



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

EXPEDIENTE N° : 149-2013-TSC-OSITRAN
APELANTE : MOLINOS & CIA S.A.
EMPRESA PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : RESOLUCIÓN N° 1 DEL EXPEDIENTE N° APMTC/CS/625-2013

RESOLUCIÓN N° 2

Lima, 15 de julio de 2014

SUMILLA: *En el supuesto de descarga directa al vehículo, si la Entidad Prestadora no comunicó al usuario cuál es el nivel de descarga de las operaciones, no puede realizar cobros por recargo por cuadrilla no utilizada.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por MOLINOS & CIA S.A. (en adelante, MOLINOS o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida dentro del expediente N° APMTC/CS/625-2012 (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 julio de 2013, MOLINOS solicitó la anulación de la factura N° 003-0011450 cuyo importe asciende a US \$ 8 673.00 (ocho mil seiscientos setenta y tres con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) emitida por el concepto de compensación por cuadrilla no utilizada, argumentando lo siguiente:
 - i.- En su calidad de consignatarios de la mercadería que fuera descargada de la nave M/N TUFTY, no ha recibido correo electrónico o comunicación directa de APM donde se le brinde información respecto al desarrollo de las operaciones en la referida nave.
 - ii.- Tampoco se ha llevado a cabo una Junta Pre-Operativa con las partes involucradas (agente marítimo, agente de aduanas, de transporte y consignatarios) a fin de coordinar y determinar los detalles de la logística necesaria para el buen desempeño de las operaciones en la referida nave.



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- iii.- Señala que APM únicamente envió al agente marítimo (South Shipping Ltd.), vía correo electrónico, los reportes de cierre de jornada (estado de hechos) como sustento del servicio facturado.
 - iv.- Sin embargo, dichos reportes no son exactos pues en estos se consignó una paralización de las operaciones debido a la falta de camiones para la descarga de la nave, la cual supuestamente ocurrió entre las 23:00 horas del 8 de junio y las 07:00 horas del 9 de junio; lo que contradice el correo electrónico enviado por el Sr. Manuel Zapata Novoa (General Cargo Planner de APM) quien claramente indica que durante dicho período, las bodegas de la nave habían sido cerradas a causa de la lluvia (de las 22.22 horas del 08 de junio a las 06.50 horas del 09 de junio).
 - v.- Pese a las incidencias que APM manifiesta ocurrieron durante la descarga de la nave, MOLINOS no recibió alguna comunicación o correo electrónico, sobre el desarrollo de las operaciones en la nave o de algún incidente que hubiera acontecido por la falta de transporte y/o congestión en la balanza.
 - vi.- No obstante dicha falta de comunicación, su agente marítimo solicitó a APM la suspensión de una cuadrilla de estibadores debido a la congestión en las balanzas durante los días 8, 9 y 10 de junio 2013, a lo que agrega que existió una demora en el interior del terminal, en la medida que entre el ingreso y la salida de las unidades de transporte, transcurría un período de 1 a 1.30 horas aproximadamente, lo que se encuentra acreditado en los reportes de los tickets de pesaje de APM.
 - vii.- Finalmente, a fin de acreditar la mala calidad de servicio prestado por APM durante las operaciones de descarga de la nave M/N TUFTY, adjunta 2 cartas de protesta elaboradas por el propio capitán de la nave denunciando el derrame de la mercadería (urea), tanto en la cubierta de la nave como en el muelle, lo que le ha generado una merma de aproximadamente 70 toneladas métricas.
- 2.- Mediante resolución N° 1 del 5 de setiembre de 2013, APM resolvió el reclamo presentado por MOLINOS, declarándolo fundado en parte, en el extremo de realizar el descuento de 08 horas de la factura N° 003-0011450 por los siguientes argumentos:
- i.- El proceso de descarga directa de la mercadería a granel se realiza de la bodega de la nave a los camiones enviados por el usuario, tal como es de conocimiento de la apelante. Para ello, el departamento de operaciones realiza previamente un Plan de Operaciones incluyendo personal de estiba y maquinarias, con la finalidad que dicha descarga se realice de manera fluida y sin paralizaciones.
 - ii.- Sin embargo, la operación de descarga directa puede verse interrumpida por circunstancias fuera del control de APM las que pueden impedir o interrumpir la continuidad de dicho plan, como ocurre ante la falta de camiones al costado de la nave para poder recibir la mercadería.

Página 2 de 16



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- iii.- En el presente caso, APM emitió la factura N° 003-0011450 debido a que se comprobó que existió un total de 21 horas de paralización de operaciones debido a la falta de camiones que debió enviar la apelante para el retiro de su carga; tal como quedó acreditado en el reporte de Estado de Hechos de la nave M/N TUFTY.
- iv.- Sin perjuicio de lo antes señalado, APM ha reconocido que durante el turno del 7 de junio a las 23:00 hasta las 07:00 del 8 de junio del 2013, existió una paralización de las operaciones de la nave por razones climáticas (lluvia) y no por falta de camiones, por lo que no correspondía facturar dicho recargo por ese período de tiempo.
- v.- Respecto a la no realización de las reuniones pre operativas, indica que de conformidad con el artículo 51 de su Reglamento de Operaciones, esta tiene la obligación de realizar la planificación de las operaciones de las naves cuyo atraque en el terminal se encuentra programado.
- vi.- Sin embargo, si bien es cierto que APM debe realizar dichas reuniones pre operativas con los responsables de las naves, es también responsabilidad de los clientes y/o propietarios de la carga solicitar la asistencia a dicha reunión.
- vii.- Asimismo, tanto APM como los responsables de las naves, en el presente caso la agencia marítima South Shipping Limited S.A., tienen información permanente y constante de las operaciones y situaciones que acontecen en el puerto. En este sentido, es responsabilidad de dichas agencias el informar a sus clientes la existencia de algún acontecimiento no previsto que pueda afectarlos.
- viii.- Finalmente, respecto de la congestión de camiones en el ingreso por las balanzas del terminal, indica que ello es de responsabilidad de los gobiernos regionales y locales, siendo que APM únicamente es responsable por los eventos que sucedan dentro del terminal y no por lo que ocurra en el exterior.
- 3.- Con fecha 26 de setiembre de 2013, MOLINOS presentó su recurso de apelación contra la resolución N° 1, reiterando los argumentos de su escrito de reclamo y añadiendo lo siguiente:
- i.- Nunca recibió comunicación de APM con información sobre el desarrollo de las operaciones. El agente marítimo fue el que recibió los reportes de cierre de jornada (estado de hechos), elaborados y enviados por APM como sustento de la factura emitida, el cual no contiene información fidedigna respecto a lo que ocurrió durante las operaciones en la nave.
- ii.- Asimismo, el Reporte Final de Operaciones de la nave, que, de conformidad con la resolución impugnada acreditaría la paralización de las operaciones por la falta de medios de transporte para la descarga de la nave, no señala ni el nombre ni el cargo de la autoridad que lo expidió, ni existe una firma autorizada o sello u alguna otra formalidad necesaria para que pueda considerarse válido. Al respecto, indica que los administrados



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

tienen el derecho de conocer el nombre y cargo de la autoridad que los expide conforme al artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG).

- iii.- Una muestra de la inexactitud e informalidad de tal documento es evidenciado en la propia resolución materia de impugnación, en la parte en la que APM reconoce que existe información en aquel que no se ajusta a lo ocurrido durante las operaciones de la nave.
 - iv.- En otro sentido agrega que la resolución materia de impugnación vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas, al no haber emitido pronunciamiento sobre el reclamo relacionado por los perjuicios económicos generados como consecuencia de las mermas que se produjeron durante la descarga de la nave.
 - v.- Finalmente, afirma que la resolución impugnada tampoco se pronuncia sobre la demora en la salida de las unidades de transporte lo cual es de exclusiva responsabilidad de APM, siendo que algunos vehículos permanecieron en el terminal por más de 4 horas, lo cual ha quedado acreditado con los tickets de pesaje de APM que detallan la hora de ingreso y salida de cada vehículo.
- 4.- El 28 de febrero de 2013, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación reiterando los argumentos esgrimidos en la resolución N° 1 que declaró fundado en parte el reclamo de MOLINOS, agregando lo siguiente:
- i.- Conforme se estipuló en la resolución materia de impugnación, del total de las 21 horas facturadas sólo 8 no correspondían ser asumidas por MOLINOS debido a que dicha paralización fue consecuencia de factores climatológicos.
 - ii.- En los procesos de descarga directa al vehículo, el apelante es el único responsable de la programación y envío de las unidades de transporte para el retiro de la mercadería, agregando que el desenvolvimiento de dichas operaciones depende en gran medida de la disponibilidad del número de vehículos que el usuario envíe.
 - iii.- Dado lo expuesto y de la revisión de los medios probatorios presentadas en el expediente, ha quedado acreditado que el apelante no envió unidades de transporte de manera constante (es decir que el ingreso de camiones no fue continuo), lo que les hubiera permitido realizar el retiro de la carga evitando incurrir en el cobro del servicio facturado.
 - iv.- Por otro lado, respecto a las cartas de protesto del 10 de junio de 2013, señala que éstas no se encuentran dirigidas a APM sino a la empresa South Shipping Ltd., motivo por el cual no se puede afirmar que estos daños fueron comunicados de manera oportuna a APM.
 - v.- Asimismo, respecto a lo alegado por MOLINOS en el sentido que habría existido un derrame de la carga en la nave y en el muelle, lo que generó una diferencia de pesos por



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

aproximadamente 75 toneladas; afirma que ello es falso por cuanto la Autorización de Descarga Directa Internacional N° 11281 solicitada por la apelante, fue emitida por 1 980.00 toneladas manifestadas de granel sólido (fertilizantes) y las toneladas pesadas en la balanza de APM alcanzan un total de 1 987.10; es decir, se ha descargado una cantidad mayor a la solicitada por la apelante.

vi.- A lo anterior agrega que MOLINOS no ha sustentado ni probado la existencia de los perjuicios económicos alegados, ni que éstos hayan sido generados por APM.

vii.- Sobre la congestión alegada por el usuario en el ingreso de las balanzas, es una situación que es de competencia de los gobiernos regionales y locales. En ese sentido APM sólo es responsable de los eventos que suceden dentro del terminal, no respondiendo por aquello que ocurra en los exteriores. Asimismo, se debe tener en cuenta que la Entidad Prestadora atiende a los usuarios de acuerdo a su orden de llegada, no pudiendo otorgar preferencias en el ingreso y/o salida de las unidades de los distintos usuarios.

viii.- Tanto APM como los responsables de las naves, en el presente caso la agencia marítima South Shipping Limited S.A., tienen información permanente y constante de las operaciones que acontecen en el puerto. Por ello, es responsabilidad de los agentes marítimos informar a sus clientes (consignatarios de la carga), respecto de la existencia de algún acontecimiento no previsto que pueda afectarles durante las operaciones de la nave.

5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 11 de junio de 2014, no pudiéndose arribar a un acuerdo debido a la inasistencia de las partes. El 13 de junio 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.

II.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

6.- Del análisis del expediente administrativo, se puede establecer que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento por parte de MOLINOS por el cobro por concepto de "recargo por cuadrilla no utilizada"; situación que se encuentra prevista como supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.1 del Reglamento de Reclamos de APM¹ y en el literal a) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

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

"1.5.3 Materia de Reclamos
(...)

1.5.3.1 La facturación y el cobro de los servicios que ofrece APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA, En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a APM TERMINALS CALLAO S.A.

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



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

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

- 7.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁵, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 8.- 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 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.
- 9.- 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 regional⁶. En virtud

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

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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

³ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

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

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

⁴ Reglamento Reclamos de APM, 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".

⁵ 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".

⁶ 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.

(...)"



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

a lo expuesto, es posible concluir que el plazo que tiene el usuario para presentar su recurso de apelación se computa en días hábiles.

- 10.- 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 MOLINOS el 5 de setiembre de 2013.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que MOLINOS interponga su recurso de apelación fue el 26 de setiembre de 2013.
 - iii.- MOLINOS presentó su recurso administrativo el 26 de setiembre de 2013, evidenciándose que lo interpuso en el plazo exigido normativamente.
- 11.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁷, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la procedencia del cobro por un servicio prestado por APM.
- 12.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

Respecto de la nulidad de la resolución impugnada

- 13.- Sobre el particular, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN, dentro del procedimiento de reclamos, las Entidades Prestadoras tienen el carácter de "Entidad de la Administración Pública" conforme al numeral 8 del artículo I de la LPAG⁸, siéndoles exigibles las disposiciones de dicho reglamento y en lo no previsto, las de la referida ley.

⁷ Ley N° 27444

"Artículo 209.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".

⁸ LPAG

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

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

(...)

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



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 14.- Por consiguiente, según lo prescrito en el artículo 3 de la LPAG⁹, la motivación es uno de los requisitos de validez que APM debe de observar cuando resuelve los reclamos de sus usuarios¹⁰.
- 15.- De acuerdo con el artículo 10 de la LPAG invocado por MOLINOS, una causal de nulidad del acto administrativo es el defecto u omisión de uno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación a los que se refiere el artículo 14 de la norma.
- 16.- El numeral 6.1 del artículo 6 de la LPAG prescribe que la motivación deberá ser expresa, mediante:
- a) Una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico; y,
 - b) La exposición de las razones jurídicas y normativas que, con referencia directa a los hechos alegados, justifican el acto adoptado.
- 17.- En ese orden de ideas, en la resolución materia de impugnación si bien APM ha realizado un análisis respecto al cobro por el concepto de "Recargo por Cuadrilla no utilizada", ha omitido pronunciarse respecto del derrame de la mercadería de la apelante (urea) en la cubierta de la nave y en el muelle así como por la supuesta diferencia de peso de 70 toneladas métricas alegadas por la apelante.
- 18.- En ese sentido, en el presente caso la resolución resulta afectada en uno de sus requisitos de validez, como es la motivación al no haberse pronunciado respecto de todos los puntos reclamados por la apelante, por lo que contiene un vicio de nulidad. Sin perjuicio de ello, en aplicación del artículo 217, numeral 217.2 de la LPAG, que establece que constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello, corresponde que este colegiado se pronuncie sobre el fondo de la pretensión, considerando que se cuenta con los elementos de prueba suficientes para resolver el presente caso.

Respecto del cobro por el concepto denominado Recargo por Cuadrilla no Utilizada

- 19.- En el presente caso, MOLINOS solicita se anule el cobro por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada durante las operaciones de desestiba directa al vehículo de carga a granel, que arribara a puerto en la nave M/N TUFTY el 08 de junio de 2013.

⁹ LPAG

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

(...)

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

¹⁰ Sobre este tema también ver la Resolución Final emitida en el Expediente N° 012-2011-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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 20.- Sobre el particular y con relación a la organización del servicio, el numera 8.2 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión suscrito con el Estado Peruano¹¹ señala lo siguiente:

"ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO

8.2.- Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA diseñar y administrar los Servicios que proporcionará a los Usuarios del Terminal Norte Multipropósito de conformidad con los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión y en el Expediente Técnico".

[Subrayado y resaltado agregado]

- 21.- En ese contexto en el artículo 6 del Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurridos los hechos¹² se señala lo siguiente:

"Artículo 6º.- Es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".

- 22.- Asimismo, el Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹³, con relación a la obligación de las entidades prestadoras de brindar la información, establece en sus artículos 5 y 7 lo siguiente:

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

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

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

Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

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

a) A la información

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

- 23.- Por su parte, en los artículos 49 y 51 del mencionado Reglamento de Operaciones de APM se establece lo siguiente:

¹¹ Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita suscrito entre Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 9 de septiembre de 2009.

¹² Aprobado con Resolución N 486-2011-APN/GGpor 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 junio de 2014).

¹³ 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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

"Artículo 49.- APM TERMINALS coordinará con los usuarios registrados ante el Terminal Portuario, la prestación de sus correspondientes servicios. Las empresas que desarrollen actividades en las instalaciones, deben asignar una persona que coordine y supervise las labores y responda por el personal durante la ejecución de las operaciones"

Artículo 51.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos del Terminal Portuario para las operaciones que sean solicitadas por los usuarios.

Contempla las siguientes acciones:

a.- Planear e impartir las disposiciones para el desarrollo de las operaciones.

b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.

c.- Planear la asignación de amarraderos.

d.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento".

24.- Los recargos en virtud de lo dispuesto por el numeral 5.4 del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM¹⁴, son cobros excepcionales que recaen en los usuarios, cuando sus acciones u omisiones generan sobrecostos a la Entidad Prestadora.

25.- El numeral 5.4.2.1 del citado Reglamento de Tarifas, estipula diferentes supuestos que originan el recargo de compensación por cuadrilla no utilizada:

"5.4.2 Recargos a los Servicios prestados a la Nave.

5.4.2.1 Recargo por compensación de cuadrilla no utilizada

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

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

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

De la misma forma, este recargo será aplicado en caso la línea naviera requiera ser atendida fuera del horario programado por el Terminal, o cuando se dispongan las cuadrillas para la atención a la nave y ésta por razones no imputables al terminal, demore su atraque e inicio de operaciones¹⁵

¹⁴ Reglamento de tarifas y Política Comercial de APM TERMINALS CALLAO S.A.

"Recargos

Los recargos que excepcionalmente se realicen se efectuarán en los siguientes supuestos: (...)"

¹⁵ El cobro se realizará desde que la cuadrilla está disponible hasta el inicio de operaciones. (Nótese que las Jornadas son las siguientes 7:00, 15:00 y 23:00 horas)



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

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

[Subrayado y resaltado agregado]

- 26.- Dado lo expuesto, se observa que APM tendrá la facultad de facturar dichos recargos siempre que se demuestre que asignó personal para las labores de carga o descarga de la nave y por responsabilidad de la línea naviera o del consignatario, se detienen las operaciones programadas en la nave.
- 27.- Se debe tener en cuenta que el artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN prescribe que en los reclamos relacionados con facturación, corresponde a la Entidad Prestadora probar que los servicios se brindaron conforme con las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente.
- 28.- Como se aprecia de lo citado, en el Contrato de Concesión se reconoce que es facultad de APM organizarse, gestionar y programar la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente según lo que considere pertinente, de acuerdo con los recursos (operativos, humanos, financieros) con los que cuente, respetando los parámetros establecidos en el propio Contrato y en el Expediente Técnico.
- 29.- Esta facultad desarrollada en los artículos ya citados, incluye planear la operación impartiendo las disposiciones necesarias para ello y comunicándoselas a los usuarios. Este planeamiento, necesariamente implica analizar cuál sería la magnitud de la operación y determinar qué recursos son necesarios para ello.
- 30.- En el presente caso MOLINOS asegura no haber recibido comunicación alguna por parte de APM respecto a la realización de una junta pre-operativa a fin de programar las operaciones en la nave TUFTY. Tampoco recibió por parte de la Entidad Prestadora ninguna información relacionada al desarrollo de las operaciones.
- 31.- Al respecto APM indica que si bien es cierto que ellos tienen la obligación de realizar estas reuniones pre operativas con los responsables de las naves, tal como lo viene realizando, es también responsabilidad de los clientes y/o propietarios de la carga solicitar la asistencia a dicha reunión. Afirma que tanto APM como los responsables de la nave, en este caso la agencia marítima South Shipping Limited S.A, tienen información permanente y constante de las operaciones que acontecen en el puerto, por lo que concluye que es responsabilidad de estos informar a la apelante la existencia de algún acontecimiento no previsto que pudiera afectarles.
- 32.- Sobre el particular y tal como ha quedado acreditado en el presente proceso, existe una obligación de APM de coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones que se realizarán en las naves, la cual no se limita al deber de informar a la agencia marítima que se encarga únicamente de las operaciones en la nave, sino que debe incluir al resto de operadores que tengan alguna relación con toda la operación relacionada con la carga, tales



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

como las agencia de aduanas y los consignatarios, más aún cuando son estos últimos los que deberán asumir los costos por las demoras incurridas u hechos que afecten las programaciones realizadas.

- 33.- Se debe tener en cuenta que es APM quien determina y define el Plan de Operaciones; por ello, le corresponde comunicar a los usuarios dicho plan, el que debe establecer las obligaciones que deben cumplir para que las operaciones se realicen conforme con lo programado, lo cual forma parte de las condiciones del servicio, con la finalidad de evitar la aplicación de recargos por acciones u omisiones que puedan generar sobrecostos a la Entidad Prestadora.
- 34.- En el caso bajo análisis, conforme se detalla en el Anexo 1 del escrito de absolución del recurso de apelación, APM realizó la descarga de fertilizantes (los que califican como carga a granel) de manera directa a los vehículos de transporte terrestre que MOLINOS dispuso para su retiro del puerto.
- 35.- APM sostiene que durante esta operación de descarga hubo un retraso de 13 horas debido a la falta de vehículos de transporte que debió enviar el usuario para el retiro de su carga, por lo que el cobro del recargo por cuadrilla no utilizada estaría justificado.
- 36.- Respecto al incumplimiento de los niveles de descarga del puerto, cabe indicar que en el Contrato de Concesión, el nivel de productividad y servicio exigido para el caso de la descarga a granel no es por operación, sino que se mide por promedio trimestral, el cual no debe ser menor a 400 toneladas por hora.
- 37.- Dado lo expuesto, el Contrato de Concesión le permite a APM organizar y determinar de manera libre su capacidad de descarga en cada operación individual y cumplir con sus obligaciones, siempre que no sea menor el referido promedio trimestral. Esto significa que en cada operación individual, el usuario deberá respetar el nivel de descarga decidido por APM.
- 38.- Dicho de otro modo, el establecimiento del nivel de descarga individual es parte de la facultad de APM para organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios a los usuarios de la manera más eficiente, según considere pertinente, de acuerdo con los recursos (operativos, humanos, financieros) con los que cuente, respetando los parámetros establecidos para tal efecto en el Contrato de Concesión.
- 39.- En consecuencia, si bien APM tiene la facultad de determinar cuál será el nivel de descarga de mercadería a granel en cada operación individual, de conformidad con el artículo 6 y 51 del Reglamento de Operaciones de APM, esta prerrogativa exige como contrapartida que la Entidad Prestadora informe la programación de la operación al usuario para que este pueda organizarse y, en el caso de descarga directa (de vapor a camión) pueda enviar los vehículos suficientes que permitan el desarrollo sin contratiempos de lo planeado.
- 40.- Ello es concordante con lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios anteriormente citado, y según el cual corresponde a la



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

Entidad Prestadora brindar la información relevante sobre los servicios brindados y sus condiciones, que en este caso sería el nivel de descarga por fracción de tiempo.

- 41.- En el caso que APM no determine un nivel de descarga general y fijo para todas las operaciones, entonces deberá hacerlo por operación en particular lo cual dependerá de los recursos con los que cuente y de la organización para cada operación. Entonces, de acuerdo con el Reglamento de Operaciones, la oportunidad para informar a los usuarios cuál será el volumen de descarga individual es al momento de establecer y comunicar el respectivo Plan de Operaciones.
- 42.- Al respecto, a través de la Nota N° 073-2013-GS-OSITRAN la Gerencia de Supervisión absolvió una consulta de este colegiado relacionada con el Expediente N° 054-2013-TSC-OSITRAN que al igual que el presente caso versaba sobre el cobro por el concepto de recargo por cuadrilla no utilizada, indicando que para el supuesto de descarga (directa), una vez determinada la planificación APM debe comunicar al usuario las características de la operación (tonelaje a movilizar, bodegas a atender, cuadrillas de estibadores a utilizar, maquinaria requerida), lo cual permitirá a este último, especialmente en el caso de descarga directa, calcular cuántos vehículos está obligado a enviar y con qué frecuencia, con la finalidad de retirar la carga del puerto. Además de lo indicado por dicha gerencia, se considera que otra opción sería que APM comunique expresamente el número de camiones (y la frecuencia) que requiere para llevar a cabo la operación. Esta información debe formar parte del Plan de Operaciones y por lo tanto debe ser debidamente puesta en conocimiento de los usuarios por parte de APM.
- 43.- Siendo esto así, en el presente caso era necesario acreditar que el usuario conocía cuál iba a ser el nivel de descarga y en virtud de ello, determinar que este tenía la obligación de llevar 4 camiones cada 10 minutos, tal como sostiene APM. En este sentido, y en aplicación del artículo 34 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, correspondía que la Entidad Prestadora demostrar que informó del nivel de descarga al usuario al momento de determinar y comunicar el Plan de Operaciones.
- 44.- Pese a lo expuesto, a lo largo del presente expediente administrativo no se ha presentado documento alguno que acredite que en el Plan de Operaciones fue debidamente comunicado al usuario o que en las programaciones de las operaciones se determinó cuál sería el nivel de descarga, a fin de poder exigirle al usuario un número determinado de camiones por hora a fin que pueda cumplirse con las programaciones realizadas. Por el contrario la Entidad Prestadora pretende que sea la Agencia Marítima la que informe a los consignatarios respecto de la programación de las operaciones así como los acontecimientos que afecten su buen desenvolvimiento, desconociendo su deber de información que tiene frente a los usuarios.
- 45.- Cabe resaltar que si bien MOLINOS es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones, también es cierto que este se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM quien finalmente conoce de antemano la prioridad, velocidad, día y hora en la que se puede realizar la descarga, en virtud de los recursos con los que cuenta.

Página 13 de 16

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





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 46.- Respecto a los tickets de ingreso de los camiones que fueron adjuntados por APM a fin de acreditar la falta de envío de los camiones por parte del usuario, se debe indicar que estos medios probatorios carecen de mayor relevancia, en la medida que ha quedado acreditado que la Entidad Prestadora no cumplió con informar el Plan de Operaciones al apelante. Por ello, mal hace APM al pretender exigir la obligación del usuario de enviar medios de transporte para el retiro de su carga, cuando éste nunca tuvo conocimiento de las condiciones ni el momento en que debía enviar los referidos camiones.
- 47.- En otro sentido, se debe añadir que APM utiliza como documento probatorio que sustenta el retraso en las operaciones, el denominado Reporte de Hechos el cual, como ha sido reconocido, no detalla la información de una manera exacta y fidedigna que permita responsabilizar al usuario por las demoras en las operaciones incurridas, en la medida que la propia Entidad Prestadora ha reconocido que de las 21 horas de paralización de las operaciones como consecuencia de la falta de camiones del apelante consignadas en el referido documento, 8 horas responden a factores climáticos y no a la falta de diligencia del usuario.
- 48.- Asimismo, resalta también el hecho que el referido documento, no cuenta con las firmas ni del capitán de la nave ni del dueño de la carga, por lo que se trataría de una declaración de parte, no pudiendo otorgarse valor probatorio por las razones antes detalladas.
- 49.- Dado lo expuesto y, teniendo en cuenta que el documento que sustentaría el cobro realizado por APM, presenta errores e inexactitudes respecto a los hechos ocurridos en la nave, este no puede ser tomado ser considerado a fin de demostrar que las paralizaciones son consecuencia de la falta de diligencia del usuario.
- 50.- De conformidad con los considerandos precedentes, no corresponde que APM realice el cobro por cuadrilla no utilizada al no haber informado debidamente al usuario las obligaciones que debía cumplir a fin que las operaciones de descarga no se vean interrumpidas por su responsabilidad.

Respecto de los daños producto de la merma de la mercadería de la apelante

- 51.- Sobre el particular, 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*". En tal sentido, queda claro que en los supuestos de reclamos por daños corresponde al usuario acreditar que estos se produjeron y que es responsabilidad de la entidad prestadora.
- 52.- En el presente caso, la apelante refiere haber sido afectada como consecuencia del derrame de producto en la nave y en el muelle, producto del mal servicio de descarga prestado por APM.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 149-2023-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

- 53.- A fin de acreditar estos daños la apelante presenta 2 cartas de protesto firmadas por el capitán de la nave, en el cual se indica que existió derrame del producto (urea), tanto a bordo de la nave como en el muelle. Dichas cartas cuentan con fotografías que demostrarían los hechos indicados en los protestos presentados; sin embargo se aprecia que dichos protestos informativos fueron dirigidos a la empresa naviera South Shipping Ltd. y no a APM.
- 54.- Sobre el particular y con relación a la notificación de daños, de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento de Operaciones de APM, los daños a las naves, carga o equipos deben ser reportados al Gerente de Turno de manera inmediata, a fin de llevar a cabo las investigaciones pertinentes y de determinar responsabilidades. Esta disposición debe ser cumplida por MOLINOS puesto que tiene naturaleza de cláusula general de contratación¹⁶ y forma parte de las condiciones que son aceptadas desde el momento que reciben los servicios en el terminal portuario¹⁷.
- 55.- En este sentido, al no haber cumplido la apelante con su obligación de dar aviso de manera efectiva a APM, dichos protestos informativos presentes en el expediente no podrían ser favorecidas con la presunción de veracidad, puesto que al no haber sido presentadas a la Entidad Prestadora de forma oportuna, no se permitió que aquella realice la verificación correspondiente.
- 56.- A lo anterior se debe agregar que la apelante afirma que existió una diferencia de pesos como consecuencia de tal derrame de 75 toneladas; sin embargo, el peso de la mercadería retirado por la apelante excede de aquel que fuera consignado en la Autorización de Descarga Directa Internacional N° 11281.
- 57.- Dado lo expuesto la apelante no ha demostrado fehacientemente que existió un faltante de la mercadería declarada o un detrimento económico que le afectara por la supuesta merma del producto en la nave y el muelle, por lo que al no haberse acreditado el daño alegado, no se puede amparar el reclamo de la apelante en este extremo.

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

¹⁶ Código Civil

Cláusulas generales de contratación

Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquellas 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.

¹⁷ Al respecto, el TSC en los Expedientes N° 047 y 048-2009-TSC-OSITRAN y 028-2010-TSC-OSITRAN ha establecido, de manera general, que las disposiciones que dicte la Entidad Prestadora que regulen los servicios que prestan son cláusulas generales de contratación.



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° 149-2013-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 2

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR NULA la Resolución N° 1 emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. en el Expediente N° APMTC/CS/625-2013 por falta de motivación.

SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADO EN PARTE el reclamo presentado por MOLINOS Y CIA S.A. y dejar sin efecto en su integridad el cobro por cuadrilla no utilizada de la factura N° 003-0011450, e **INFUNDADO** en el extremo que se refiere a los daños producto del derrame de la mercadería; quedando agotada la vía administrativa.

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa MOLINOS & CIA S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidente
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN