo llegarse a ningún acuerdo debido a la inasistencia de la



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

entidad prestadora. El 28 de abril de 2014, se realizó la audiencia de vista con la asistencia de ambas partes quienes realizaron el informe oral correspondiente, quedando la causa al voto.

- 8.- Con fecha 30 de abril de 2014, TASA presentó su informe escrito, en el que reitera los argumentos que sustentan su posición y agrega que:
- i.- Se ha vulnerado su derecho a la información recogido en el literal a) del artículo 7 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios¹ (en adelante, el RUTAP)
 - ii.- Con relación a la falta de estibadores, indica que APM es la única responsable de que no existan trabajadores portuarios capacitados y experimentados para el manejo del pescado congelado en la cantidad necesaria que permita el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
 - iii.- De acuerdo con el *Statement of Facts*² suscrito por el Capitán de la Nave (quien no tiene relación alguna con TASA) las operaciones se interrumpieron continuamente debido a que los estibadores no trabajaron o no estaban disponibles, sin que APM haya negado la veracidad o autenticidad de la información contenida en dicho documento, por lo que en aplicación del artículo 223 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, deben tomarse como ciertas.
 - iv.- APM no puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones en aspectos operativos, como las características de la nave, las dificultades en las operaciones, y otros que debería gestionar en su calidad de administrador portuario. Además, tampoco ha probado que la estructura especial de la nave y la supuesta negativa del Capitán de aceptar el ingreso de un montacarga a las bodegas.
- 9.- Con fecha 2 de mayo de 2014, APM presentó sus alegatos, reiterando los argumentos de la Resolución N° 1 y los de su absolución del escrito de apelación.
- 10.- Con fecha 26 de mayo de 2014, TASA presentó un escrito en el que vuelve a indicar que el embarque del pescado congelado a la nave *Kapitán Lazarev* debió realizarse con un nivel de 100 toneladas por hora, por lo que debió culminar en menos de 23 horas.
- 11.- Con fecha 20 de agosto de 2014, mediante el Oficio N° 435-13-STSC-OSITRAN, se solicitó a APM que remita los documentos que acrediten que comunicó adecuada y oportunamente a TASA la planificación referida a la operación de estiba de la nave *Kapitan Lazarev*.
- 12.- Con escrito presentado el 27 de agosto de 2014, APM se pronunció sobre el requerimiento realizado mediante el Oficio N° 435-14-STSC-OSITRAN³, en donde señala que realizó la correspondiente reunión pre-operativa con el agente marítimo de la nave, la empresa TRABAJOS MARÍTIMOS S.A. (TRAMARSA), como prueba de lo indicado, adjunta impresiones de las comunicaciones electrónicas cursadas entre el 26 y 27 de marzo de 2013, en donde se puede verificar los turnos designados para el embarque de la mercadería de TASA y la secuencia de embarque de las bodegas de la nave.

¹ Aprobado a través de la Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN.

² Declaración de Hechos.

³ En el documento se Consigna como numeración el 435-13-STSC-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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

13.- Con escrito de fecha 9 de septiembre de 2014, TASA se pronunció sobre el escrito de APM presentado el 27 de agosto de 2014, señalando que dicha entidad prestadora no comunicó adecuada y oportunamente la planificación de la operación de carga, por los siguientes fundamentos:

- i.- APM no comunicó las dificultades y restricciones que se presentarían en la operación de la estiba, puesto que los correos electrónicos que presenta corresponden a un momento posterior al ingreso de la nave al puerto, siendo imposible que, en esas circunstancias, la nave se retire del puerto y busque, en ese momento, otro al cual arribar.
- ii.- Todos los correos presentados por APM son en respuesta el mensaje de TRAMARSA enviado el 26 de marzo de 2013, y por tanto, es evidente que dichos correos son posteriores al ingreso de la nave al puerto.
- iii.- APM no comunicó de manera adecuada al usuario sobre las dificultades y restricciones que tendría para la prestación del servicio, ni la forma en que dichas dificultades incidirán en el incumplimiento de los niveles de servicio previstos en el Contrato de Concesión.
- iv.- El correo induce error, puesto que solo indica que se iniciarán operaciones con una cuadrilla, pero no indica que el trabajo con una sola cuadrilla se iba a mantener durante todo el periodo de embarque de la carga.
- v.- De haber conocido toda la información referida a las restricciones y limitaciones para el embarque de la carga, antes del ingreso de la nave al puerto, hubieran reconsiderado su decisión de realizar el embarque de la carga a través del Terminal Norte.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

14.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de APM.
- ii.- Establecer si APM es responsable por los daños que se generaron como consecuencia de un mal servicio prestado por aquella.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

15.- De la revisión del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el requerimiento que formula TASA, solicitando que APM se haga responsable por los sobrecostos incurridos por su representada, como consecuencia del mal servicio prestado. Al respecto, el artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN), establece que el procedimiento de solución de reclamos de usuarios ante las entidades prestadoras, comprende, entre otros, los reclamos sobre la calidad de los servicios prestados por las Entidades Prestadoras, así como los daños que pudieran surgir como consecuencia de la negligencia, incompetencia o dolo

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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

por parte de los funcionarios de la entidad prestadora o sus dependientes⁴. Dicho supuesto también se encuentra recogido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM⁵ (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM); por lo que, en concordancia con el artículo 10 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

16.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁷, 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)⁸, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.

17.- Por su parte, el artículo 28 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN dispone que los plazos se computan conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento

⁴ 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.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

- 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, 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".

⁵ 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. 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".

⁶ 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".

⁷ Reglamento Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN.

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

⁸ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación

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



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

Administrativo General (en adelante LPAG), el cual dispone que el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto.

- 18.- En la misma línea, el numeral 1 del artículo 134 de la LPAG dispone que cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio y los feriados no laborables de orden nacional o regional⁹. En virtud a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.
- 19.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La resolución N° 1 de APM materia de impugnación fue notificada a TASA el 8 de julio de 2013.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que TASA interponga su recurso de apelación fue el 31 de julio de 2013.
 - iii.- TASA presentó su recurso administrativo el 30 de julio de 2013, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.
- 20.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG¹⁰, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la responsabilidad de APM por los daños generados en la apelante como consecuencia de un mal servicio prestado.
- 21.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

Sobre la aplicación del SAP

- 22.- En esencia, TASA sostiene que el plazo máximo para que la entidad prestadora resuelva y notifique su resolución es de 30 días Cita como sustento legal al numeral 16.1 del artículo 16 de la Ley N° 27444.
- 23.- Al respecto, el TSC ya ha emitido pronunciamiento sobre el particular en virtud de la queja presentada en el presente procedimiento (Queja N° 01-2013-QUEJA-TSC-OSITRAN), y determinó

⁹ LPAG

"Artículo 134.- Transcurso del Plazo

134.1.- Cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional (...)"

¹⁰ 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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

que en los procedimientos de reclamos se deben considerar los días declarados feriados por lo que el 8 de julio de 2013, fecha en la que se notificó a TASA la Resolución N° 1, aún no había vencido el plazo para la emisión de dicha resolución. Contrariamente a lo señalado por el apelante, el TSC no considera la fecha del acto, sino verifica el plazo considerando también la fecha de notificación. Así en la mencionada resolución se expresó lo siguiente:

"8.- En el presente caso, TASA argumenta que la Entidad Prestadora habría resuelto fuera de plazo, al habersele notificado la resolución N° 1 el 8 de julio de 2013, cuando el plazo para resolver vencía el 5 de julio de 2013.

(...)

12.- Al respecto, a través de Decreto Supremo N° 123-2012-PCM, publicado el 31 de diciembre de 2012, la Presidencia del Consejo de Ministros declaró diversos días como feriados no laborables compensables, los que incluían los días 27 y 28 de junio de 2013.

13.- Se tiene que los días declarados no laborables son aplicables a APM únicamente en lo que respecta a su actuación como ente de primera instancia administrativa para resolver los reclamos presentados por los usuarios. Siendo esto así, dichas fechas serán excluidas del cómputo de los plazos relacionados a la emisión de las resoluciones correspondientes y del plazo que tienen los usuarios para impugnar las resoluciones emitidas por las entidades concesionarias.

14.- (...) se observa que el plazo que tenía la Entidad Prestadora para resolver el reclamo presentado por la apelante venció el 8 de julio de 2013. Dado lo expuesto, siendo que la resolución materia de impugnación fue notificada al usuario dentro del plazo legal, se tiene que no habría operado el SAP a favor del usuario".

[El subrayado y resaltado es agregado]

24.- Adicionalmente a lo indicado, es pertinente considerar el artículo 16 y 24 de la LPAG, que prescribe lo siguiente:

"Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

16.1.- El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2.- El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto".

[El subrayado y resaltado es agregado]

25.- Teniendo en cuenta esta disposición y considerando que el acto administrativo emitido por APM a través de la resolución que se pronunció sobre el reclamo no otorga ningún beneficio al administrado, la eficacia de la resolución emitida por APM se producen desde la notificación, la cual, en aplicación del artículo 24 de la LPAG¹¹, se puede realizar hasta cinco días después de la emisión de la resolución.

26.- En ese sentido, en el presente caso APM emitió su pronunciamiento sobre el reclamo, dentro del plazo legal, el 5 de julio de 2013 tal como se aprecia en la fecha de la Resolución N° 1 (folio 20), con lo

¹¹ LPAG

"Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1.- Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique (...)"



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

cual la entidad prestadora tenía hasta el 12 de julio de 2013 para realizar la notificación, sin embargo, esta se cumplió el 8 de julio de 2013.

- 27.- Dicho esto, ha quedado evidenciado que APM cumplió con resolver el reclamo de TASA y notificar dicha resolución dentro del plazo, y en consecuencia no existe sustento legal ni material para que opere el SAP en el presente caso.

Sobre la facultad de explotación y responsabilidad de APM

- 28.- De conformidad con lo manifestado por las partes a lo largo del presente procedimiento de reclamo, la nave *Kapitan Lazarev* arribó al Terminal Portuario del Callao con la finalidad de que se embarque 2250 toneladas de pescado congelado, operación que se inició el 28 de marzo de 2013.
- 29.- Como ya ha sido indicado, TASA señala que APM le brindó un mal servicio, demorando 11 días en culminar con el embarque de 2250 toneladas de pescado congelado, cuando debió hacerlo en 22 horas y 50 minutos, tal como afirma en su escrito del 20 de mayo de 2014 (folio 292). Esta demora se debió a las pocas cuadrillas asignadas para realizar dicha operación y por su propia ineficiencia, por lo que no se brindó un servicio de estiba adecuado. Estos retrasos en la carga de la mercadería generó el pago de penalidades relacionadas con la sobreestadía de la nave.
- 30.- Por su parte, APM acepta que hubieron demoras debido a una serie de factores y circunstancias, como son las condiciones de la nave - tamaño de las escotillas, negativa del capitán de permitir el ingreso de montacargas, la falta de estibadores especializados, disposiciones laborales de los trabajadores portuarios, que justifican la demora y la eximen de responsabilidad, por lo que no le corresponde asumir los costos alegados por el usuario. Además sostiene que no existió trato discriminatorio, que los niveles de productividad no son exigibles por operación, sino que su medición es trimestral, y TASA solicita una indemnización que se sustenta en una Nota de Débito que corresponde al costo por el *demurrage*, pero en el reclamo se indica que corresponde a mercadería no embarcada, lo cual no está demostrado.
- 31.- Al respecto, con la finalidad de determinar si APM brindó un mal servicio de embarque, corresponde analizar en qué consiste este y si dicha prestación fue deficiente y provocó daños a TASA, tal como lo alega, y cuya responsabilidad deba atribuirse a la mencionada entidad prestadora
- 32.- Actualmente, en virtud del Contrato de Concesión¹² suscrito con el Estado Peruano, APM está obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte), y a su vez tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹³. Así en las cláusulas 8.1 y 8.2 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

¹² Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao entre APM y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.

¹³ 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



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

"DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

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

(...)

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]

- 33.- Según lo citado, en virtud del derecho de concesión que le asiste, APM tiene la facultad de explotar el Terminal Norte 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.
- 34.- Si bien es cierto que APM, está facultado para ejecutar y prestar en forma exclusiva¹⁴ con la prestación de los servicios portuarios en el Terminal Norte, exigiendo como contraprestación los precios y tarifas respectivos¹⁵, también es cierto que tiene obligaciones derivadas del marco

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".

¹⁴ Contrato de Concesión

"2.7.- Sin perjuicio de las declaraciones contenidas en la Cláusula 3.2, el CONCEDENTE y la APN declaran y reconocen expresamente que: (...) (iii) la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se pueden brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión".

¹⁵ Contrato de Concesión

"1.23.87.- Precio

Se refiere a las contraprestaciones que la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobra por la prestación de Servicios Especiales, incluyendo los impuestos que resulten aplicables, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 8.20. El Precio no estará sujeto a regulación.

(...)

1.23.102. Tarifa



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

normativo y del propio Contrato, así como del respeto de los derechos de los usuarios, siendo responsable frente a estos por la adecuada prestación de los servicios (y también en relación con el propio Estado). Así las cláusulas 1.23.68, 2.7 y 8.6 del Contrato de Concesión establecen lo siguiente:

"1.23.68 Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato de Concesión y el Contrato de Asociación en Participación que la SOCIEDAD CONCESIONARIA se encuentra en la obligación de cumplir. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, las Normas Regulatorias, los reglamentos, directivas y resoluciones, vigentes así como aquellas que sean dictadas por cualquier Autoridad Gubernamental competente".

"2.7 (...)

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo que antecede, las Partes y la APN reconocen expresamente que para la ejecución y/o prestación exclusiva de los Servicios, la SOCIEDAD CONCESIONARIA observará rigurosamente los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, así como los demás principios establecidos en las Cláusulas 2.10 y 2.11, conforme resulte aplicable".

8.6. La SOCIEDAD CONCESIONARIA es responsable de brindar a los Usuarios:

- (i) El acceso a todos los Servicios de la Concesión, para lo cual la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestarlos de manera continua y regular, conforme a lo dispuesto en los reglamentos internos indicados en la Cláusula 8.13, respetando los principios consagrados en el artículo 14.3 de la LSPN;*
- (ii) La información suficiente sobre las Tarifas, Precios, así como los términos y condiciones aplicables a los Servicios que presta, conforme a este Contrato de Concesión y a las Normas Regulatorias;*
- (iii) Los Servicios Estándar de acuerdo a los Niveles de Servicio y Productividad y en los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión y sus Anexos; y*
- (iv) Los demás derechos que contemplan las Leyes y Disposiciones Aplicables y otros que pudieren establecerse en el Contrato de Concesión".*

[El subrayado y resaltado es agregado]

35.- Lo señalado en el Contrato de Concesión con relación al derecho de información de los usuarios es concordante con el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁶ (en sucesivo, RUTAP) que en sus artículos 5, 7 y 12 establece lo siguiente:

"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 (...)".

¹⁶ Contraprestación económica que, de acuerdo a lo previsto en este Contrato de Concesión, cobrará la SOCIEDAD CONCESIONARIA por la prestación de los Servicios Estándar o de ser el caso, de un Servicio Especial, de acuerdo a lo que establezca el REGULADOR, sin incluir los impuestos que resulten aplicables".

¹⁶ 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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

"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".

"Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora"

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

e) Proveer a los usuarios de información sobre sus derechos y obligaciones, así como de los servicios disponibles, a fin que puedan ser usados integralmente".

[Subrayado y resaltado agregado]

- 36.- En ese sentido, de acuerdo con el Contrato de Concesión, APM se encuentra facultada para organizar cada operación de embarque de carga fraccionada, según como lo considere pertinente considerando los recursos con los que cuenta. No obstante, este derecho no es absoluto, sino que está limitado, primero, por los derechos de los usuarios, entre ellos el de información; y, segundo, en el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente, como la Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley N° 27943, y los principios que esta recoge y que rigen a la actividad económica portuaria.
- 37.- Por su parte, en cumplimiento de cláusula 8.13 del Contrato de Concesión, APM debe contar con un Reglamento de Operaciones, el cual es aprobado por la APN. Al respecto, para el presente caso, corresponde tener en cuenta al mencionado reglamento que estuvo vigente al momento de ocurridos los hechos³⁷, el cual en su artículo 6 señala que *"es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión"*.
- 38.- En el mismo sentido, los artículos 49, 50, 51 y 56 del referido 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 50.- Las comunicaciones entre los usuarios y APM TERMINALS se realizan vía correo electrónico o cualquier otro medio documentado. Las comunicaciones comprenderán aspectos relacionados a las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios."

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:

³⁷ 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).



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- 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".

"Artículo 56.- APM TERMINALS es responsable de:

56.1.-Organizar, conformar y conducir la junta de operaciones electrónica, a fin de garantizar que los servicios y actividades portuarias se realicen en forma eficiente, segura y oportuna.

56.2.-Hacer de conocimiento de la comunidad portuaria las políticas y procedimientos de asignación de muelles, amarraderos y otros servicios, bajo criterios de transparencia y no discriminación.

56.3.-Establecer prioridad y programar el ingreso, permanencia y salida del Terminal Portuario, de acuerdo a las prioridades de atraque y desatraque antes mencionadas, transmitiendo esta información a la APN.

56.4.-Informar a vía correo electrónico o vía website (<http://www.apmterminals.com/americas/callao>) la asignación de amarraderos juntos con la lista de arribos de naves.

Las comunicaciones entre el Terminal Portuario y los usuarios se establecerán vía correo electrónico. Para tal efecto, toda la información concerniente a la asignación de los amarraderos deberá ser enviada por estos medios".

[Subrayado y resaltado agregado]

39.- De lo detallado, se distingue que el Reglamento de Operaciones recoge y desarrolla la facultad de APM reconocida en el Contrato de Concesión para organizar, gestionar y programar las operaciones en el Terminal Norte de la manera más eficiente posible, y también recoge los límites de su ejercicio, como son el respeto al derecho a la información de los usuarios, de los principios que rigen la actividad portuaria, como es el de transparencia y no discriminación y demás parámetros establecidos para tal efecto en el propio Contrato. Este planeamiento, substancialmente implica analizar cuál sería la magnitud de la operación y determinar qué recursos son necesarios para llevarla a cabo.

40.- En este orden de ideas, APM tiene que coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones, para posteriormente determinar y definir la forma en que serán llevadas a cabo, lo cual deberá ser informado a los usuarios de manera oportuna, es decir, con un plazo razonable antes del inicio de la operación, con la finalidad de que este último conozca cuánto durará la operación y así pueda, de ser el caso, cumplir con las obligaciones a su cargo que permitan el desarrollo de la programación hecha por APM (por ejemplo, en una operación de descarga directa de granos, el usuario debe enviar camiones). La programación que determina APM vincula tanto al usuario como a la entidad prestadora después de ser adecuada y oportunamente informado.

41.- Con relación a la forma de transmitir la información a los usuarios, el Reglamento de Operaciones no resulta ser tan claro si se cumple con esta obligación:

- i.- A través de correo electrónico u otro medio documentado (artículo 50 y último párrafo del artículo 56); o,



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- ii.- De manera alternativa al correo electrónico u otro medio documentado, y a elección de APM, también se puede informar a los usuarios vía *website* (numeral 56.4).
- 42.- Al respecto, siguiendo el criterio ya establecido por el TSC¹⁸ y lo determinado en el artículo 1392 del Código Civil¹⁹, el tarifario, la política tarifaria y cualquier "*reglamento interno*" de las Entidades Prestadoras dirigido a los usuarios de los servicios derivados de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, constituyen cláusulas generales de contratación, puesto que en estos documentos se encuentran las condiciones preestablecidas de manera general y abstracta por una de las partes, en este caso APM, y que van dirigidas a regular sus relaciones contractuales futuras con sus usuarios quienes únicamente se adhieren a dichas condiciones.
- 43.- En ese sentido, las estipulaciones del Reglamento de Operaciones de APM, deben considerarse e interpretarse teniendo en cuenta las disposiciones del Código Civil que regulan este tipo de relaciones contractuales, como el artículo 1401 que prescribe lo siguiente:
- "Artículo 1401.- Interpretación Contra el Estipulante**
- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda, a favor de la otra".*
- 44.- Por consiguiente, en el supuesto de que se presente más de una interpretación posible, se debe elegir a aquella que favorece a quien no elaboró dichas cláusulas generales de contratación, en el caso bajo análisis nos referimos al Reglamento de Operaciones.
- 45.- Teniendo en cuenta la regla de interpretación mencionada, de las alternativas de interpretación planteadas en el numeral 41, la que más favorece es aquella que determina que la información debe transmitirse a los usuarios de los servicios a través del correo electrónico, puesto que se considera que a través de este medio es más seguro confirmar, corroborar y acreditar que efectivamente APM cumplió con su obligación de informarles adecuadamente sobre los aspectos relacionados a las operaciones que conciernen o afecten a los intereses de estos.
- 46.- Además, el numeral 56.4 del Reglamento de Operaciones se refiere únicamente a la asignación de amarraderos; sin embargo, en el artículo 50 de este reglamento se establece expresamente que las comunicaciones entre APM y los usuarios se realizan por correo electrónico o cualquier otro medio documentado y comprenden aspectos adicionales y más completos que la referida asignación como son los relacionados con las naves, operaciones de embarque y descarga de mercadería, movilización de carga, almacenaje, transporte, disposiciones especiales y de seguridad para mercancía peligrosa, así como cualquier otro requerimiento de los usuarios.
- 47.- En ese sentido, el uso del *website* debe entenderse como un método complementario pero no alternativo ni sustitutorio del correo electrónico, puesto que no permite acreditar de manera

¹⁸ Expediente N° 015-2009-TSC-OSITRAN, 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN y 028-2010-TSC-OSITRAN.

¹⁹ Código Civil

"Artículo 1392.- Cláusulas generales de contratación

Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos".



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

fehaciente que efectivamente el usuario tomó conocimiento de las particularidades del servicio que pudieran interesarle.

- 48.- Ahora bien, una vez que APM determina las características y planeamiento de la operación y que haya informado oportuna y adecuadamente a los usuarios vía correo electrónico, puede suceder que dicha operación se retrase por diversos motivos, lo cual evidentemente genera sobrecostos, como los tiempos de estadía, penalidades por retraso, entre otros.
- 49.- Sobre el particular, teniendo en cuenta que, como ya se indicó, a través del Contrato de Concesión se le ha otorgado a APM la exclusividad de la prestación de los servicios portuarios en el Terminal Norte así como la facultad y la obligación de la organización y planificación portuaria, este Tribunal considera que dicha entidad prestadora debe asumir los sobrecostos y daños que se ocasionen por sus decisiones adoptadas en el ejercicio de su facultad de organización operativa no ejercidas de manera oportuna o por el riesgo propio de la actividad portuaria que realiza en calidad de mono operador, salvo que se determine que la responsabilidad o riesgo de los usuarios (nave, dueño o consignatario de la carga). No obstante, el usuario, debe asumir, además del pago del servicio efectivo que se le brinde, aquellos costos que se generen por su responsabilidad, sea por decisión propia o por su negligencia²⁰.
- 50.- De lo desarrollado hasta el momento, con relación a la facultad de explotación del Terminal Norte de APM, se puede señalar lo siguiente:
- i.- APM tiene el derecho de exclusividad para explotar de la infraestructura portuaria y la facultad y la obligación de organizar las operaciones portuarias.
 - ii.- APM debe respetar los principios recogidos de la Ley del Sistema Portuario Nacional, recogidos en el Contrato de Concesión, como son el de libre competencia, neutralidad, no discriminación e igualdad ante la ley, contabilidad separada, libre elección y prohibición de transferencia de precios; así como los estándares de calidad.
 - iii.- APM tiene la obligación de brindar a los usuarios a través del correo electrónico u otro medio documentado la información relevante respecto de los servicios, la que incluye la programación de la operación.
 - iv.- Los sobrecostos y daños que se generen como consecuencia de los cambios en la planificación de las operaciones deben ser asumidos por APM o por el usuario, según se determine su responsabilidad y riesgo asumidos, lo cual deberá ser determinado en cada caso en concreto.

Sobre el servicio de embarque de carga fraccionada y la programación de APM

- 51.- Dentro de los servicios que puede prestar se encuentra el *servicio estándar*, el cual, de acuerdo con el literal b) de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, comprende la descarga o embarque de

²⁰ Este criterio también fue aplicado en un procedimiento iniciado por Terminales Portuarios S.A.C. contra Terminales Portuarios Euroandinos S.A. y que a pesar estar referido a un reclamo en el Puerto de Paita, la similitud con el presente caso es que la operación, en virtud del respectivo Contrato de Concesión, también se brinda en exclusividad por la Entidad Prestadora que administra la infraestructura portuaria de Paita. Al respecto, en aquella ocasión se señaló lo siguiente:

"Ahora bien, resulta cierto que el usuario debe asumir los costos del servicio efectivo que se le brinde y de aquellos que resulten ser de su responsabilidad, sea por su negligencia o por decisión propia; sin embargo, no deberá asumir los costos que se ocasionen por decisiones adoptadas por el Terminal Portuario en el ejercicio de su facultad de organización operativa". (Considerando 22 del Expediente N° 055-2013-TSC-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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

cualquier tipo de mercadería²¹, entre las cuales se encuentra la carga fraccionada (pescado congelado).

- 52.- En el Contrato de Concesión no se ha establecido un estándar mínimo para la estiba de carga fraccionada por operación, como si sucede en otros servicios²². De conformidad con el Anexo 3 de dicho contrato el nivel de Servicio y productividad para la operación de carga fraccionada es de 100 toneladas/hora en promedio trimestral²³, es decir, que la media de todas las operaciones de carga fraccionada realizadas en un trimestre no debe ser menor a dicho indicador.
- 53.- En tal razón, APM se encuentra facultada para organizar cada operación de estiba de carga fraccionada, según como lo considere pertinente considerando los recursos (operativos, humanos, financieros) 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, así como por el cumplimiento de los principios recogidos en el Contrato de Concesión y el ordenamiento legal vigente.
- 54.- En el presente caso, TASA solicitó a APM el embarque de 2250 toneladas de pescado congelado. Siguiendo lo determinado anteriormente, la referida entidad prestadora, como administradora del Terminal Norte, tenía la obligación de comunicar al usuario las características y detalles relevantes de la operación que le pudieran resultarle de interés, como por ejemplo la duración de la operación.
- 55.- Es oportuno advertir lo prescrito en el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN según el cual en los reclamos relacionados con la calidad del servicio, como en el presente caso, corresponde a la entidad prestadora probar que su prestación se dio conforme con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.

²¹ 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 (...)"*

²² 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.

²³ 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".



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

56.- En ese sentido, correspondía que APM pruebe que había cumplido con comunicar adecuada y oportunamente a TASA con la planificación que determinó para las operaciones, así como con la información relevante para los usuarios.

57.- Sobre el particular, mediante el escrito de fecha 27 de agosto de 2014, APM remitió la impresión de las comunicaciones electrónicas que tuvo el área de operaciones de dicha entidad prestadora con TRAMARSA (folio del 305 al 307). En el correo electrónico de fecha 27 de marzo de 2013 enviado por Jorge Ormeño al señor Salvador Larco Alayza, representante de TRAMARSA, con copia a otras personas que incluye a representantes a TASA, se señala:

"Bs días, iniciaremos ops con 1 cuadrilla (sic).

Slds,

JOA".

58.- Asimismo, APM adjuntó otra impresión de un correo electrónico enviado el 28 de marzo de 2013, a través del cual TRAMARSA comunicó a los trabajadores de TASA que, de acuerdo con la información de APMT, se nombró una cuadrilla de estibadores para el inicio de las operaciones de carga, las cuales se habían iniciado a las 2:00 a.m. de la mencionada fecha²⁴. Además se precisó cuál es el orden de prelación de carga de las bodegas y cuál es el volumen y tipo de cargará en cada una de estas.

59.- En primer término, de los referidos correos electrónicos, no se puede observar que APM haya informado directamente al usuario cuál iba a ser el nivel de descarga o cuánto tiempo se iba a demorar la operación, únicamente comunicó que se iba a trabajar con una cuadrilla, sin embargo, esta información no es suficiente para determinar o calcular, el fin de las operaciones. En resumen, la información brindada fue insuficiente, vale decir, no fue la adecuada.

60.- Adicionalmente, y tal como lo sostiene TASA en su escrito del 9 de septiembre de 2014 (del folio 309 al 312) la información tampoco fue oportuna, porque fue remitida a las 10:39 horas del 27 de marzo de 2013, después del ingreso de la nave al puerto del Callao, y a menos de 24 horas del inicio de las operaciones que se produjo a las 2:00 horas del 28 de marzo de 2013.

61.- Asimismo, si bien APM sostiene en la Resolución N° 1 (folio 80) y en su escrito de absolución (folio 145) que existió una reunión pre-operativa con los representantes de TASA en donde les informó

²⁴ Traducción libre del siguiente texto:

"Dear Master / Gentlemen

Pls note according to APM info, was nominated only stevedore gang for start lading operations. The loading oper started on 28/02:00 hrs.

Based on nomination of gangs (one per shift) and flw the requirements asked by consignee, was arranged with Master flw loading sequence:

*1st Step: Hold N° 3 AFT, loading 156.0 mtons of Pac Mackerel size 300 – 500
loading 100.0 mtons of Pac. Mackerel size 500 – Up.*

*2nd Step: Hold N° 1 AFT, loading 150.0 mtons of Pac. De Mackerel size 300 – 500
loading 100.0 mtons of Pac. Mackerel size 500 – Up*

3rd Step: Hold N° 4 AFT, loading 250.0 mtons of Pac. Mackerel size 300 – 500

Today at 10:00 hrs we'll check the scenery with Master and parties involved in the operations in order to fix flw steps; also we'll ask to APMT for increase the work with two gangs asap.

Pls note attached the cargo plan revised and cargo distribution by holds".



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

sobre las limitaciones del número de estibadores, lo cierto es que la entidad prestadora no remitió ningún documento o acta que acredite tal hecho.

62.- En virtud de lo señalado, APM no ha acreditado que cumplió con su obligación de brindar información adecuada (suficiente) y oportuna a la apelante sobre cuál fue la planificación que estableció para el embarque de pescado congelado, precisando el inicio y el término de la operación; en consecuencia, APM no puede oponer la programación que alega en el presente procedimiento al usuario reclamante.

63.- Ante esta situación (falta de información adecuada y oportuna), es evidente que el usuario tenga que crearse alguna expectativa respecto de la duración de la operación, teniendo en cuenta algún indicador. En ese sentido, TASA sostiene que debe considerarse como referencia el nivel de embarque exigido en el Anexo 3 del Contrato de Concesión como promedio trimestral para la carga fraccionada, es decir, 100 toneladas por hora. También podría adoptarse como referencia el nivel de operación del trimestre anterior, que de acuerdo con lo informado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización²⁵ fue de 108.29 toneladas por horas; sin embargo, es evidente que estos resultados no han sido publicados, y por lo tanto, no son conocidos por el usuario, a diferencia del indicador establecido en el Contrato de Concesión.

En tal razón, este Tribunal considera razonable que ante la falta de información adecuada y oportuna, TASA haya esperado que el embarque de las 2250 toneladas de pescado congelado se realice con el nivel establecido en el Contrato de Concesión.

64.- Siendo esto así, de acuerdo con los datos consignados en el aviso de pre facturación de APM (folio 195) y que es aceptado por TASA en su escrito del 20 de mayo de 2014 (folios 291 al 298), si las operaciones se iniciaron a las 2:00 horas del 28 de marzo de 2013, la operación debió culminar a las 00:50 horas del 29 de marzo de 2013, empero culminaron a las 10:05 horas del 8 de abril de 2013.

65.- En esta situación, corresponde determinar de quién es la responsabilidad, con la finalidad de imputar los sobrecostos adicionales generados por dicho retraso. APM señala que la demora se debió a varios factores que serían imputables al usuario:

- i.- Condiciones de estiba de la carga que provenía del Puerto de Coronel – Chile e instrucciones dadas por el capitán de la Nave respecto a la forma de la estiba (colocar encima de las cajas embarcadas en el puerto anterior), lo cual pretende acreditar con el Protesto Informativo que presentó ante la Capitanía del Puerto.
- ii.- Negativa del capitán de la nave para el ingreso de un montacargas para el apilamiento de las parihuelas.
- iii.- Tamaño de las escotillas de la nave y características de las grúas tipo Pluma.

²⁵ La información fue brindada mediante Nota N° 917-2014-GSF-OSITRAN en virtud del requerimiento de información realizado por el Secretario Técnico por encargo del Tribunal de Solución de Controversias mediante la Nota N° 029-14-STSC-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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- iv.- Limitación del número de estibadores "especializados" en manejo de carga congelada, es decir, especializados en labores "en frío", además de aquellas restricciones impuestas por la legislación laboral.
- 66.- Con relación al protesto informativo a través del cual APM puso en conocimiento ante la Capitanía de Puerto (folios 200 al 204), sobre las condiciones de la estiba de la mercadería que provenía de Chile y sobre las instrucciones dadas por el capitán, es necesario considerar el Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres²⁶, que en su artículo A-030206 señala lo siguiente:
- "A-030206 Las protestas pueden ser:
- a) Protesta informativa: Cuando se comunica a la Capitanía de Puerto la ocurrencia de un hecho, pudiendo obtener el interesado una constancia.
 - b) Protesta de constatación: Cuando el interesado comunica la ocurrencia de un hecho y pretende obtener de la Capitanía de Puerto la verificación del mismo a través de la actuación de pruebas, concluyendo con la emisión de una certificación.
 - c) Protesta resolutive: Cuando el interesado solicita la investigación y la determinación de responsabilidades, y el hecho constituye circunstancia que según el Reglamento deba ser materia de investigación y emisión de fallo. Los Capitanes de Puerto no emitirán fallo cuando el hecho materia de la protesta se refiera a daños o faltantes a la carga".
- 67.- De lo citado es claro que, tal como alega TASA, el protesto informativo constituye únicamente un dicho de parte ante la autoridad marítima, pero no prueba que el hecho efectivamente haya ocurrido.
- 68.- En ese sentido, si APM pretendía acreditar la mala estiba de la mercadería que provenía de Chile, así como que efectivamente existieron instrucciones dadas por el capitán de la Nave respecto a la forma de la colocación de la mercadería, entonces debió presentar un protesto de constatación y no uno informativo, para que pueda generar el documento de verificación de la Capitanía de Puerto en el que quede constancia de la verificación del hecho denunciado.
- 69.- En ese orden de ideas, APM no ha acreditado de manera fehaciente que la mercadería que provenía de Chile haya estado mal estibada o que el Capitán de la nave le haya dado ciertas indicaciones respecto de la colocación de la carga.
- 70.- Con relación a la negativa del Capitán para el ingreso del montacargas, APM no ha presentado prueba alguna que evidencie este hecho.
- 71.- Al margen de la probanza referida en el párrafo anterior, como una cuestión adicional es preciso indicar que el uso de maquinarias debe estar previsto en la programación y planificación que se realice *ex ante* del inicio de la operación, si la decisión se adopta durante la operación, el Capitán de la nave legítimamente y con el debido sustento (como por ejemplo por cuestiones de seguridad) puede oponerse, sin que esto signifique que asuma responsabilidad por la demora producto de esta decisión. Situación diferente sería que APM hubiera previsto con anterioridad el uso de maquinaria y el Capitán no permita su uso.

²⁶ Aprobado por el Decreto Supremo N° 028-DE-MGP.



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- 72.- Sobre las condiciones la nave (tamaño de las escotillas y tipo de grúas), en el Informe N° 025-14-GAJ-OSITRAN (en adelante, el Informe N° 025), notificado mediante Oficios N° 201 y 202-14-GG-OSITRAN, a través de los cuales se confirmó las penalidades impuestas a la mencionada Entidad Prestadora por incumplimiento de los estándares de servicio exigidos en el Contrato de Concesión durante el séptimo trimestre de explotación, se señaló lo siguiente:

"52.- (...) la planificación es un elemento intrínseco de la gestión portuaria y conlleva a que el terminal, antes del inicio de las operaciones, realice coordinaciones con los usuarios del puerto a fin de conocer si una nave puede o no ser atendida en el terminal (por razones de seguridad, por ejemplo), el muelle al que será asignada, el tipo de carga a recibir, las características de la mercancía, la forma de desestiba a emplear, el equipamiento que será necesario destinar, las obligaciones de las partes, y todos aquellos aspectos relevantes para dar atención a la nave. Esa planificación, previa al inicio de la estiba o desestiba, derivará en la elaboración de un plan de trabajo o plan de operaciones, diseñado en función de la información antes referida, el mismo que regirá el modo en que las operaciones se desarrollarán.

53.- A partir de ello, si el Concesionario lleva a cabo la recepción de una nave y procede a efectuar la desestiba de la misma, es porque previamente ha realizado un análisis sobre las condiciones en que efectuará la descarga, así como los riesgos involucrados (...).

54.- Se colige de lo expuesto, que el Concesionario tiene los incentivos suficientes para planificar lo mejor posible sus operaciones y, asimismo, exigirle a sus clientes que cumplan con las obligaciones a su cargo de manera tal que no lo perjudiquen en su relación con el Concedente por cuestiones relativas a las operaciones portuarias. En otras palabras, el Concesionario, en su calidad de administrador portuario, se encuentra en una mejor posición para minimizar sus riesgos o para asignarlos de mejor manera entre las partes involucradas en operaciones de ese tipo. En ese sentido, la planificación de las operaciones a las que se ha hecho referencia, no constituyen un fin, sino un medio que permite al Concesionario cumplir con sus obligaciones contractuales o, en todo caso, exonerarse de responsabilidad frente a la configuración de eventos que podrían constituir incumplimientos de obligaciones asumidas.

55.- En línea con todo lo expuesto (...) si APMT brinda atención a una nave que transporta carga fertilizante, es porque previamente ha debido coordinar con sus clientes y de antemano conoce el tipo de mercancía que será recibida, la disposición de las bodegas de las naves, el equipamiento con el que la embarcación cuenta, el número de unidades de transportes disponibles para la operación, entre otros. Con dicha información, el terminal, en virtud de la facultad de gestionar él mismo las operaciones y servicios, planifica los recursos que serán necesarios destinar para la atención de la nave, lo cual derivará en un plan de trabajo que le permitirá efectuar la desestiba de manera eficiente, a fin de dar cumplimiento a los niveles de servicio y productividad, nivel que ha sido fijado, para el caso de carga fertilizante, en 300 toneladas/hora".

[Resaltado y subrayado agregado]

- 73.- De lo expresado, resulta evidente que APM es responsable de realizar la planificación adecuada como parte de su compromiso como gestor portuario, no pudiendo invocar como eximente de responsabilidad cuestiones que debió prever al recibir una nave para brindarle determinados servicios, como son las condiciones físicas y reales de la nave, como pueden ser el tamaño de las escotillas o el tamaño de la grúa.

- 74.- Por lo tanto, si APM recibió la nave, está obligada a realizar la operación sin que estas circunstancias se consideren como eximentes de responsabilidad o causas que justifiquen demora alguna de las operaciones.



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- 75.- Respecto de la disponibilidad de estibadores, como ya se ha indicado, es una eventualidad o riesgo de la operación de embarque o desembarque, las cuales, como ya se ha visto, están bajo el manejo y control de APM, en virtud de lo establecido en el Contrato de Concesión. En ese sentido, no es una circunstancia que pueda justificar o eximir de responsabilidad cuando ocasionen el retraso en las operaciones programadas, ni tampoco es un riesgo que tenga que ser trasladado al usuario, puesto que la parte que se encuentra en mejor capacidad de asumir o minimizar su ocurrencia²⁷, lo cual implica reducir los efectos o consecuencias negativas en caso se presenten, es APM.
- 76.- En ese sentido, resulta razonable considerar que APM está en mejor condición de poder prever las posibles contingencias que se puedan presentar en el Terminal Portuario relacionada con la falta de estibadores 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.
- 77.- Adicionalmente a lo dicho, y al margen del hecho que la falta de estibadores es un riesgo de la operación a cargo de APM, se debe indicar que la entidad prestadora tampoco ha probado cuál fue el número de estibadores que nombró para la operación. Al respecto, en su escrito de absolución acompañó como anexo 1 el documento titulado como "*Nombrada de Trabajadores Portuarios*" (del folio 154 al 185) que contiene la relación de dichos trabajadores que habrían realizado las labores de embarque del pescado congelado. De la revisión de dicho documento se aprecia que existe un cuadro con siete columnas, en la cuarta denominada con "*Apellidos y Nombres*" aparecen una serie de nombres que serían de los estibadores que realizaron labores en la nave *Kapitan Lazarev*; sin embargo, en la séptima columna, en donde debió recogerse al final de cada jornada, la firma de los trabajadores nombrados, esto en señal de control y cumplimiento del trabajo, se encuentra vacía. Asimismo, tampoco aparecen al final de los documentos la rúbrica del supervisor, el *shift manager* y el representante de recursos humanos de APM.
- 78.- Siendo esto así, la falta de firmas en los documentos denominados "*Nombrada de Trabajadores Portuarios*", le restan la fuerza probatoria que pretende APM para acreditar cuántos fueron los trabajadores que designó por cada jornada durante la operación de embarque de pescado en la nave *Kapitan Lazarev*.
- 79.- En consecuencia, conforme queda acreditado, APM no ha probado ningún hecho imputable al usuario que pueda haber justificado el retraso de la operación, sino más bien, se han presentado situaciones que deberían estar dentro del manejo y control de APM, lo que genera que deba asumir la responsabilidad por la excesiva demora en la operación y por los sobrecostos que esta haya ocasionado al usuario.

²⁷ 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/ojo/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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

Sobre los sobre costos producto de la demora en la descarga

- 80.- TASA sostiene que la demora en la operación de embarque de su mercadería le ocasionó el pago de penalidad a favor del armador de la nave por un monto total de US \$ 102 781,25 (ciento dos mil setecientos ochenta y un y 25/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).
- 81.- 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 dependientes.
- 82.- 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.
- 83.- 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.*

[Subrayado y resaltado agregado]

- 84.- 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.

- 85.- De las normas reseñadas y citadas, queda claro que:



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

- 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.
- 86.- En tal sentido, en el presente caso se debe analizar si TASA ha probado la existencia de los daños y que estos son responsabilidad de APM, no correspondiendo valorar ni emitir pronunciamiento sobre el monto de reparación.
- 87.- Sobre el particular, APM asevera que solo sería responsable por los servicios que brinda en sus instalaciones y no responde por tratos que los usuarios celebren con terceros. Sobre el particular, lo señalado por la Entidad Prestadora no resulta cierto puesto que APM es responsable frente a los usuarios por cualquier daño o sobrecosto que le genere con su accionar durante la prestación de los servicios y este, de conformidad con las reglas del Código Civil, que como ya se indicó, resultan aplicables al presente caso, incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante.
- 88.- En ese sentido, tal como se acredita con la Nota de Débito (folio 65 al 68) la demora en la estiba del pescado congelado originó que TASA esté obligado a pagarle a la empresa CRYSTAL SEAFOODS por *demurrage* de la nave *Kapitán Lazarev* la suma de US \$ 102 781,25 (ciento dos mil setecientos ochenta y un y 25/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) por dicha demora, sucedidos entre el 27 de marzo y el 8 abril de 2013.
- 89.- Como cuestionamiento APM sostiene que TASA indicaría que el monto mencionado correspondería a la cantidad de mercadería que no habría podido ser embarcada. Sin embargo, esta alegación carece de mayor relevancia, puesto que en el documento mencionado que fuera anexado como medio probatorio expresamente está referido al sobrecosto por *demurrage* y el usuario a lo largo del procedimiento ha manifestado que dicho monto corresponde a ese concepto, así en el escrito de reclamo señala:

"MEDIOS PROBATORIOS"

Para la resolución del presente reclamo, deberá tener en consideración las siguientes pruebas:

(...)

6.- Nota de Débito que corresponde al cobro de la demora de la nave, emitido por nuestro cliente 'Crystal Frozen Seafoods', por el monto de US \$ 102781,25 (CIENTO DOS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UNO CON 25/100 DÓLARES AMERICANOS".

- 90.- Otra justificación esbozada por APM en contra de la penalidad es que el Contrato de Fletamento que suscribió TASA comprendía tanto la mercadería que fuese embarcada en el puerto de Coronel en



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

Chile, como en el Callao, y que en total se otorgaban poco más de 10 días para realizar la operación de carga, pero en el primer puerto se tomaron 6 días, y el tiempo restante para el Callao era de 3 días con 23 horas y 55 minutos.

91.- Sobre este punto, y como ya se ha dicho, al no haber comunicado cuál era la planificación de la operación, resulta válido que el usuario tenga como expectativa que APM por lo menos ejecutará la carga teniendo como referencia el nivel consignado como promedio trimestral. En ese sentido, la operación debió durar menos de un día, con lo cual los casi cuatro días que tenía disponible TASA para que APM realice el embarque de la mercadería en el puerto del Callao sin que se aplique la penalidad por *demurrage* resultaba ser un plazo suficientemente holgado para cumplir con la operación sin incurrir en dicho sobrecosto, teniendo en cuenta por lo demás, que en las operaciones que se llevaban de manera paralela en los otros muelles no superaban los cuatro días de estadía.

92.- En virtud de los considerandos precedentes, APM no ha demostrado que efectivamente brindó a TASA un servicio de embarque de la mercadería adecuado de acuerdo con lo que esperaba dicho usuario ante la falta de información suficiente y oportuna, generando demora en la operación que le es atribuible; en consecuencia, debe asumir el sobrecosto *demurrage* de la nave *Kapitan Lazarev* desde las 00:51 horas del 29 de marzo de 2013 hasta las 10:05 horas del 8 de abril de 2013.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN²⁸;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida dentro del expediente N° APMTC/CS/392-2013 de fecha 5 de julio de 2013; y en consecuencia declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por TECNOLÓGICA DE ALIMENTOS S.A., determinando responsabilidad de APM TERMINALS CALLAO S.A. por los daños derivados de la demora, *demurrage*, y/o costos de sobreestadía de la nave *Kapitan Lazarev*, desde las 00:51 horas del 29 de marzo de 2013 hasta las 10:05 horas del 8 de abril de 2013; 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.

²⁸ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN. Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN.

Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables
(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- a) Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- b) Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- c) Integrar la resolución apelada;
- d) Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda".

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa.

Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia".



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° 100-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 2

SEGUNDO.- NOTIFICAR a TECNOLÓGICA DE ALIMENTOS S.A y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN