EXPEDIENTE

:

75-2017-TSC-OSITRAN

APELANTE

:

ADM ANDINA PERÚ S.R.L.

ENTIDAD PRESTADORA

APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO

.

Resolución Nº 1 emitida en el expediente

N° APMTC/CL/124-2017

RESOLUCIÓN Nº 1

Lima, 11 de enero de 2018

SUMILLA: Si en las operaciones de descarga de granel sólido la Entidad Prestadora no acredita que cumplió con su deber de informar las variaciones al Plan de Operaciones y tampoco modifica el Plan de Operaciones en caso utilice un mayor número de jornadas a las programadas, no resulta válido que se imponga el recargo por cuadrilla no utilizada.

Si no se acredita que los daños alegados son consecuencia del servicio defectuoso imputado a la Entidad Prestadora, no corresponde amparar dicho extremo del reclamo presentado por el usuario.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. (en adelante, ADM o la apelante) contra la Resolución Nº 1 emitida en el expediente Nº APMTC/CL/124-2017 (en lo sucesivo, la Resolución Nº 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1.- Con fecha 14 de marzo de 2017, ADM interpuso reclamo ante APM a fin de que se deje sin efecto el cobro de la Factura Nº 003-50738, emitida por concepto de 8 horas de "Cuadrilla no utilizada" por la suma de US\$ 3 304.00 (tres mil trescientos cuatro con 00/100 dólares americanos) incluido IGV. Asimismo, solicitó se hiciera responsable por los daños y perjuicios generados a consecuencia del derrame y pérdida de su mercadería durante las operaciones de descarga de la nave Orient Dispatch, ascendentes a la suma de US\$ 2 848.99 (dos mil ochocientos cuarenta y ocho con 99/100 dólares americanos) por concepto de daño





emergente, y a la suma de US \$ 37.11 (treinta y siete con 11/100 dólares americanos) por concepto de lucro cesante. Al respecto, señaló lo siguiente:

- i.- El 22 de diciembre de 2016, a las 15:45 horas, se dio inició a las operaciones de descarga de la nave Orient Dispatch, las cuales finalizaron el 24 de diciembre de 2016 a las 13:45 horas.
- ii.- No aceptan el concepto facturado debido a que las paralizaciones en las operaciones de descarga no fueron ocasionadas por responsabilidad de ADM, sino de APM.
- iii.- Conforme se acredita del correo electrónico de fecha 29 de diciembre de 2016 a las 10:53 horas, remitido por el señor Erick Chahua, en su condición de Jefe de Operaciones de su Agencia Marítima Canopus S.A. (en adelante, CANOPUS), a la señora Evelyn Cristina Mogollón Mognaschi, personal de APM; la Agencia Marítima dejó constancia de su rechazo al recargo de 8 horas de cuadrilla no utilizada consideradas por APM.
- iv.- Mediante el Protesto Informativo M.N. "Orient Dispatch" (PRT-12-0213/2016) emitido por Controles Supervisiones Marítimas Portuarias JLF S.A.C. (CONSUMARPORT), presentado a la Capitanía Guardacostas Marítima del Callao el 23 de diciembre de 2016, se informó acerca de los problemas de calibración que presentaba la balanza N° 2 de ingreso y salida de APM.
- v.- Asimismo, mediante el Protesto Informativo M.N. "Orient Dispatch" (PRT-12-0221/2016) emitido por CONSUMARPORT, presentado a la Capitanía Guardacostas Marítima del Callao el 24 de diciembre de 2016, se informó de las 23 horas y 30 minutos de paralizaciones registradas durante las jornadas de trabajo de la nave Orient Dispatch, señalando que resultaban atribuibles a APM.
- vi.- Mediante correo electrónico del 23 de diciembre de 2016 a las 17:25 horas, remitido al personal de APM, el señor Erick Chahua, en su condición de Jefe de Operaciones de CANOPUS, dejó constancia de las observaciones al Reporte recibido respecto de las operaciones de descarga de la nave Orient Dispatch, señalando que existieron paralizaciones atribuibles a APM que afectaron y alteraron las jornadas empleadas en la descarga, tales como avería de equipos, falta de personal, entre otros.
 - ii.- APM debió de prever cualquier contingencia que pudiera producirse dentro de sus instalaciones y generase dificultades en el acceso al Terminal Portuario, así como problemas con el propio procedimiento de descarga.
- viii.- La factura se encuentra mal emitida, toda vez que contraviene lo dispuesto en el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas, el cual no considera al recargo como un supuesto gravado con dicho impuesto.



EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



- ix.- De acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Operaciones de APM, la Entidad Prestadora debe de brindar un servicio eficiente, sin paralizaciones ni retrasos (ininterrumpido), y con todas las facilidades para el acceso al Terminal Portuario, a efectos de no perjudicar a los usuarios.
- x.- Respecto de los daños y pérdidas reclamados, señalaron que durante las operaciones de descarga de las 12 189.812 toneladas de torta de soya paraguaya arribadas en la nave Orient Dispatch, por negligencia del personal de APM, se derramó dicho producto tanto en la cubierta de la nave, como en muelle; generando pérdidas por contaminación de partículas por barredura de muelle, ascendentes a US \$ 2 848.99 dólares americanos, conforme al siguiente detalle:

PRODUCTO	CONCEPTO	CANTIDAD TM	PRECIO UNIT INCLUIDO IGV	PRECIO TOTAL INCLUIDO IGV
Torta de Soya Paraguaya	Barredura de muelle	6,29	US \$ 452,94	US \$ 2 848.99

- xi.- Conforme se detalló en el Protesto Informativo M.N. "Orient Dispatch" (PRT-12-0220/2016) emitido por CONSUMARPORT, recibido por la Capitanía de Puerto del Callao el 24 de diciembre de 2016; las pérdidas ocurrieron debido a que los equipos de descarga utilizados por el agente de desestiba de APM, derramaron la mercadería, generando que al momento de ser barrida y recogida en bolsones, se mezclara con partículas extrañas no aptas para el consumo.
- xii.- El Certificado de Peso de fecha 3 de enero de 2017, y el "Terminal Data Report" de fecha 28 de diciembre de 2016, emitidos por APM, registran que únicamente fueron entregadas 12 184.520 de las 12 189.812 toneladas que debieron de ser descargadas. En tal sentido, pese a que APM registró una cantidad de mercadería perdida menor a la consignada en el Protesto Informativo, reconoce una diferencia de 5.292 toneladas de mercadería perdida o entregada contaminada con la barredura del muelle.
- xiii.- APM resulta ser la responsable del derrame y contaminación de su mercadería, la que al encontrarse contaminada con la barredura del muelle, no se encuentra apta para el consumo humano, lo que les perjudica económicamente.
- xiv.- El valor estimado de la pérdida por contaminación de su producto se cuantifica en US \$ 2 848.99 dólares americanos, incluido IGV. Asimismo, por concepto de lucro cesante, como consecuencia de que el producto ya no es apto para el consumo humano y por tanto, no es pasible de ser objeto de operaciones comerciales, se ha generado una pérdida económica por la suma de US \$ 37.11 dólares americanos.
- 2.- A través de Carta Nº 275-2017-APMTC/CL notificada el 4 de abril de 2017, APM procedió a ampliar el plazo para resolver el reclamo a 30 días hábiles.







- 3.- Mediante Resolución Nº 1 notificada el 2 de mayo de 2017, APM declaró infundado el reclamo presentado por ADM, en base a los siguientes argumentos:
 - i.- De acuerdo con lo dispuesto en la Lista de Precios por otros Servicios y Recargos, APM se encuentra facultada a cobrar los recargos por los servicios prestados a la nave, dentro de los cuales se encuentra comprendido el "recargo por compensación por cuadrilla no utilizada".
 - ii.- El recargo por compensación de cuadrilla no utilizada se aplica al usuario cuando APM comprueba que durante el desarrollo de las operaciones de la nave, estas se perjudican por causas ajenas a la responsabilidad de APM.
 - iii.- El referido recargo por compensación por cuadrilla no utilizada se encuentra vinculado a la compensación por la asignación de personal, lo cual se relaciona directamente con la contraprestación de una operación, por lo que corresponde que se encuentre gravado con IGV.
 - iv.- La factura N° 003-50738 fue correctamente emitida debido a que se verificó que durante las operaciones de descarga de la nave Orient Dispatch de Mfto. 2016-3370, existieron ocho (8) horas de paralizaciones originadas por la falta de camiones que ADM debió de enviar. Dichas paralizaciones se encuentran registradas con el código 107 en el Reporte de Estado de Hechos de la nave.
 - v.- Mediante el correo electrónico del 21 de diciembre de 2016 a las 10:49 horas, APM cumplió con comunicar el Plan de Trabajo de la nave a ADM, al Agente Marítimo CANOPUS y al Agente de Aduanas. Siendo así, la reclamante debió de enviar un número de camiones que le permitiera descargar de manera continua las 12 184.52 toneladas de Torta de Soya.
 - vi.- Los usuarios conocen los términos y condiciones del Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, así como su Reglamento de Operaciones, por lo que podrían calcular el periodo máximo en el que deberán de desarrollarse las operaciones a su cargo con la finalidad de evitar el pago de costos adicionales, debiendo asumir la responsabilidad en caso no observe las normas legales y las reglas o normas internas de la Entidad Prestadora.
 - vii.- El artículo 9 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, establece que los usuarios deben de utilizar la infraestructura portuaria y los servicios derivados de su explotación, respetando las condiciones, plazos y reglas establecidas, debiendo asumir la responsabilidad que derive de su incumplimiento. Asimismo, el artículo 11 del referido Reglamento señala que la Entidad Prestadora tiene el derecho a ser resarcida por los daños o perjuicios ocasionados por los usuarios del Terminal.





- viii.- Respecto de la congestión alegada, APM solo es responsable por la prestación de los servicios portuarios que se encuentran a su cargo. Asimismo, ADM no ha adjuntado medio probatorio alguno que acredite que existieron demoras en las balanzas y que dichas demoras fueran responsabilidad de APM.
- ix.- En cuanto al derrame del producto de ADM en muelle, el Protesto Informativo adjuntado por la reclamante señala que si bien se produjo el referido derrame, APM recogió y colocó en bolsones la mercadería, siendo entregada a ADM, tal y como consta de la copia de la nota de tarja.
- x.- ADM no ha acreditado que las 6.29 toneladas de Torta de Soya estuvieran contaminadas y no fueran aptas para el consumo, pese a que de acuerdo con el artículo 196 del Código Civil, tenía la carga de probar sus alegaciones.
- xi.- Si bien ADM adjuntó el Protesto remitido por CONSUMARPORT hacia la Capitanía de Puertos, dicho Protesto únicamente hace referencia al derrame y no a la contaminación alegada. Precisó que CONSUMARPORT es una empresa dedicada a la supervisión e inspección de operaciones logísticas, y no una empresa que realice análisis especializados y cuente con la capacidad de determinar si la mercadería es apta para el consumo humano.
- xii.- En relación al lucro cesante alegado, ADM no ha adjuntado documentación alguna que sustente que consecuencia de los hechos alegados, haya visto frustrada alguna ganancia futura y cierta.
- xiii.- En tal sentido, al no haberse acreditado fehacientemente que el derrame provocó la contaminación del producto y por ende, la pérdida de la mercadería, así como el lucro cesante; en aplicación del artículo 200 del Código Civil, correspondía declarar infundado el reclamo presentado por ADM.
- 4.- El 22 de mayo de 2017, ADM interpuso recurso de apelación contra la Resolución Nº1 que declaró infundado su reclamo, reiterando los argumentos expuestos en el mismo y agregando lo siguiente:
 - i.- El recargo por compensación de cuadrilla no utilizada aplica cuando APM comprueba que las paralizaciones fueron originadas por causas atribuibles al usuario. En el presente caso, conforme se acreditó documentalmente en el reclamo, las paralizaciones ocurrieron por causas atribuibles a APM, al ser la responsable de la dificultad en el acceso al Terminal Portuario; no correspondiendo la aplicación del recargo.
 - ii.- APM no ha acreditado que ADM no haya cumplido con enviar los camiones para la descarga, no habiendo valorado los medios probatorios presentados en el reclamo, los





- cuales acreditan que existieron paralizaciones dentro de las jornadas de trabajo ascendentes a 23 horas y 30 minutos, imputables a APM.
- iii.- Conforme se demuestra del Cuadro descriptivo presentado y de las imágenes adjuntadas, existió congestión en las balanzas de ingreso al Terminal Portuario, lo que comprueba que ADM contaba con una flota de camiones en el antepuerto que se vio imposibilitada de ingresar por causas atribuibles a APM.
- iv.- Durante la prestación de sus servicios, APM presentó fallas y averías en sus equipos, las cuales no pueden ser calificadas como hechos no previsibles, lo que demuestra el incumplimiento del Plan de Operaciones y la improvisación con la que se llevan a cabo las operaciones en el Terminal Portuario.
- v.- ADM contaba con unidades de transporte, no obstante, los periodos de falta de ingreso de camiones de ADM se debieron a la desorganización y congestión en el antepuerto, los cuales impidieron su acceso al Terminal Portuario.
- vi.- APM es responsable del acceso al Terminal Portuario y de dar solución a las dificultades que pueden presentarse, debiendo de brindar las facilidades necesarias a efectos de que los camiones puedan encontrarse en los puntos de descarga en el momento oportuno.
- vii.- Pese a que APM debe de acreditar fehacientemente que existieron 8 horas de paralizaciones que resultan atribuibles a ADM, únicamente ha justificado su cobro con el documento denominado "Estado de Hechos", el cual no tienen ningún tipo de eficacia probatoria y no acredita las paralizaciones alegadas.
- viii.- Las Notas de Tarja son emitidas unilateralmente por APM, habiendo sido suscritas únicamente por su tarjador, sin contener conformidad alguna de ADM o de sus transportistas. Indicaron que su intención no era desvirtuar la función de las Notas de Tarja, las cuales constituyen documentos legales amparados en la Ley General de Aduanas, sino cuestionar su formalidad, debido a que deberían de haber sido elaboradas conjuntamente con el transportista, su representado, con el responsable de los almacenes aduaneros, o con el consignatario de la carga.
- ix.- Tal y como consta del Protesto Informativo M.N. "Orient Dispatch" prt-12-0213/2016 emitido por CONSUMARPORT y recibido por la Capitanía de Puertos del Callao el 23 de diciembre de 2016; además de la congestión en balanzas, se presentaron problemas de calibración en la balanza N° 2, al registrarse diferentes pesos de taras de las unidades de transporte.
- x.- De conformidad con lo establecido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM, la Entidad Prestadora es quien debe acreditar la prestación efectiva

Página 6 de 39



EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO S)



- del servicio, lo que implica acreditar que luego de la barredura del muelle, el producto fue entregado apto para el consumo humano.
- xi.- Respecto de la aplicación del IGV, APM no ha considerado lo establecido en el artículo 1242 del Código Civil que señala que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, lo que no se aplica en el presente caso.
- xii.- Mediante Oficio Nº 222-2015-SUNAT/600000 del año 2015, en atención a la consulta formulada, SUNAT comunicó a OSITRAN que los recargos o penalidades cobrados por el proveedor de servicios al cliente no se encuentran gravados con IGV.
- xiii.- En atención a lo expuesto, solicitaron se deje sin efecto la Resolución Nº 1 que resolvió declarar infundado su reclamo.
- 5.- El 13 de junio de 2017, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando en sus alegatos los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento y añadiendo lo siguiente:
 - i.- Las paralizaciones por limpieza de bodegas, limpieza de muelle, armado de equipos, falta de personal y charlas de seguridad (códigos 102, 103, 104, 110 y 113) no fueron consideradas dentro del cálculo de horas para el cobro del recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, debido a que son paralizaciones propias de la operación de responsabilidad de APM.
 - ii.- Respecto de la validez de los protestos informativos emitidos por CONSUMARPORT que consignan paralizaciones atribuibles a APM, indicaron que dichos reportes no señalan bajo qué circunstancias o en función a que metodología fueron elaborados, por lo que no evidencian las causas reales de las paralizaciones registradas.
 - iii.- ADM no ha acreditado fehacientemente que hubieran ocurrido fallas en el sistema de balanzas de ingreso al Terminal Portuario conforme alega.
 - iv.- Asimismo, ADM no ha presentado medio probatorio alguno que demuestre el supuesto impedimento o limitación en el ingreso de sus unidades al Terminal Portuario para el retiro de su mercadería, ni que dichos impedimentos hayan sido originados por causas atribuibles a APM.
 - v.- Las fotografías adjuntadas por ADM no acreditan que los camiones que aparecen en ellas, estuvieran relacionados con las operaciones de despacho de su mercadería.





- 6.- El 28 de junio de 2017, ADM presentó un escrito reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento y agregando lo siguiente:
 - i.- No puede considerarse que las paralizaciones ocurrieron por causas ajenas a la responsabilidad de APM, toda vez que esta resulta responsable de las operaciones de descarga, de las variaciones al Plan de Operaciones y de las dificultades en el acceso al Terminal Portuario. Lo señalado se sustenta en el Reglamento de Operaciones de APM, aplicable al momento de la descarga, el cual señala que APM es responsable de la planificación de las operaciones portuarias.
 - ii.- El nuevo Reglamento de Operaciones de APM, el cual conforme lo indica la Resolución de Gerencia General Nº 358-2016-APN/GG, fue emitido a efectos de asegurar que las actividades y servicios portuarios fueran prestados de manera permanente, continua, segura y competitiva, así como, a fin de evitar la afectación en la calidad de los servicio que puedan facilitar abusos contra los usuarios del puerto; establece las siguientes obligaciones a la Entidad Prestadora:

"Anexo 5: Procedimiento para la descarga de granel sólido

Artículo 5.- Responsabilidades

5.4. CONCESIONARIO APM TERMINALS

5.4.1. En su condición de empresa estiba/desestiba

Es responsable de la operación integral acorde al plan de operaciones establecido en la reunión pre-operativa, desde las actividades previas al arribo de la nave hasta que los camiones estén autorizados para su salida, debiendo efectuar lo siguiente:

- Hacer cumplir el plan de operaciones y ejecutar las operaciones de descarga y despacho conforme a lo establecido en el presente procedimiento, cumpliendo los niveles de servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión.
- Desplegar y asignar los recursos necesarios a fin de realizar una operación eficiente, de calidad, limpia y segura, según lo planificado en la Junta Pre-Operativa y de Operaciones.
 (...)
- Emitir las notas de tarja revisadas y firmadas conjuntamente con el representante del usuario, entregándose las copias correspondientes al agente de aduana, transportista y consignatario.

Si durante las operaciones de una misma nave, el tiempo total de retraso en la finalización de las operaciones se debe en parte a los hechos imputables al concesionario y a su vez al usuario, los tiempos vinculados a cada situación se compensarán entre sí hasta que sea posible, generándose retribuciones económicas sobre las diferenciales que correspondan".





- iii.- Como se observa, de acuerdo con el Reglamento de Operaciones de APM, si APM alega que existieron paralizaciones imputables a ADM ascendentes a 8 horas, estas deberían de ser compensadas con las 23 horas y 30 minutos de retraso imputables a APM, conforme se ha acreditado mediante el Protesto Informativo presentado a la Capitanía Guardacostas Marítima del Callao.
- iv.- El Decreto Supremo N° 015-2014-DE, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147, señala lo siguiente:

"Artículo 758.- Protesta

- 758.1. La protesta es un documento mediante el cual, el capitán, patrón, agente, propietario o armador de una nave, o cualquier persona natural o jurídica con legítima interés, comunica por escrito a la capitanía de puerto la ocurrencia de algún accidente o siniestro acuática, incidente o infracción al Decreto Legislativo N° 1147, el Reglamento y otras normas nacionales".
- v.- Considerando ello, al haber sido designada por ADM para el control y supervisión de la descarga de su mercadería, CONSUMARPORT presentó el Protesto Informativo por tener legítimo interés.
- vi.- APM señala que las 8 horas de paralizaciones originadas por la falta de camiones que ADM debió de enviar se encuentran consignadas en el Reporte de Estado de Hechos elaborado en base a las respectivas Notas de Tarja. No obstante, las referidas Notas de Tarja fueron emitidas unilateralmente por APM, y se encuentran suscritas únicamente por su tarjador, sin contener conformidad alguna de ADM en su condición de usuario del servicio.
- vii.- Asimismo, el Protesto Informativo, además de dar cuenta de los hechos, fue acompañado de una serie de imágenes que acreditan la congestión al ingreso del Terminal Portuario, la cual solo puede ser responsabilidad de APM, pues dichas coordinaciones se encuentran fuera del alcance de los usuarios. APM se equivoca al señalar que corresponde al usuario acreditar que resulta responsable de la congestión, debido a que conforme al numeral 1.5.3.1. de su Reglamento de Atención y Solución de Reclamos, le corresponde acreditar la prestación efectiva del servicio.
- viii.- De lo consignado en el Protesto Informativo M.N. "Orient Dispatch" PRT-12-0220/2016, emitido por CONSUMARPORT, APM es responsable del derrame y contaminación de su producto.
- 7.- Mediante Oficio Nº 907-17-STSC-OSITRAN, notificado el 23 de noviembre de 2017, la Secretaría Técnica del Tribunal requirió a APM la remisión de los documentos denominados "Reportes de Estado de Hechos" y "Controles de Tarja" elaborados durante las operaciones de descarga de la nave Orient Dispatch, referidos a la mercadería de propiedad de ADM.

Página 9 de 39



DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



- 8.- El 27 de noviembre de 2017, APM remitió los documentos solicitados por la Secretaría Técnica, mediante el Oficio N° 907-17-STSC-OSITRAN.
- 9.- El 30 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia de vista de la causa, a la cual asistieron los representantes de la parte apelante, quedando la causa al voto.
- 10.- El 5 de diciembre de 2017, APM presentó un escrito con sus alegatos finales, reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento, y agregando lo siguiente:
 - i.- ADM no ha acreditado que la demora y congestión en el ingreso al Terminal Portuario fueran consecuencia de actos de responsabilidad de APM.
 - ii.- Pese a que ADM ha señalado que en la descarga de la nave Orient Dispatch existieron variaciones en el Plan de Operaciones por responsabilidad de APM, no ha presentado medio probatorio alguno que sustente lo manifestado.
 - iii.- De acuerdo con lo señalado por el TSC en la Resolución Final del expediente Nº 64-2016-STSC-OSITRAN, al no contar el documento denominado "Reporte de Consolidado de Cuadros de Tiempos", con firma ni sello de quien lo elaboró, no constituiría prueba fehaciente de lo alegado por la apelante. En tal sentido, ADM no ha cumplido con acreditar la alegada imposibilidad de ubicar sus camiones al costado de la nave producto de las supuestas ineficacias operativas de APM, no habiendo precisado cuales serían estas.
 - iv.- En relación al Reporte de Estado de Hechos emitido por APM, señalaron que mediante Resolución Final del expediente Nº 64-2016-STSC-OSITRAN, el TSC consideró que dicho documento efectivamente consigna las ocurrencias en las operaciones de descarga, siendo un documento válido para acreditar las paralizaciones por falta de camiones de responsabilidad de usuario.
 - v.- En cuanto a la aplicación del IGV a la factura cuestionada, indicaron que en el expediente N° 07-2015-TSC-OSITRAN, el TSC se ha pronunciado señalando que corresponde a SUNAR determinar si corresponde o no la aplicación del IGV a la facturación por aplicación del recargo de cuadrilla no utilizada.



II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 11.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución
 Nº 1 de APM.



ii.- Determinar si corresponde que ADM pague la factura N° 003-50738 por el concepto de recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 12.- En el presente caso, ADM cuestionó el cobro por concepto de cuadrillas no utilizadas alegando que las paralizaciones registradas se habrían debido a ineficiencias operativas de APM que habrían ocasionado una variación del Plan de Operaciones. Agregó que el Reporte de Estado de Hechos y Notas de Tarja habían sido emitidos unilateralmente por APM.
- 13.- Por su parte, APM alegó que las paralizaciones en las operaciones de descarga se habrían debido a que el consignatario de la carga no envió suficientes unidades de transporte. Agregó que las paralizaciones que le eran atribuibles, no habían sido consideradas a efectos de determinar el cobro del recargo.
- 14.- En atención a los argumentos expuestos por las partes a lo largo del presente procedimiento, los cuales se refieren a si existió o no alteración de la jornada de trabajo acordada por las partes en el respectivo Plan de Operaciones; corresponderá a este Tribunal analizar si el servicio estándar efectivamente se prestó o no conforme a lo previsto en el señalado Plan de Operaciones; siendo ello relevante a efectos de determinar la pertinencia o no del cobro del recargo cuestionado.
- 15.- Cabe recordar que el artículo 2º del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en lo sucesivo, el Reglamento), indica expresamente que dicho Reglamento establece <u>las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y solución de los reclamos y controversias que tengan su origen en reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras que sean reguladas y supervisadas por OSITRAN.</u>
- 16.- En ese sentido, el artículo 33¹ del mismo Reglamento dispone que los usuarios pueden interponer reclamos relacionados con lo siguiente:
 - i) Facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura.
 - ii) La calidad y oportuna <u>prestación de dichos servicios</u> que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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





Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado y modificado mediante las Resoluciones Nº 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora (...)

- Siendo así, dado que en el presente caso, se requerirá analizar la prestación del servicio en atención a lo acordado por las partes en el Plan de Operaciones, a efectos de determinar la pertinencia del cobro del recargo; se evidencia que dichos extremos involucran los supuestos de reclamo previstos en los literales a) y c) del artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN; los numerales 1.5.3.1 y 1.5.3.2 del Reglamento de Reclamos de APM², así como el literal b) del artículo 2³ del Reglamento de Reclamos de OSITRAN que señala expresamente que dicho Reglamento rige la atención de los reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras que sean supervisados por OSITRAN. En tal sentido, en concordancia con el artículo 10 del referido Reglamento⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- De otro lado, en su reclamo, ADM también imputa responsabilidad a APM por los daños generados como consecuencia del derrame y contaminación de su mercadería durante la prestación del servicio de descarga, situación que está prevista como un supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.3 del Reglamento de Reclamos de APM⁵ y en el literal d) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN6 (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en

"1.5.3 Materia de Reclamos

- La facturación y el cobro de los servicios que ofrece APM TERMINALS CALLAO 5 A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA, En estos 1.5.3.1 casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a APM TERMINALS CALLAO S.A.
- 1.5.3.2 La calidad y oportuna prestación de los servicios que brinda APM TERMINALS CALLAO S.A., derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA.

Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Articulo 2 - Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

- 1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:
 - a) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;
 - b) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN.
 - Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;
 - d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del

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

Regiamento de Reciamos de OSITRAN

"Artículo 10.- El Tribunal de Salución 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".

Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM, aprobado por la Resolución Nº 042-2011 CD-OSITRAN y sus modificatorias

"1.5.3 Materia de Reclamos

15.3.3 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".

Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones Nº 019 y 034-2011-CD-OSITRAN

Página 12 de 39

"Articulo 33.-

Los reclamos que versen sobre



Central Telefónica: (01)440.5115 www.ositran.gob.pe

Regiamento de Atención y Solución de Reclamos de APM. Aprobado por la Resolución Nº 042-2011-CD-OSITRAN

OSITRAN

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS EXPEDIENTE Nº 75-4017-TSC-OSITRAN RESOLUCIÓN Nº 1

concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo⁷, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

- 19.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁸, concordante con el artículo 59° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)⁹, 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.
- 20.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
 - i.- La Resolución Nº 1 materia de impugnación fue notificada a ADM el 2 de mayo de 2017.
 - ii.- De acuerdo con las normas citadas, el plazo máximo para que ADM interponga el recurso de apelación venció el 23 de mayo de 2017.
 - iii.- ADM presentó el recurso de apelación el 22 de mayo de 2017, es decir, dentro del plazo legal.
- 21.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218º del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹º, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de

Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN.

"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".

8 Realamento Reclamos de APM

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

Cualquiera de las partes en el procedimiento podrá interponer cuando la impugnación se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas a 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".

Aprobado y modificado mediante las Resoluciones Nº 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".

TUO de la Ley N° 27444

"Artículo 228.- 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".



Do

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

la procedencia del cobro por el recargo por el concepto de cuadrilla no utilizada por parte de APM.

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

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

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

23.- El Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) establece en sus cláusulas 1.23.97, 1.23.98 y 1.23.99, las definiciones de Servicios, Servicio Estándar y Servicios Especiales, respectivamente, de la siguiente manera:

"1.23.97 Servicios

Son todos los servicios portuarios que la SOCIEDAD CONCESIONARIA, directamente o a través de terceros, presta en el Área de la Concesión a todo Usuario que lo solicite. Incluye los Servicios Estándar y los Servicios Especiales.

1.23.98. Servicios Especiales

Son todos los servicios portuarios distintos a los Servicios Estándar que la SOCIEDAD CONCESIONARIA está facultada a prestar directamente o a través de terceros y por los cuales la SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá el derecho de cobrar un Precio o una Tarifa, según corresponda. El INDECOPI en virtud de sus atribuciones otorgadas por las Leyes y Disposiciones Aplicables evaluará las condiciones de competencia de estos servicios. Los Servicios Especiales deberán prestarse respetando los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, según corresponda. Ello no perjudica el derecho de los Usuarios de exigir la prestación de los Servicios Estándar.

1.23.99. Servicios Estándar

Son los servicios portuarios que, acorde a lo indicado en la Cláusula 8.19, la SOCIEDAD CONCESIONARIA prestará directamente o a través de terceros, tanto a la Nave como a la carga respecto de los cuales cobrará las Tarifas correspondientes. Estos servicios se prestarán obligatoriamente a todo Usuario que los solicite, cumpliendo necesariamente los Niveles de Servicio y Productividad señalados en el Anexo 3."

24.- En ese sentido, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales. El primero se divide en servicios que se brindan a la nave (uso de amarraderos) y a la carga (carga y descarga, tracción, manipuleo, trinca y destrinca, entre otros).



Na

- 25.- De la lectura de las cláusulas citadas se puede advertir que el Contrato de Concesión prevé que los servicios que se brindan en el Terminal Portuario son, en principio, servicios portuarios, respecto de los cuales la Entidad Prestadora se encuentra legitimada a cobrar una tarifa o un precio.
- 26.- Asimismo, el Contrato de Concesión prevé el cobro de tarifas sólo bajo tres escenarios: (i) en el caso de los Servicios Estándar, (ii) en el caso de los Servicios Especiales incluidos en el Anexo 5, y (iii) en el caso de los Servicios Especiales no previstos en el Contrato de Concesión o servicios nuevos en los cuales el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, INDECOPI) verifique que no existen condiciones de competencia. Esto se puede verificar en las cláusulas 1.23.102, 8.20 y 8.23:

"1.23.102 <u>Tarifa</u>

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

"8.20 SERVICIOS ESPECIALES

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

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

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



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

(...)

<u>En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas </u>



establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismo términos y condiciones."

[El subrayado es nuestro]

27.- Por otro lado, el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" se encuentra detallado en la lista de "Precios por Otros Servicios y Recargos"11. En dicho documento se especifican claramente los supuestos bajo los cuales aplica el referido recargo:

"<u>Recargo por compensación de cuadrilla no ut</u>ilizada

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

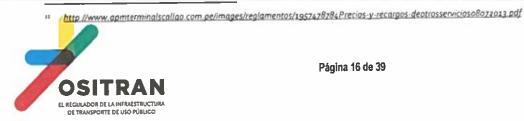
Este cargo se aplica también en el caso que la nave o el consignatario soliciten el término de operaciones antes del término de la jornada.

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 operaciones.

[El subrayado es nuestro]

- En tal sentido, el "recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada", cuyo cobro es materia de cuestionamiento por el apelante, se genera, entre otras razones, cuando el usuario, a pesar de disponer del personal provisto por APM para la prestación del servicio estándar, cancela, suspende o paraliza la prestación de dicho servicio.
- 29.- Como se desprende de lo antes señalado, el cobro por un recargo no se origina como consecuencia de la prestación de un servicio solicitado por el usuario sino que se genera por el incumplimiento de aquellos acuerdos que las partes hayan pactado producto de la relación contractual, en el presente caso, que no utilice un personal asignado para el servicio solicitado.





30.- Con relación al recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada conviene tener presente que mediante informe Nº 018-14-GRE-GSF-GAJ, las áreas técnicas del OSITRAN (Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización y Asesoría Jurídica) opinaron lo siguiente:

"(...) este cobro no se realiza como contraprestación económica por algún servicio brindado por el Concesionario. Por el contrario, se trata de un mecanismo resarcitorio cuya función es que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora y que hayan sido previa y debidamente difundidas por este último".

[El subrayado es nuestro]

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

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

[El subrayado es nuestro]

- 32.- Como se verifica del mencionado informe, las áreas técnicas del OSITRAN han precisado que el cobro por concepto de "Compensación de Cuadrilla no utilizada" es un recargo que busca que el usuario de la infraestructura portuaria asuma las responsabilidades por la no observancia de las normas legales y las reglas y/o normas internas impuestas por la Entidad Prestadora.
- 33.- Es importante resaltar que dicho cobro resulta razonable en la medida que la compensación referida remunera el costo de oportunidad del tiempo del servicio en cuestión, consistente en el costo que la Entidad Prestadora deja de percibir por poner a disposición del usuario el respectivo personal, siempre y cuando no sea responsabilidad de APM o un riesgo que deba asumir.
- Atendiendo a lo expuesto en los párrafos precedentes, se verifica que APM se encuentra legitimada a cobrar a los usuarios de sus servicios recargos por concepto de compensación de cuadrilla no utilizada según los montos establecidos en la Lista de Precios que publicita.

Sobre la organización de los servicios que brinda APM

35.- En virtud del Contrato de Concesión¹² suscrito con el Estado Peruano, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del

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 12 de mayo de 2011.





Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). A su vez, tiene el derecho de explotar esta infraestructura, durante el plazo de vigencia de dicho contrato (30 años)¹³. Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

"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.

(...)

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene derecho a disponer la organización de los
Servicios dentro del Terminal Norte Multipropósito y a tomar las decisiones que
considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento,
respetando los términos y condiciones del presente Contrato de Concesión y las Leyes
y Disposiciones Aplicables. Este derecho comprende la libertad de la SOCIEDAD
CONCESIONARIA en la dirección y gestión del negocio, dentro de los límites
contenidos en el presente Contrato de Concesión y en las Leyes y Disposiciones
Aplicables."

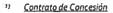
[El subrayado es nuestro]

36.- Vinculado con lo anterior, el numeral 8.2 de la cláusula 8 del referido Contrato señala:

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

[El subrayado es nuestro]

37.- De la aplicación conjunta de las cláusulas 8.1 y 8.2 del Contrato de Concesión, se advierte con claridad que es obligación y, a la vez, facultad de APM llevar a cabo la prestación de los servicios portuarios al interior del terminal, para lo cual la Entidad Prestadora debe organizar su prestación de acuerdo con los recursos (operativos y humanos) con los que cuente. Ello es consistente con un esquema regulatorio basado en un enfoque de mercado (market-based)



"DEFINICIONES

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

..23.26. Concesión

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

SECCIÓN IV. PLAZO DE LA CONCESIÓN

4:1. La Concesión del Terminal Norte Multipropósito; se otorga por un plazo de treinta (30) años; contado desde la Fecha de Suscripción de los Contratos".





approach), que busca promover que los concesionarios, en contextos de industrias que enfrentan riesgos complejos e inciertos, planeen su propia actividad económica con el fin de satisfacer el interés público (*Performance-based regulation*). En ese sentido, lo que le interesa al Regulador (OSITRAN) es evaluar si la actividad desplegada por el Concesionario alcanza el resultado previsto en el Contrato de Concesión (*output*), dejando amplia libertad al concesionario para utilizar cualquier medio o tecnología que le permita obtener ese resultado¹⁴.

- 38.- En razón de ello, <u>APM puede administrar el terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, lo que el contrato le otorga al Concesionario es la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente</u>.
- 39.- En ese sentido, el Contrato de Concesión le otorga a APM la facultad de regular sus actividades como administrador portuario, otorgándole la potestad de emitir sus propias políticas comerciales y operativas para la adecuada operación y funcionamiento del puerto. Así, el artículo 8.13¹⁵ del referido contrato de concesión establece la potestad de la Sociedad Concesionaria de presentar, para la aprobación de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), su Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito y otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN.
- 40.- De acuerdo al referido Reglamento de Operaciones de APM, versión 4, la Entidad Prestadora es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones desarrolladas en el Terminal Portuario, como se aprecia a continuación:

"Artículo 9º.- La Gerencia del Área de Operaciones de <u>APM TERMINALS es la responsable de la planificación, coordinación, ejecución y control de todos los aspectos relacionados a las operaciones que se desarrollan en el <u>Terminal Portuario</u>, verificando el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento."</u>

[El subrayado y resaltado es nuestro]

41.- Siendo así, se evidencia que la Entidad Prestadora no solo tiene facultad de regular sus propias octividades, sino también la responsabilidad de controlar todos los aspectos relacionados a las operaciones que se desarrollan en el Terminal portuario, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales y las normas legales vigentes.



- Ver COGLIANESE, C and LAZER, D (2003) "Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", Law & Society Review,
 Volume 37, Issue 4, pp. 691–730.
- 15 Contrato de Concesión de APM

"8.13. Asimismo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar a los tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, para la aprobación de la APN los siguientes documentos:

a) Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.

b) Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN".



Las comunicaciones entre la Entidad Prestadora y los Usuarios a efectos de coordinar la prestación de servicios portuarios

42.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Portuarios y Aeroportuarios¹⁶, 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 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 <u>pleno acceso a toda la información relevante</u> 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".

[El subrayado y resaltado son nuestros]

43.- En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de ocurrido los hechos¹⁷, señala en su artículo 7 que "es responsabilidad de APM Terminals: planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión".



44.- En los artículos 56 y 58 del mencionado Reglamento de Operaciones se establece:

"Artículo 56.- 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"



Aprobado mediante Resolución de Gerencia General Nº 486-2011-APN/GG y sus modificatorias.



Artículo 58.- 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 y coordinar con los usuarios las disposiciones para el desarrollo de las operaciones por nave.
- b.- Evaluar la magnitud de cada operación, recursos necesarios, posibilidades de congestión y medidas a adoptarse.
- c.- Planear la asignación de amarraderos.
- d.- Planear cantidad de equipos, cuadrilla de estibadores y determinar el número de jornadas a emplear para cada nave.
- e.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento.
- f.- Programar la recepción y el despacho de la carga a través del sistema de citas".
- 45.- Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión, el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, y el Reglamento de Operaciones de APM reconocen el derecho de los usuarios de acceder a información completa y detallada sobre la forma en que los servicios serán brindados por APM, ello a través del Plan de Operaciones que elabora la Entidad Prestadora.
- 46.- Cabe señalar que ese derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que también se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora.
- 47.- El derecho de acceder a información de los usuarios es de suma importancia, toda vez que les permite efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendrá que incurrir al realizar operaciones dentro de la cadena logística portuaria. Por tal razón, dicha información resultaría útil a fin de que los usuarios puedan adoptar las decisiones que más les convengan y que les permitan maximizar sus beneficios, evitando así, incurrir en sobrecostos no esperados.
- P
- 48.- En este orden de ideas, APM debe coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, determine la forma en que dichas operaciones serán llevadas a cabo, lo que deberá ser informado al usuario de manera oportuna, con la finalidad de que este último, en virtud del derecho de información que ostenta, tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá,



así como de las obligaciones que como usuario debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas o precios o en su defecto recargos.

<u>Sobre las responsabilidades de APM establecidas en el Procedimiento de Descarga de</u> Mercadería a Granel Sólido

- 49.- Sobre el particular, cabe señalar que en virtud del artículo 8.13¹⁸ del Contrato de Concesión referido a la facultad de APM de regular sus actividades como administrador portuario, mediante el Anexo 5 del Reglamento de Operaciones de APM, versión 4¹⁹, la Entidad Prestadora ha descrito las actividades a realizarse durante el proceso de descarga de mercadería a granel sólido, habiendo establecido las responsabilidades a cargo de cada una de las partes intervinientes en la operación.
- 50.- Dentro del referido Anexo, en el numeral 4.9 se ha definido al Plan de Operaciones de la siguiente manera:
 - "4.9. Plan de Operaciones: Documento elaborado por el Concesionario mediante el cual se detalla en forma específica las actividades que se han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una nave. Este Plan se elaborado sobre la base de lo acordado en la Junta de Operaciones, debiéndose modificar cuando las circunstancias lo justifiquen en coordinación con las partes involucradas.

El Plan de Operaciones debe contener como mínimo la siguiente información: hora de inicio de la descarga, asignación de balanza para el ingreso, tonelaje a movilizar, ritmo de descarga, número de bodegas a atender, jornadas de trabajo, cuadrillas de estibadores por jornada, equipos a utilizar, entre otros"

Como se aprecia, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Operaciones de APM, la Entidad Prestadora es la encargada de elaborar el Plan de Operaciones que consignará el detalle de las actividades previstas para la ejecución de las operaciones de descarga de una nave (hora de inicio de la descarga, asignación de balanza para el ingreso, tonelaje a movilizar, ritmo de descarga, número de bodegas a atender, jornadas de trabajo, cuadrillas de estibadores por jornada, equipos a utilizar, entre otros).



52.- Asimismo, el numeral 5.4.1 de dicho Anexo ha señalado como responsabilidades de APM las siguientes:

b) Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN".



¹⁸ Contrato de Concesión de APM

[&]quot;8.13. Asimismo, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar a los tres (3) meses contados desde la Fecha de Suscripción de los Contratos, para la aprobación de la APN los siguientes documentos:

a) Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.

"5. RESPONSABILIDADES

(...)

5.4. CONCESIONARIO APM TERMINALS

5.4.1. En su condición de empresa de estiba/desestiba

Es responsable de la operación integral acorde al plan de operaciones establecido en la reunión preoperativa, desde las actividades previas al arribo de la nave hasta que los camiones estén autorizados para su salida, debiendo efectuar lo siguiente:

(...)

(...)

- Hacer cumplir el plan de operaciones y ejecutar las operaciones de descarga y despacho conforme a lo establecido en el presente procedimiento, cumpliendo lo niveles de servicio y productividad establecidos en el Contrato de Concesión.
- Informar a los usuarios y sus representantes las novedades sobre las condiciones de descarga, mediante correo electrónico o medio documentado, obteniendo el acuse de recibo.
- Informar el Plan de Operaciones a más tardar 24 horas antes del inicio de operaciones con el detalle de las operaciones programadas.
- Modificar el Plan de Operaciones ante cualquier evento que determine una ampliación del número de jornadas establecidas en el referido plan, y comunicarlo al usuario dentro de la jornada en que se determinó la necesidad de ampliación del número de jornadas"
- Como puede observarse, de acuerdo con el procedimiento establecido por APM, dentro del procedimiento de descarga de mercadería sólida a granel, la Entidad Prestadora es responsable de: (i) ejecutar las operaciones de descarga conforme al Plan acordado; (ii) informar al usuario, mediante correo electrónico u otro medio documentado, las nuevas condiciones de descarga; (iii) informar al usuario el Plan de Operaciones, 24 horas antes del inicio de las operaciones; y, (iv) modificar el Plan de Operaciones ante eventos que determinen la ampliación de jornadas de trabajo previamente establecidas, debiendo de informarle ello dentro de la jornada en la cual se determinó la referida ampliación.

Sobre el cobro de la factura Nº 003-50738

- 54.- Como se ha señalado, ADM indicó que durante la descarga de la nave Orient Dispatch se presentaron paralizaciones atribuibles a APM, tales como dificultades en el acceso al Terminal Portuario y desperfectos en su maquinaría e infraestructura, las que afectaron las jornadas de trabajo inicialmente establecidas para la descarga provocando la alteración del Plan de Operaciones. Asimismo, cuestionó los documentos "Estado de Hechos" y "Notas de Tarja" que sustentan el cobro de la factura por parte de APM en la medida que fueron emitidos unilateralmente por la Entidad Prestadora.
- 55.- Al respecto, APM señaló que el recargo había sido correctamente aplicado, en la medida que durante las operaciones de descarga de la nave Orient Dispatch habían ocurrido paralizaciones



EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA



por la falta de camiones que el usuario debía enviar. Agregó que las paralizaciones que le resultaban atribuibles no habían sido consideradas a efectos de realizar el cobro del recargo, y que ADM no había presentado medio probatorio alguno que acreditara la modificación al Plan de Operaciones alegada.

- 56.- De acuerdo con lo establecido en la lista de Precios por Otros Servicios y Recargos de APM, uno de los supuestos generadores del recargo es que las labores previamente programadas en el Plan de Operaciones se suspendan o paralicen por decisión de la naviera o por responsabilidad (acción u omisión) del consignatario de la carga.
- 57.- De la revisión del expediente administrativo se aprecia que APM ha remitido los documentos denominados "Estado de Hechos", "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja"²⁰ elaborados durante las operaciones de descarga de las Bodegas N° 2 y 4 de la nave Orient Dispatch, bodegas en las cuales se trasportaba mercadería de ADM.
- 58.- Con relación a los referidos documentos, ADM ANDINA ha señalado que al ser emitidos unilateralmente por APM no cuentan con valor probatorio para acreditar que las paralizaciones registradas en los mismos, resultaban atribuibles al usuario.
- 59.- Como se ha señalado precedentemente, el Contrato de Concesión otorga a APM la facultad de gestionar el terminal portuario, teniendo entre sus prerrogativas adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del mismo.
- 6o.- En ese sentido, APM no sólo se presenta como una Entidad Prestadora de servicios sino también como la administradora del Terminal Portuario, teniendo el control integral de las operaciones que en ella se desarrollan de acuerdo al Reglamento de Operaciones, en atención a lo cual le corresponde no solo organizar, gestionar y programar las operaciones relacionadas con la prestación de los servicios, en el presente caso, de las operaciones de descarga; sino también controlar y registrar todas las contingencias que pudieran presentarse en el desarrollo de dichas operaciones, entre las cuales evidentemente se encuentran, las demoras o paralizaciones que pudieran ocurrir, por responsabilidad del usuario o de la propia Entidad Prestadora.

Ja

61.- Ahora bien, de la revisión de los documentos "Estado de Hechos", "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen/Nota de Tarja", se evidencia la existencia de paralizaciones imputables tanto a APM (paralizaciones por falla de hopper, cambios de equipos, problemas con el instrumento denominado "cuchara", manguera malograda, así como por falta de operadores) como a ADM (paralizaciones por falta de envío de camiones) en las labores de descarga de la mercadería transportada en la nave Orient Dispatch.

Los documentos denominados "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen / Nota de Tarja" fueron enviados por APM en un Disco Compacto (CD) de datos, a través de la Carta Nº 1123-2017-APMTC/CL, obrante en el folio 101 del expediente.



- 62.- Al respecto, ADM no ha negado la ocurrencia de las paralizaciones en las operaciones de descarga por la falta de envío de camiones, habiéndose limitado a justificarlas, entre otras razones, debido al incumplimiento del Plan de Operaciones por parte de la Entidad Prestadora, señalando que APM no cumplió con ejecutar la operación de descarga conforme a la planificación realizada por ella misma.
- 63.- Con relación al Plan de Operaciones, el Anexo 5 del Plan de Operaciones de APM, versión 4, lo ha definido como el: "<u>Documento</u> elaborado por el Concesionario <u>mediante el cual se detalla en forma específica las actividades que se han previsto para la ejecución de las operaciones de carga y descarga de una nave. Este Plan <u>es Elaborado sobre la base de lo acordado en la Junta de Operaciones</u>, debiéndose modificar cuando las circunstancias lo justifiquen en coordinación con las partes involucradas."</u>
- 64.- En ese entendido, el Plan de Operaciones es el documento elaborado por la Entidad Prestadora donde se detalla de forma específica, todas las actividades de una operación de carga o descarga, convirtiéndose en el documento que determina la actuación, tanto de la Entidad Prestadora, como del usuario, durante la ejecución del servicio portuario.
- 65.- Cabe resaltar que el "Procedimiento de Descarga de Granel Sólido" ha establecido que APM tiene el deber de ejecutar el Plan de Operaciones conforme ha sido elaborado antes del inicio de las operaciones de descarga; previéndose que de presentarse circunstancias que afecten o varíen la planificación realizada, tiene la obligación de comunicar las nuevas condiciones al usuario, con la finalidad de que éste tome conocimiento del alcance del servicio que recibirá, así como de las obligaciones que como usuario deberá asumir.
- 66.- En atención a lo señalado por ADM, cabe indicar que en la documentación obrante en el expediente consta el correo electrónico del 21 de diciembre de 2016, a las 10:49 horas, adjuntado por la propia Entidad Prestadora; mediante el cual APM cumplió con elaborar y comunicar a ADM el siguiente Plan de Operaciones de la nave Orient Dispatch²¹:





Torres Rivas, Henry Diego

From:

Vildoso Miranda, Juan Ernesto

Sent:

miércoles, 21 de diciembre de 2016 10:49 a.m.

To:

Erick Chahua; operaciones@canopus.pe; Cristian.Fernandez@adm.com:

Agustin.Guevara@adm.com; Vicente Orderique

Cc:

+D APMT Callao GC Planners; +D APMT CALLAO SHIFT MANAGER; +D APMT CALLAO GATE SUPERVISORS; Visso Alarcon, Marco Antonio; Norabuena Huanuco, Wilmer Oscar; +D APMT CALLAO TRAFICO; Granadino Puente, Agustin Andres; Koolen Willem, Martijn; Ormeno Arzofa, Jorge Enrique; Calderon Medina, Jorge Luis

Subject:

ORIENT DISPATCH - PLAN DE TRABAJO

Attachments:

MANIFIESTO DE CARGA - ORIENT DISPATCH.pdf; STOWAGE PLAN - ORIENT

DISPATCH.pdf

Estimados señores buenos días;

A continuación detallamos Plan de Trabajo.

TA 22/12 08:00 Hrs. LTB 22/12 15:00 Hrs. I.O. 22/12 15:30 Hrs.

Consideraciones a la descarga:

1.- Operativo se trabajara con 2 cuadrillas: B2 & B4

2.- Secuencia: ()

	HOLD 2	HOLD 4	
	Torta Soya	Torta Soya	
	5,779.896	6,409.916	
	280	280	
	280	280	
	280	280	
1er	280	280	
lei	280	280	
	280	280	
	280	280	
	280	280	
	280	280	
	280	280	
	280	280	
2do	280	280	
200	280	280	
	280	280	
	280	280	
	280	280	





9	280	280
	280	280
	280	280
200	180	280
310	150	280
	129.895	200
1 1		200
		129.916

- 67.- Como puede apreciarse, mediante el referido correo electrónico, APM comunicó a ADM que el proceso de descarga de las Bodegas 2 y 4 de la nave Orient Dispatch, se realizaría en tres (3) jornadas de trabajo, las cuales iniciarían el 22 de diciembre de 2016 a las 15:30 horas.
- 68.- No obstante, de los documentos denominados "Resumen/Nota de Tarja", "Estados de Hechos" y "Estados de Hechos por Bodega" remitidos por APM²², se advierte que las operaciones de descarga de las Bodegas 2 y 4 de la nave Orient Dispatch se realizaron finalmente de la siguiente manera:

Cuadro Nº 1

Jornada	Bodega 2	Bodega 4
22/12/16 15:45 a 23:00	o	0
22/12/16 23:00 a 07:00	0	o
23/12/16 07:00 a 15:00	0	0
23/12/16 15:00 a 23:00	0	0



- 69.- Como se observa, de conformidad con los documentos denominados "Resumen/Nota de Tarja", "Estados de Hechos" y "Estados de Hechos por Bodega" remitidos por APM; las operaciones de descarga de las Bodegas 2 y 4 de la nave Orient Dispatch se realizaron en cuatro (4) jornadas de trabajo entre el 22 de diciembre de 2016 a las 15:45 horas y el 23 de diciembre de 2016 a las 23:00 horas.
- 70.- De los documentos señalados precedentemente, se desprende entonces que si bien <u>el número</u> de jornadas programado, según el Plan de Operaciones, para las Bodegas Nº 2 y 4 fue de tres (03) jornadas de trabajo, finalmente las operaciones se realizaron en cuatro (04) jornadas de trabajo.
- 71.- Asimismo, en cuanto al orden cronológico de la descarga, del Plan de Operaciones y los documentos denominados "Resumen/Nota de Tarja" se observa lo siguiente:



Organismo Supervisor de la Inversión en infraestructura de Transporte de Uso Público

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS EXPEDIENTE Nº 75-2017-TSC-OSITRAN RESOLUCIÓN Nº 1

Cuadro Nº 2

Jornada	Bode	ega 2 Bode		ega 4	
	Planificado ²³	Ejecutado ²⁴	Planificado	Ejecutado	
1 22/12/16 15:00 a 23:00	×	0	×	0	
2 22/12/16 23:00 a 07:00	×	o	×	o	
3 23/12/16 07:00 a 15:00	×	o	x	o	
4 23/12/16 15:00 a 23:00		0		0	

- 72.- En ese sentido, de acuerdo con lo detallado en los cuadros se evidencia que en en el Plan de Operaciones remitido por APM a ADM <u>se programó que las operaciones de descarga de las bodegas Nº 2 y 4 de la nave Orient Dispatch, debían desarrollarse en 3 jornadas de trabajo; sin embargo, finalmente, se desarrollaron en 4 jornadas de trabajo.</u>
- 73.- Ahora bien, en los documentos "Estado de Hechos", "Estado de Hechos por Bodega" y "Resumen/Nota de Tarja", APM realizó el registro de las paralizaciones imputables, tanto a ADM como a APM, los cuales habrían incidido en los tiempos programados para la descarga de la nave Orient Dispatch, tal y como se aprecia a continuación:

Cuadro Nº 3

		Cuadro N 3	
	PARALIZACI	ONES NO ATRIBUIBLES A APM	
JORNADA	RESUMEN/NOTA DE TARJA	ESTADO DE HECHOS	ESTADO DE HECHOS POR BODEGA
		BODEGA Nº 2	
1	15:45 — Inicio de operaciones 20:50 a 21:05 — Falla de Hopper 22:40 a 23:00 — Limpieza de muelle	15:45 – Inicio de operaciones 22:42 a 23:00 – Limpieza y barredura de muelle	15:10 a 15:45 — Posicionamiento de mallas en bodega 15:45 — Inicio de operaciones 20:10 a 20:30 — Paralización por entrada de retroexcavadora
22/12/16	BODEGA N° 4		
15:00 a 23:00	15:45 – Inicio de operaciones 16:00 a 16:15 – Falla de Hopper 16:30 a 17:00 – Falla de Hopper 17:25 a 18:25 – Falla de Hopper 18:30 a 19:25 – Falla de Hopper	15:45 – Inicio de operaciones 16:00 a 16:15 – Falla de Hopper 16:30 a 17:00 – Falla de Hopper 17:25 a 18:25 – Falla de Hopper 18:30 a 19:10 – Falla de Hopper	15:10 a 15:45 — Posicionamiento de mallas en bodega 15:45 — Inicio de operaciones 16:35 a 16:50 — Falla de Hopper 17:25 a 18:20 — Falla de Hopper 18:40 a 19:15 — Falla de Hopper
		BODEGA N° 2	
2 22/12/16 23:00 a 07:00	02:05 a 03:05 — Paralización por maniobras abordo 06:30 a 07:00 — Movilización de equipos	(*)	o2:05 a o3:05 — Paralización por maniobra: salida de excavadora hacia Bodega 4



Según los documentos denominados "Resumen/Nota de Tarja", "Estados de Hechos" y "Estados de Hechos por Bodega"





			об:30 a 07:00 – Movilización de equipos
		BODEGA N° 4	
	o2:05 a 03:05 — Paralización por ingreso de retroexcavadora	(*)	o 2:05 a o 3:05 — Paralización por maniobra: ingreso de excavadora
		BODEGA Nº 2	
3	o7:10 a 10:00 — Paralización por coordinaciones y movimiento de Hopper 10:00 — Inicio de operaciones 11:45 a 12:00 — Ingreso de excavadora a Bodega	(*)	07:10 a 10:00 — Paralización por coordinaciones y movimiento de Hopper 11:45 a 12:05 — Ingreso de excavadora a Bodega
23/12/16		BODEGA Nº 4	
07:00 a 15:00	o7:10 – Inicio de operaciones o7:30 a o8:15 – Cambio de equipos o9:10 a o9:30 – Cuchara 13:40 a 14:25 – Problemas en bodega por apertura de cuchara en el aire 14:50 a 15:00 – Limpieza de muelle	(*)	o7:30 a o8:15 – Chequeo y movilización de Hopper 13:40 a 14:23 – Espera de operador de excavadora
3-3	***	BODEGA Nº 2	
	(**)	(*)	(**)
	BODEGA N° 4		
23/12/16 15:00 a 23:00	15:20 a 16:40 – Falta de operador 19:10 a 19:30 – Manguera de conexión malograda 22:10 a 22:20 – Paralización por limpieza	(*)	15:20 a 16:40 — Falta de Operador 19:10 a 19:30 — Manguera malograda

(*) No presentó Estado de Hechos

(**) No se registran paralizaciones

Cuadro Nº 4

	PARALIZACIONES ATRIBUIBLES AL USUARIO (ADM)				
JORNADA	Resumen/Nota de Tarja	Estado de Hechos	Estado de Hechos por Bodega		
		BODEGA Nº 2			
1 22/12/16 15:00 a 23:00	15:45 – Inicio de operaciones 16:45 a 16:50 – Falta de camiones 17:00 a 17:35 – Falta de camiones 17:50 a 18:00 – Falta de camiones 20:10 a 20:15 – Falta de camiones 21:20 a 21:30 – Falta de camiones 21:35 a 21:50 – Falta de camiones 22:00 a 22:05 – Falta de camiones 22:10 a 22:15 – Falta de camiones 22:20 a 22:30 – Falta de camiones	15:10 a 15:45 — Falta de camiones 15:45 — Inicio de operaciones 16:45 a 16:50 — Falta de camiones 17:00 a 17:35 — Falta de camiones 17:50 a 18:00 — Falta de camiones 21:20 a 21:30 — Falta de camiones 21:36 a 21:55 — Falta de camiones 22:02 a 22:07 — Falta de camiones	15:10 a 15: 45 — Falta de camiones 15:45 — Inicio de operaciones 16:45 a 16:50 — Falta de camiones 17:00 a 17:35 — Falta de camiones 17:50 a 18:00 — Falta de camiones 20:50 a 21:00 — Falta de camiones 21:15 a 21:30 — Falta de camiones 21:40 a 21:50 — Falta de camiones 22:00 a 22:05 — Falta de camiones 22:10 a 22:15 — Falta de camiones 22:20 a 22:30 — Falta de camiones 22:40 a 23:00 — Falta de camiones		
	BODEGA N° 4				
	15:45 — Inicio de operaciones 21:00 a 22:05 — Falta de camiones 22:20 a 22:40 — Falta de camiones	15:10 a 15:45 – Falta de camiones 15:45 – Inicio de operaciones 19:40 a 19:45 – Falta de camiones 20:50 a 21:00 – Falta de camiones 21:08 a 22:05 – Falta de camiones 22:21 a 22:43 – Falta de camiones	15:10 a 15:45 — Falta de camiones 15:50 — Inicio de operaciones 21:10 a 22:05 — Falta de camiones 22:20 a 22:42 — Falta de camiones		
		BODEGA N° 2			
2	BODEGAN 2				



1/2

22/12/16	23:05 a 23:25 – Falta de camiones		23:05 a 23:25 – Falta de camiones	
23:00 a 07:00	01:05 a 01:15 – Falta de camiones	(*)	01:05 a 01:15 — Falta de camiones	
	o5:35 a o5:50 – Falta de camiones	()	o5:35 a o5:50 – Falta de camiones	
	03,33 2 03,30 1 0.00 00 000.103	BODEGA N° 4	1 05.35 0 05.30 1 010 00 0011101103	
	23:05 a 23:25 — Falta de camiones	505E07(1 4		
	01:00 a 01:15 – Falta de camiones		23:05 a 23:25 — Falta de camiones	
	o1:20 a o1:30 - Falta de camiones	(*)	01:20 a 01:30 – Falta de camiones	
	05:20 a 06:30 – Falta de camiones		o5:20 a o6:30 – Falta de camiones	
		BODEGA Nº 2		
	10:00 — Inicio de operaciones			
	10:00 a 10:10 - Falta de camiones			
	10:25 a 10:40 — Falta de camiones		(***)	
	12:00 a 12:55 — Falta de camiones	(*)		
	12:55 a 13:00 – Falta de camiones			
3	13:20 a 13:35 — Falta de camiones			
23/12/16	14:20 a 14:25 — Falta de camiones			
07:00 a 15:00	14:30 a 14:40 — Falta de camiones		1.	
	BODEGA N° 4			
	07:10 – Inicio de operaciones			
	10:34 a 10:44 — Falta de camiones			
	12:05 a 12:25 — Falta de camiones	(*)	(***)	
	12:30 a 12:40 — Falta de camiones			
	14:40 a 14:45 – Falta de camiones		<u></u>	
		BODEGA Nº 2		
	17:40 a 17:50 — Falta de camiones	(*)	(**)	
, [17:55 a 18:05 – Falta de camiones			
4 23/12/16		BODEGA Nº 4		
15:00 à 23:00	17:00 a 17:30 - Falta de camiones		17:00 a 17:30 — Falta de camiones	
	17:40 a 18:10 – Falta de camiones	(*)	17:40 a 18:10 — Falta de camiones	
	20:00 a 20:26 – Falta de camiones		20:00 a 20:26 — Falta de camiones	
			22:10 a 22:20 — Falta de camiones	

(*) No presentó Estado de Hechos

(**) No se registran paralizaciones

(***) El documento registra paralizaciones pero no indica a qué bodega corresponden.

- 74.- De la información contenida en los cuadros precedentes se evidencia que existieron paralizaciones imputables tanto a APM (paralizaciones por falla de Hopper, cambios de equipos, problemas con el instrumento denominado "cuchara", manguera malograda, demoras en el inicio de operaciones en ciertas jornadas, así como por falta de operadores) como a ADM (paralizaciones por falta de envío de camiones) en las labores de descarga de la mercadería transportada en la nave Orient Dispatch.
- 75.- No obstante ello, se advierte que en el presente caso las paralizaciones atribuibles a APM no fueron cobradas a ADM, constatándose que en la factura N° 003-50738 se consideró únicamente las paralizaciones generadas por la falta de envío de camiones.
- 76.- Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, de los documentos denominados "Resumen / Nota de Tarja" correspondientes a la primera jornada de operaciones de descarga de las bodegas Nº 2 y 4 de la nave Orient Dispatch, se evidenció un incumplimiento del Plan de Operaciones que resulta imputable a APM, tal y como se aprecia a continuación:





- Bodega Nº 2: entre las 20:50 y 21:15 horas del 22 de diciembre de 2016 no se desarrollaron operaciones de descarga debido a fallas en el Hopper que APM asignó a los trabajos de descarga.
- Bodega Nº 4: en cuatro (4) ocasiones, esto es, desde <u>las 16:00 a 16:15 horas, 16:30 a 17:00 horas, 17:25 a 18:25 horas y 18:30 a 19:25 horas del 22 de diciembre de 2016</u> no se desarrollaron operaciones de descarga debido a fallas en el Hopper que APM asignó a los trabajos de descarga.
- 77.- En atención a lo expuesto, <u>se advierte que la operación de descarga de la nave Orient Dispatch</u> no se ejecutó conforme a lo planificado en el Plan de Operaciones, toda vez que se acredita que: i) se utilizó un mayor número de jornadas para culminar la descarga; y, ii) se generaron paralizaciones durante las operaciones de descarga imputables a APM.
- 78.- Al respecto, cabe recordar que el numeral 5.4.1. del Anexo N° 5 "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido" del Reglamento de Operaciones de APM, versión 4, ha establecido responsabilidades al Concesionario que debe cumplir en el marco del procedimiento de descarga de gráneles sólidos. Entre dichas responsabilidades está: i) Hacer cumplir el Plan de Operaciones, ii) informar a los usuarios las novedades de las condiciones de descarga, iii) modificar el Plan de Operaciones ante la existencia de cualquier evento que determine una ampliación del número de jornadas establecidas en el Plan de Operaciones, entre otras responsabilidades.
- 79.- En ese sentido, habiéndose advertido que el Plan de Operaciones no se ejecutó conforme a lo planificado y que existió una ampliación de jornadas para culminar la operación de descarga, correspondía a APM acreditar que cumplió con su obligación de informar al usuario las nuevas condiciones que se estaban presentando conforme avanzaba los trabajos de descarga, así como acreditar que cumplió con su obligación de modificar el Plan de Operaciones y comunicarlo al usuario con la finalidad de que este tenga la posibilidad de organizar la cantidad y frecuencia de camiones a enviar, a efectos de que la atención de la descarga se realizara sin contratiempos y no incurra en el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada.
- 8o.- Sin embargo, de la revisión del expediente administrativo se advierte que la Entidad Prestadora no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que cumplió con su obligación de informar lo señalado precedentemente:
- 81.- En efecto, APM tenía la responsabilidad de comunicar a ADM: i) que las operaciones de descarga no culminarían en las jornadas programadas en el Plan de Operaciones comunicado, indicando la nueva cantidad de jornadas a realizar así como la fecha y hora de término de las operaciones de descarga; y, ii) la existencia de paralizaciones por falla de equipos y falta de operarios que generaban demoras en el inicio y desarrollo de las jornadas de trabajo.



b

- 82.- De acuerdo con lo expuesto, no se acredita que APM haya cumplido con sus responsabilidades para brindar el servicio de descarga de conformidad con el "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido".
- 83.- Cabe resaltar que si bien ADM ANDINA es un usuario que conoce la operatividad portuaria, por lo que eventualmente podría determinar cuál sería el nivel de descarga adecuado, y en virtud de ello disponer una frecuencia determinada de camiones; también es cierto que en su calidad de usuario se encuentra supeditado a las decisiones operativas que determine APM y a la información que le envíe.
- 84.- Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que de la revisión de los documentos denominados "Resumen/Nota de Tarja" correspondientes a la Bodega N° 2 de la nave Orient Dispatch, se verifica que antes de iniciada la alteración del Plan de Operaciones por paralizaciones por falla de equipos imputables a APM (20:50 horas del 22 de diciembre de 2016); existieron paralizaciones ascendentes a 35 minutos por falta de camiones atribuibles a ADM²⁵.
- 85.- Al respecto, este Tribunal considera que en tanto que en esos momentos, esto es, desde el inicio de las operaciones hasta la primera paralización por falla de equipos de APM (de 15:30 a 20:50 horas del 22 de diciembre de 2016); el Plan de Operaciones no había sufrido modificación alguna por responsabilidad de la Entidad Prestadora, esta se encontraba facultada a aplicar el recargo por compensación de cuadrilla no utilizada en el supuesto de que el usuario incurriera en el no envío de camiones.
- 86.- Siendo así, verificándose que entre las 15:30 a 20:50 horas del 22 de diciembre de 2016 existieron paralizaciones ascendentes a 35 minutos por la falta de envío de camiones atribuibles a ADM, corresponde que dichas paralizaciones le sean cobradas.
- 87.- Consecuentemente, en atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde dejar sin efecto el cobro de la factura N° 003-50738, debiendo emitirse una nueva factura que considere únicamente el cobro por los 35 minutos de paralizaciones señaladas.
- 88.- Finalmente, en cuanto al cuestionamiento de ADM referido al cobro del IGV en la emisión de la factura por concepto de recargo por Compensación de Cuadrilla no utilizada; cabe señalar que de acuerdo a la Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de Aduanas y administración Tributaria –SUNAT, Ley N° 29816, corresponde a esta Entidad, entre otras funciones, la administración, aplicación, fiscalización y recaudación de los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales²⁶.

La SUNAT tiene por función administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los tributos internos del Gobierno Nacional con excepción de los municipales, así como proponer y participar en la reglamentación de las normas tributarias y advaneras. Asimismo, puede dictar normas en materia tributaria, advanera y de organización



So

³⁵ Cabe indicar que dicho cómputo de tiempo se ha realizado considerando únicamente las paralizaciones por falta de camiones superiores a 10 minutos, que mediante los documentos denominados ""Resumen/Nota de Tarja" APM ha acreditado ocurrieron durante la descarga de la mercadería de propiedad de ADM.

[&]quot; LEY N° 29816, LEY DE FORTALECIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA -SUNAT

[&]quot;Artículo 5. Funciones de la SUNAT

89.- Asimismo, el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, Resolución de Superintendencia N° 122-2014/SUNAT y sus modificatorias, establece en el literal v) del artículo 4° que una de las funciones de esta Entidad es:

"Artículo 4°.- Funciones y Atribuciones de la SUNAT

Son funciones y atribuciones de la SUNAT:

(...)

v) <u>Determinar la correcta aplicación y recaudación de los tributos</u> que administra y de otros cuya recaudación se le encargue, así como de los derechos que cobren por los servicios que prestan, de acuerdo a Ley."

[El subrayado es nuestro]

90.- Por consiguiente, siendo una de las funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria el determinar la correcta aplicación de los tributos, corresponde a esta Entidad y no a este Tribunal, pronunciarse sobre la aplicación del I.G.V. en la facturación sobre el recargo por concepto de Compensación de Cuadrilla no utilizada.

Sobre los daños a la mercadería reclamados

91.- El Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios²⁷ (en adelante, RUTAP) establece 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) 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

interna en el ámbito de su competencia. También administra y/o recauda otros conceptos no tributarios que se le encargue por ley y cumple otras funciones establecidas de acuerdo a ley. (...)"

²⁷ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones Nº 074-2011-CD-OSITRAN



Pa

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.

(...)

- d) En la medida que el contrato de concesión o las normas legales vigentes lo prevean, contratar seguros contra accidentes y otros. Además las Entidades Prestadoras deberán reparar los daños a los usuarios, y a sus bienes, en la medida que resulten responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en lo que resulte pertinente".
- 92.- Conforme se puede apreciar de las normas citadas, la reparación de los daños provocados a los usuarios con ocasión de los servicios brindados es un derecho reconocido a estos y una obligación de la Entidad Prestadora.
- 93.- Ahora bien, a fin de definir y establecer la responsabilidad por daños, la propia norma sectorial remite a las reglas establecidas en el Código Civil. En ese sentido, el artículo 1321 del Código Civil establece lo siguiente:

"Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, <u>en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.</u>

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

[El subrayado es nuestro]

- 94.- Según el artículo antes citado, <u>procede el resarcimiento por los daños y perjuicios, en la medida que sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación</u>, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
- 95.- De otro lado, el artículo 1331 del Código Civil prescribe lo siguiente:

Artículo 1331.- <u>La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación</u>, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

[El subrayado es nuestro]

96.- De acuerdo con el artículo citado se aprecia que la prueba de los daños y perjuicios, así como su cuantía, corresponde al perjudicado por la inejecución de una obligación, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso.



B

- 97.- Lo establecido en el Código Civil concuerda con lo estipulado en el artículo 196º del Código Procesal Civil, que establece que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos²⁸.
- 98.- Adicionalmente, se aprecia que de acuerdo a doctrina sobre responsabilidad civil, conjuntamente con la imputabilidad; la ilicitud o antijuridicidad; el factor de atribución (dolo, culpa o criterios objetivos); y el nexo causal; el daño es también un elemento constitutivo de la responsabilidad civil²⁹, razón por la que si este no se acredita, no corresponde atribuir responsabilidad a la Entidad Prestadora por el hecho reclamado.
- 99.- Teniendo en cuenta lo expuesto, cabe señalar que en el presente caso le correspondía a ADM acreditar los daños que alegó en su reclamo, esto es, la pérdida por contaminación de su mercadería y que esta situación era atribuible a APM.
- 100.- Respecto de dicha carga probatoria, de la revisión del expediente se aprecia que ADM ha presentado los documentos denominados "Certificado de Peso³⁰" y "Terminal Data Report³¹", con los cuales, indica, se acreditaría la cantidad de mercadería perdida o contaminada durante el procedimiento de descarga.
- 101.- Sobre el particular, cabe señalar que si bien de ambos documentos se aprecia que al 24 de diciembre de 2016, como producto del derrame del producto en muelle, APM únicamente entregó al usuario la cantidad de 12 184.250 toneladas de mercadería, pese a que se había autorizado la descarga de 12 189.812 toneladas en el Terminal Portuario; de lo manifestado por la propia ADM en sus escritos a lo largo de procedimiento y de lo registrado en el documento denominado "Protesto Informativo M.N. Orient Dispatch³²" adjuntado por la apelante, se verifica que posteriormente, la mercadería faltante le fue entregada a ADM, contenida en 11 bolsones.



102.- No obstante, ADM ha manifestado que producto del derrame de su mercadería en muelle, al momento de ser barrida y recogida en los 11 bolsones que le fueron entregados, dicha

El daño: que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.



P Folio 35

CÓDIGO PROCESAL CIVIL

[&]quot;Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

²⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil", Tercera Edición, Editora Gaceta Jurídica, Lima Perú. Según el citado autor, los indicados elementos de la responsabilidad civil son definidos de la siguiente manera.

La imputabilidad: la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.

La ilicitud o antijuridicidad: la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.

El factor de atribución: el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.

El nexo causal: la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.

mercadería se mezcló con partículas extrañas, lo que le habría generado pérdidas comerciales debido a que ya no resultaría apta para el consumo.

- 103.- En ese sentido, ADM manifestó haber cumplió con su obligación de acreditar los referidos daños mediante la presentación del documento denominado "Protesto Informativo M.N. Orient Dispatch", presentado a la Capitanía de Puerto del Callao el 24 de diciembre de 2016, documento mediante el cual le comunicó que como producto del derrame de su mercadería en muelle, esta presentaba partículas extrañas, lo que había generado que sea declarada no apta para el consumo.
- 104.- Al respecto, cabe señalar que mediante la versión 4 del Reglamento de Operaciones de APM, vigente al momento de los hechos, se ha establecido un nuevo procedimiento para la presentación de reclamos por daños, tal y como se aprecia a continuación:

"Artículo 14.- El usuario podrá presentar reclamos debidamente documentados, por controversias suscitadas en la atención y facturación de los servicios de conformidad con el reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias.

Por otro lado, <u>durante las operaciones los daños ocurridos a</u> las naves, <u>carga</u> o equipos y unidades de transporte de carga <u>deben ser reportados al Gerente de Turno en los términos establecidos del procedimiento de los anexos 1, 2 y 6 del presente reglamento, a fin de llevar a cabo las investigaciones pertinentes y de determinar las responsabilidad de acuerdo al Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de APM TERMINALS."</u>

[El subrayado es nuestro]

105.- Como puede apreciarse, el artículo 14 del Reglamento de Operaciones de APM indica que en caso se produjeran daños a la carga, estos deben de ser reportados al Gerente de Turno de APM de acuerdo con los términos establecidos en los anexos 1, 2 y 6 del referido Reglamento, a fin de realizar las investigaciones y determinar las responsabilidades del caso.



106.- Sobre el particular, de la revisión de los anexos citados, se advierte que en el Anexo 2 del Reglamento de Operaciones de APM se encuentra establecido el Procedimiento para la atención de daños y faltantes a la carga general, dentro del cual, se han determinado las obligaciones a cargo de cada una de las partes, a efectos de que APM realice las acciones correspondientes a la determinación de responsabilidades sobre los daños reportados³³. Así, en el numeral 4.1 del Anexo 2 del Reglamento de Operaciones de APM, se han establecido las siguientes obligaciones o responsabilidades a cargo del usuario:

Anexo 01

PROCEDIMIENTO PARA LA ATENCIÓN DE DAÑOS Y FALTANTES A LA CARGA GENERAL

i. OBJETO

1.1 — Denotar el origen y/o el momento en el que se daña la carga

1.2 Establecer los pasos a seguir para la verificación de la estiba al arribo y en caso de detección de cualquier daño de origen.



¹¹ Reglamento de Operaciones de APM

"5. RESPONSABILIDADES

(...)

5.2. Usuario

 Cuando tome conocimiento sobre cualquier da
 ño producido a la nave, deberá coordinar con el Concesionario las medidas y acciones pertinentes.

OSITRAN

 Elaborar el reporte de daños o faltante de carga sobre el hecho ocurrido, el cual deberá ser firmado por el consignatario o su representante; presentado por escrito o por correo electrónico al Concesionario con un plazo de ocho (o8) horas contadas desde ocurrido el hecho durante las operaciones, no debiendo este condicionar su aceptación en ningún caso.

(...)"

- 107.- Como se observa, de acuerdo con lo establecido en el referido procedimiento, luego de tomar conocimiento de cualquier daño producido a la nave, el usuario tiene la obligación de: (i) coordinar con el concesionario las medidas y acciones pertinentes; y, (ii) elaborar y presentar el Reporte de Daños, el cual deberá de estar suscrito tanto por el consignatario o su representante, debiendo de ser presentado por escrito o por correo electrónico al Concesionario con un plazo de ocho (o8) horas contadas desde ocurrido el hecho durante las operaciones.
- 108.- En el presente caso, de la revisión del expediente administrativo no se aprecia que obre medio probatorio alguno que acredite que ADM cumplió con comunicar a APM la ocurrencia de los daños que alega, esto es, que luego del derrame en muelle, su mercadería se hubiera contaminado con partículas extrañas que generaran que no fuera apta para el consumo.
- 109.- En efecto, si bien ADM ha adjuntado el documento denominado "Protesto Informativo M.N. Orient Dispatch", el mismo fue presentado ante la Capitanía de Puerto del Callao, más no ante APM.
- 110.- En relación a la naturaleza del Protesto, cabe indicar que de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres (D. S. Nº 028-DE-MGP), se entiende por Protesto o Protesta lo siguiente:

"LA PROTESTA

A-030201 La protesta es el documento mediante el cual el capitán, patrón, agente, propietario y/o armador de una nave, o cualquier persona con legítimo interés, comunica por escrito a la Capitanía de Puerto, la ocurrencia de algún accidente acuático, incidente o infracción al Reglamento o disposiciones relativas a las actividades acuáticas.

A-030202 La protesta constituye la primera versión de los hechos, y servirá al Capitán de Puerto para iniciar la sumaria investigación en el caso que ésta proceda, siendo dicho documento cabeza



DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

fo

del procedimiento en el deslinde o establecimiento de responsabilidades, debiendo estar firmada por el recurrente."

- 111.- Como se aprecia, de acuerdo con los artículos A-030201 y A-030202 del referido Reglamento, la protesta es el documento mediante el cual se comunica a la Capitanía de Puerto la ocurrencia de algún accidente relativo a las actividades acuáticas, siendo únicamente la primera versión de los hechos en virtud de los cuales, el Capitán de Puerto iniciará la investigación sumaria en caso lo considere pertinente.
- 112.- En atención a lo expuesto, si bien mediante el Protesto Informativo presentado ante la Capitanía del Puerto del Callao, ADM informó sobre la ocurrencia de los presuntos daños a su mercadería, el mismo no se constituye en un elemento idóneo para acreditar que efectivamente dichos daños ocurrieron, o que estos fueran de responsabilidad de APM.
- 113.- Es importante resaltar que si bien dentro del procedimiento de investigación de la Capitanía de Puerto, los Protestos Informativos son documentos que facilitan al solicitante la interposición de los mismos, y que pueden hacer referencia a determinados hechos, como por ejemplo la ocurrencia de daños a la mercancía durante la operación de descarga; ello no lo exime de la obligación de acreditar y/o probar la existencia de dichos daños y que estos se generaron como consecuencia del defectuoso servicio brindado por la Entidad Prestadora, más aun si existen dispositivos y normas que establecen claramente que corresponde a quien alega un daño, probarlo.
- 114.- Al respecto, cabe recordar lo estipulado en el artículo 196 del Código Procesal Civil³⁴ (en adelante, CPC) que establece que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, así como el artículo 200 del CPC³⁵ que dispone que en los casos en que no se hayan probado los hechos que sustentan la pretensión de lo requerido, los mismos serán declarados infundados.
- 115.- En consecuencia, considerando que de la revisión del expediente no se aprecia que ADM haya acreditado con medio probatorio alguno que su mercadería se encontraba dañada, así como que esta situación le era atribuible a APM; corresponde desestimar dicho extremo de su reclamo.



()

Carga de la prueba.-

Artículo 296.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

35 Código Procesal Civil

(...)

Improbanza de la pretensión.-

Artículo 200.–Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.



Jo

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 60° del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN³⁶;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, EN PARTE, la Resolución Nº 1 emitida en el expediente NºAPMTC/CL/124-2017, y en consecuencia, DECLARAR FUNDADO EN PARTE el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., en el extremo referido al recargo por compensación de cuadrilla no utilizada, debiendo anularse la factura Nº003-50738 y emitirse una nueva factura por el equivalente a 35 minutos de paralizaciones.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/124-2017, en el extremo que **DECLARÓ INFUNDADO** el reclamo presentado por ADM ANDINA PERÚ S.R.L. contra APM TERMINALS CALLAO S.A., respecto de los presuntos daños a la mercadería descargada de la nave Orient Dispatch.

TERCERO.- DECLARAR que con la presente resolución queda agotada la vía administrativa.

CUARTO.- NOTIFICAR a la empresa ADM ANDINA PERÚ S.R.L. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA

Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN

"Artículo 6a.- 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"

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".



Regiamento de Reclamos de OSITRAN

[&]quot;Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia