



EXPEDIENTE N° : 231-2018-TSC-OSITRAN
APELANTE : G.W. YICHANG & CIA S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente APMTC/CL/0375-2018

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 31 de julio de 2019

SUMILLA: *Corresponde revocar la resolución recurrida y declararla fundada, en la medida que la Entidad Prestadora no ha desvirtuado su responsabilidad por el faltante de peso en la mercadería de propiedad del usuario transportada en el contenedor SMLU7826120.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por G.W. YICHANG & CIA S.A. (en adelante, YICHANG o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0375-2018 (en lo sucesivo, Resolución N° 1), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES:**

1. El 14 de septiembre de 2018, YICHANG presentó un reclamo ante APM señalando que al momento de retirar su mercadería del Terminal Portuario detectó que el contenedor N° SMLU7826120 registró un peso de 5 770 kg, el cual era menor al peso evidenciado en la nota de tarja emitida en la operación de descarga ascendente a 6 730 kg. Agregó que al realizar la verificación de la mercadería, se detectó que dentro del contenedor sólo se encontraban treinta y tres (33) de los treinta y cinco (35) bultos embarcados.
2. Mediante Carta N° 0917-2018-APMTC/CL notificada a YICHANG el 18 de septiembre de 2018, APM requirió a YICHANG que de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de APM Terminals Callao S.A. (en adelante, Reglamento de Atención de Reclamos de APM) y el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, cumpla con presentar información indispensable para la tramitación de su reclamo, esto es: i) Datos del Representante Legal, del Apoderado y del abogado patrocinante; ii) copia simple del documento que acredite la representación



- legal; iii) copia simple del documento de identidad, iv) fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el reclamo; y, v) medios probatorios que considere pertinente presentar el reclamante o el ofrecimiento de los mismos, si no estuvieran en su poder.
3. El 20 de septiembre de 2018, YICHANG cumplió con absolver el requerimiento efectuado por APM manifestando lo siguiente:
- i. Realizó la importación de mercadería transportada en el contenedor N° SMLU7826120, el cual culminó su descarga en el Terminal Portuario el 14 de agosto de 2018, procediéndose con la tarja de la mercancía en la que se registró como peso recibido 6 730 kg.
 - ii. El 20 de agosto de 2018 se retiró el referido contenedor del almacén temporal de APM, registrándose 5 770 kg como peso de mercancía, de acuerdo a lo consignado en el tique de salida N° 2316559.
 - iii. Precizó que la pérdida de la mercadería reclamada ascendía a la suma de US\$ 97 317.54 (noventa y siete mil trescientos diecisiete con 54/100 dólares americanos).
4. Mediante Resolución N° 1 contenida en la Carta N° 1112-2018-APMTC/CL, notificada a YICHANG el 8 de noviembre de 2018, APM declaró infundado el reclamo argumentando lo siguiente:
- i. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil, APM resulta responsable de los daños alegados siempre y cuando sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de alguna de sus obligaciones; correspondiendo la carga de probar los referidos daños al usuario de conformidad con lo previsto en los artículos 1331 del Código Civil y el 196 del Código Procesal Civil.
 - ii. A efectos de sustentar lo alegado en su reclamo, YICHANG presentó la factura original referida a la mercadería del contenedor transportado, documento en el que se verifican las condiciones de compra y venta de la mercancía; sin embargo, no acredita en el presente caso, el peso del contenedor que el usuario reclama.
 - iii. El *Bill of Lading* (B/L) es el documento que el transportista utiliza para establecer las reglas de la relación contractual que mantiene con el cargador y el consignatario de la mercancía; por lo que acredita la recepción de mercancías abordo para su traslado más no que la mercadería manifestada en el contenedor SMLU7826120 fue efectivamente embarcada y que el supuesto faltante sea responsabilidad de APM.



- iv. De acuerdo a las operaciones de descarga de la nave FOUMA con Manifiesto 2018-02061, el mencionado contenedor fue descargado el día 14 de agosto de 2018 registrando los precintos A357018 y A342696 en buen estado, para luego ser colocado en el Depósito Temporal de APM, siendo retirado por YICHANG el 20 de agosto de 2018.
 - v. Durante la estadía del contenedor en el Terminal Portuario no se registró ningún evento que haya implicado la manipulación del mismo en la zona de almacenamiento. Además, se verificó que los precintos no registraron ningún daño o manipulación, por lo que resulta imposible que el supuesto faltante reclamado hubiese ocurrido durante la estadía del contenedor.
 - vi. En la medida que YICHANG no acreditó que su contenedor arribó al puerto con el peso manifestado y no habiéndose demostrado la responsabilidad de APM por el supuesto faltante, no corresponde resarcimiento alguno.
5. Con fecha 27 de noviembre de 2018, YICHANG interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 de APM, señalando lo siguiente:
- i. La mercancía materia de reclamo fue ingresada en el contenedor con los precintos de seguridad A357018 y A342696, habiendo sido embarcada en el puerto de Miami con destino final en el puerto del Callao, conforme consta en el Conocimiento de Embarque N° HO36-18, en el cual se hace referencia a una mercancía compuesta por un total de treinta y cinco (35) bultos.
 - ii. Luego del arribo de la nave, la mercancía fue descargada en el puerto e ingresó al depósito temporal de APM el 14 de agosto de 2018, siendo el peso del contenedor 6 730 kg al momento de su ingreso.
 - iii. En la Declaración Aduanera de Mercancías N° 118-2018-10-328955-01-6-00 del 17 de agosto de 2018, se precisó que el total de bultos transportados en dicho contenedor fue de treinta y cinco (35).
 - iv. El 20 de agosto de 2018, el agente aduanero retiró el contenedor del depósito temporal de APM conforme consta en la Guía de Remisión – Remitente N° 002-0044558, registrándose en el Tique de salida N° 2316559 que el peso de dicho contenedor al momento de su salida del depósito fue de 5 770 kg, es decir, un peso menor al registrado en el momento en el que el contenedor ingresó al depósito temporal.
 - v. Al arribar la mercancía a sus almacenes, se procedió a abrir el contenedor encontrándose sólo treinta y tres (33) de los treinta y cinco (35) bultos que ingresaron al depósito.



- vi. En caso se considere que YICHANG no ha cumplido con acreditar la pérdida de los 960 kg de mercadería en el contenedor recibido, resulta pertinente que el Tribunal acoja la doctrina del "*res ipsa loquitur*" o de "la cosa habla por sí misma", aplicable para aquellos casos en los cuales no es posible probar cuál fue el hecho generador del daño, pero que en atención a las circunstancias en las que se produjo, se debe concluir que la pérdida de la mercancía se produjo por la negligencia o acción de aquel que tenía al bien bajo su esfera de control o responsabilidad. En ese sentido, corresponde a la Entidad Prestadora acreditar que el servicio se brindó de acuerdo al Contrato de Concesión, en la medida que se encuentra en mejor posición que el usuario de demostrar que el servicio se prestó de manera adecuada y conforme a los estándares establecidos.
 - vii. En las reiteradas comunicaciones sostenidas con APM referidas a los faltantes materia de reclamo, éste no ha brindado explicación alguna respecto a las razones por las cuales verificó que el contenedor registraba un peso de entrada al puerto mayor al peso registrado en su salida.
6. El 8 de abril de 2019, APM elevó al TSC el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando lo expuesto en la Resolución N° 1.
 7. El 11 de julio de 2019, se realizó la audiencia de vista de la causa con la asistencia de la representante de APM quien procedió a dar su informe oral, quedando la causa al voto.
 8. El 16 de julio de 2019, APM presentó su escrito de alegatos finales reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento, agregando que respecto a la diferencia de pesos registrada al momento del ingreso y retiro del contenedor del depósito temporal, ésta pudo haber sido ocasionada por un mal posicionamiento del transportista en la balanza de salida.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

9. Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
 - i. Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de APM.
 - ii. Determinar si APM es responsable por los daños alegados por YICHANG.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

10. La materia del presente procedimiento versa sobre la atribución de responsabilidad que YICHANG le imputa a APM por la pérdida de dos (2) bultos en el peso de la mercadería





consistente en artefactos electrónicos, la cual fue ingresada a su depósito temporal dentro del contenedor SMLU7826120, situación prevista como un supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.3 del Reglamento de Reclamos de APM¹ y en el literal d) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN² (en adelante, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

11. De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de quince (15) días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
12. Al respecto, de una revisión del expediente se advierte lo siguiente:
 - i. La Resolución N° 1 fue notificada a YICHANG el 8 de noviembre de 2018.
 - ii. El plazo máximo que tuvo YICHANG para interponer su recurso de apelación venció el 29 de noviembre de 2018.

¹ **Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM**

"1.5.3 Materia de Reclamos
(...)

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

² **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN**

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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.
(...)"

³ **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".

⁴ **Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM**

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

El recurso de apelación deberá interponerse ante APM TERMINALS CALLAO S.A. dentro del plazo de quince (15) días de notificada la resolución. Cualquiera de las partes en el procedimiento podrá interponer cuando la impugnación se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, o se sustente en una nulidad, o en aquellos casos en que proceda el silencio administrativo negativo; o cuando teniendo una nueva prueba, no se opte por el recurso de reconsideración".



- iii. YICHANG apeló con fecha 27 de noviembre de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
13. De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁵ (en adelante, TUO de la LPAG), al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la responsabilidad por los daños al usuario como consecuencia de la presunta prestación deficiente de un servicio brindado por APM.
14. Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

a) *Sobre la naturaleza del cobro por concepto de Servicios Especiales de Depósito Temporal Aduanero*

15. 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.

⁵ TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 220.- 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".

**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."

16. En ese sentido, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el concepto de servicio engloba tanto al Servicio Estándar, como a los Servicios Especiales.
17. 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.
18. Asimismo, el Contrato de Concesión prevé el cobro de precios sólo bajo dos escenarios: (i) en el caso de los Servicios Especiales indicados en el Anexo 22; y, (ii) 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 1.23.87, 8.20 y 8.23:

"1.23.87. Precio

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

"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. (...)*

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.

(...)

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 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]

19. Por su parte, el Reglamento de Tarifas y Política Comercial de APM, define como uno de los servicios especiales no regulados sujetos al pago de un precio para su prestación, al servicio especial de Depósito Temporal Aduanero para contenedores secos, tal como se aprecia en su numeral 7.1.1.4.1:

"7.1.1.4.1 Servicio integrado de depósito temporal para contenedores secos de importación (Numeral 1.4.1 del Tarifario)

Este servicio no regulado sólo aplica cuando APM Terminals Callao S.A. ha sido denominado como depósito temporal (3014). Servicio integral que incluye el servicio estándar porción carga, el uso de área operativa hasta el día 10 (inclusive), transmisión a aduanas y emisión de volante. Los dos primeros días (48 horas) son libres y forman parte del servicio estándar. Para el uso de área operativa de depósito temporal desde el día 11 hasta el día 28 aplican los precios de los numerales 1.4.1.3 al 1.4.1.4 del Tarifario y desde el día 29 hacia adelante aplica el precio del numeral 1.3.1.7 del Tarifario. Para el resto de servicios, independientemente del número de días de permanencia del contenedor, aplican los precios que correspondan de los numerales 1.5.1, 1.5.3, 1.5.4 y 1.5.5 del Tarifario. Los días de uso de área operativa en depósito temporal se contabilizan desde el término de la descarga de la nave y culmina con el retiro del contenedor del patio del Terminal.

b) Respecto de la probanza de los daños

20. Sobre este extremo, es importante recalcar que el literal j) del artículo 7 del Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público (en adelante, Reglamento de Usuarios) aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 035-2017-CD-OSITRAN, 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 provocadas por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de las Entidades Prestadoras.

Los usuarios tienen derecho a solicitar la determinación de la responsabilidad de los daños o pérdidas conforme con el marco jurídico vigente, a través de las vías que estimen convenientes, entre ellas el procedimiento de reclamo, u otras. Luego de establecida dicha responsabilidad, el Usuario podrá solicitar la reparación correspondiente, ya sea en sede judicial, arbitral o por acuerdo entre las partes.

21. De lo citado se tiene que la reparación de los daños provocados a los usuarios con ocasión de los servicios brindados es un derecho reconocido a estos, exigible a la Entidad Prestadora.
22. Ahora bien, a fin de definir y establecer la responsabilidad por daños, la propia norma sectorial nos remite a las reglas establecidas en el Código Civil.
23. Al respecto, el artículo 1321 del Código Civil señala 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, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

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 y resaltado es nuestro]

24. Como se desprende del párrafo anterior, procede el resarcimiento por los daños y perjuicios, en la medida que sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
25. Es importante precisar que al estar APM obligada a brindar el servicio estándar, tiene el deber de guardar la diligencia debida en las operaciones que realice dentro del Terminal Portuario a fin de que estas sean efectuadas correctamente, sin generar daños a sus usuarios.
26. En este punto es importante considerar que el artículo 1331 del Código Civil prescribe que "la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de



una obligación, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso". En tal sentido, en el presente caso, YICHANG, a efectos de determinar que APM no cumplió con su labor de diligencia en la prestación de sus servicios, debió de probar que los daños se produjeron en el Terminal Portuario y como consecuencia de las operaciones realizadas por personal de la Entidad Prestadora.

27. En esa misma línea, el numeral 2 del artículo 173 de la Ley del TUO de la LPAG⁶ señala que corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones.

c) Sobre los daños alegados por YICHANG

28. En el presente caso, YICHANG atribuye responsabilidad a APM respecto de la alegada pérdida de dos (2) bultos de su propiedad que formaban parte de la mercancía de importación trasladada dentro del contenedor SMLU7826120, señalando que el peso de dicho contenedor al momento de su embarque en la nave FOUMA fue de 6 730 kg, de acuerdo al *Bill of Lading* (B/L) N° HO36-18; no obstante lo cual, únicamente le fueron entregados 5770 kg de acuerdo a lo indicado en el Tique de Salida N° 2316559.

29. Por su parte, APM manifestó que de acuerdo con la evaluación de los medios probatorios presentados por YICHANG, no se ha acreditado que el contenedor haya arribado al Terminal Portuario con el peso alegado, indicando además que los precintos del referido contenedor no fueron alterados durante su estancia en el depósito temporal, por lo que resultaba imposible que los faltantes hayan ocurrido durante la estadía del contenedor en sus instalaciones.

30. Con relación al argumento de defensa esgrimido por la Entidad Prestadora referido a que el usuario no acreditó que su contenedor arribó al Terminal Portuario con el peso manifestado, corresponde indicar que a efecto de acreditar la falta de dos (2) bultos de la mercadería transportada, la cual determinó una disminución en el peso del contenedor SMLU7826120 ascendente a 960 kg, YICHANG adjuntó los siguientes medios probatorios:

- El *Bill of Lading* (B/L) N° HO36-18;
- Volante de Despacho N° 8984 del 15 de agosto de 2018;
- Declaración Aduanera de Mercancías; y,
- Tique de Salida N° 2316559 del 20 de agosto de 2018.

⁶ TUO de la LPAG

Artículo 173.- Carga de la prueba

173.1. La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley.

173.2. Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.



31. En lo que se refiere al *Bill of Lading* (B/L) o Conocimiento de Embarque, es un documento empleado en el transporte marítimo emitido por el agente naviero o el capitán del buque para acreditar la recepción o carga a bordo de la nave de las mercancías a transportar; en consecuencia, esta información debe ser contrastada con lo efectivamente descargado en el puerto de destino y con lo entregado efectivamente al usuario.
32. Al respecto, en el B/L N° HO36-18 se ha consignado que en el contenedor SMLU7826120 en el cual se depositó únicamente mercancía perteneciente al referido usuario, se embarcaron 35 bultos con un peso total de 6 730 kg.
33. En cuanto al Volante de Despacho N° 8984 emitido por APM que obra en el expediente, corresponde indicar que dicho documento indica todas las incidencias de la recepción de una carga, siendo uno de los documentos que sirve como prueba de arribo de la mercancía ya desembarcada⁷. De lo antes señalado se advierte que el Volante de Despacho es un documento emitido luego de corroborada la carga manifestada de un contenedor de importación, el cual permite verificar los datos y características de dicha mercancía arribada al puerto, a efectos de que el importador pueda iniciar los trámites aduaneros correspondientes.
34. De la revisión del Volante de Despacho N° 8984 del 15 de agosto de 2018⁸, se aprecia que el contenedor SMLU7826120 arribó al Terminal Portuario pesando 6 730 kg, acorde al tonelaje señalado en el B/L N° HO36-18.
35. Asimismo, la Declaración Aduanera de Mercancías (DAM), es un documento mediante el cual el declarante indica el régimen aduanero que deberá aplicarse a las mercancías y suministra los detalles que la Administración Aduanera requiere para su aplicación⁹. De acuerdo a la DAM presentada por YICHANG, se aprecia que en dicho documento se consignó que el peso de la mercancía declarada era de 6 730 kg y se encontraba constituida por 35 bultos.
36. En atención a lo expuesto, de acuerdo a lo consignado en el Volante de Despacho N° 8984 y la DAM, se desprende que el contenedor en cuestión registró un peso de 6 730 kg al arribar al Terminal Portuario y al momento de su ingreso en el depósito temporal de APM.
37. Ahora bien, en el expediente obra también el Tique de Salida N° 2316559 del 20 de agosto de 2018¹⁰, emitido por APM, en el cual se consignó que el peso final neto de la mercancía del referido contenedor entregada a YICHANG, ascendió a 5 770 kg, lo que evidencia una diferencia en el peso de la mercadería equivalente a 960 kg faltantes.

⁷ <https://prezi.com/vn19h3at4sfv/el-volante-de-despacho-y-del-certificado-digemit/>

⁸ Folio 5 del Expediente.

⁹ Definición tomada del Decreto Legislativo N° 1053, Ley General de Aduanas.

¹⁰ Folio 11 del Expediente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 231-2018-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

38. En tal sentido, de los documentos analizados se evidencia que APM entregó a YICHANG una cantidad de mercancía con un peso manifiestamente menor al que se ha registrado ingresó al Terminal Portuario (5 770 kg en lugar de 6 730 kg), correspondiendo a la Entidad Prestadora acreditar que dicha pérdida de mercancía no le es atribuible.
39. Sobre el particular, la Entidad Prestadora alegó que al verificar los precintos A357018 y A342696 luego de la descarga del contenedor, se corroboró que se encontraban en buen estado. Asimismo, indicó que luego de la estadía del contenedor dentro de su depósito temporal, no se registró ningún evento que implique alguna manipulación en la zona de almacenamiento; por lo que resulta imposible que la merma en el peso del contenedor hubiera ocurrido durante su estadía en el Terminal Portuario, agregando que la diferencia de pesos registrados por sus balanzas, pudo haber sido ocasionada por el transportista al colocarse en una posición inadecuada en la balanza de salida a fin de retirar el contenedor.
40. Al respecto, cabe señalar que si bien APM ha manifestado que no registró evento alguno que implique la manipulación del contenedor, ello no desvirtúa la diferencia de pesos de la mercancía verificada a su ingreso y salida del depósito temporal de APM, como tampoco su alegación de que los precintos del contenedor no presentaron signos de alteración según señala.
41. Asimismo, APM no ha acreditado con medio probatorio alguno que la diferencia de peso materia de reclamo haya ocurrido por problemas en sus balanzas o alguna acción del transportista, conforme lo exige el numeral 173.2 del artículo 173 del TUO de la LPAG¹¹ que establece que corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones, lo que no ha sucedido en el presente caso.
42. En este punto, es preciso recordar que el Contrato de Concesión suscrito entre APM y el Estado Peruano, establece que la Entidad Prestadora tiene el derecho de exclusividad en la explotación del Terminal Portuario; por lo que como contrapartida asume el riesgo de la operación frente a los usuarios respecto de los servicios que presta.
43. En ese sentido, es evidente que los riesgos de administrar un puerto deben de ser asumidos por quien realiza dichas operaciones, las cuales conforman el giro del negocio de operar infraestructura portuaria, en este caso, APM.

¹¹ TUO de la LPAG

"Artículo 173.- Carga de la prueba
(...)

173.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones".



44. En efecto, APM se encuentra en mejor posición para poder prever a un menor costo las posibles contingencias que podrían presentarse en el Terminal Portuario, pues se entiende cuenta con la experiencia y conocimiento necesario en lo que respecta a la administración y explotación de puertos, lo que constituye la actividad a la cual se dedica y la cual se comprometió a realizar en el Contrato de Concesión.
45. Siendo ello así, APM resulta responsable por la mercadería del usuario desde su recepción hasta su entrega al usuario; correspondiéndole a la Entidad Prestadora, de ser el caso, deslindar su responsabilidad sobre cualquier daño o faltante que la mercadería pudiese tener antes de su ingreso a las instalaciones del Terminal Portuario.
46. Por lo antes señalado, cuando una Entidad Prestadora va a prestar el servicio de desembarque y almacenamiento de mercadería, previamente ha debido realizar un análisis sobre las condiciones en las cuales se efectuará dicha prestación, así como los riesgos involucrados en el supuesto de que los servicios portuarios se desarrollen fuera de los estándares normales de atención exigidos. En otras palabras, la Entidad Prestadora, en su calidad de administrador portuario, se encuentra en mejor posición de minimizar los riesgos sobrevinientes o asignarlos de la mejor manera posible entre las partes involucradas en operaciones de ese tipo.
47. Debe precisarse que la planificación de las operaciones a las que se ha hecho referencia no constituye un fin sino un medio que permite al administrador portuario cumplir con las prestaciones a las que se ha obligado a brindar y, llegado el caso, exonerarse de responsabilidad por la ocurrencia de eventos que podrían constituir incumplimientos de obligaciones asumidas.
48. Cabe señalar que en una relación jurídica contractual, debe procurarse que los riesgos de la operación económica sean asignados de manera eficiente, teniendo como regla general que estos sean asumidos por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumirlos o minimizar sus efectos¹². Así, en el presente caso se constata que APM se encontraba en mejor condición de advertir la discrepancia entre los pesos de la mercancía materia del presente reclamo, pues conforme se ha indicado, dicha Entidad Prestadora ostenta la potestad exclusiva del control y manejo de la actividad de descarga en el Terminal Portuario.
49. De lo expuesto, este Tribunal considera que no sería razonable trasladar la responsabilidad de lo ocurrido a YICHANG, pues debido a la condición de APM de operador del Terminal Portuario, es quien mejor podrá implementar las medidas de seguridad para disminuir los riesgos y perjuicios generados como consecuencia del procedimiento de descarga de la nave¹³.

¹² Sobre el particular se pueden tomar como referencia los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de Contrato de Concesión. http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/fo/fo/par/LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN/ANEXO_LINEAMIENTOS_CONTRATOS.

¹³ Dicha lógica responde al criterio conocido en el Derecho de la Responsabilidad Civil como "cheapest cost avoider" según el cual "responde del daño quien pueda reducir los costos que se ocasionan de la forma más económica posible (a largo plazo) estableciendo los cambios apropiados, y al mismo tiempo evitar los costos de transacción innecesarios". En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Gaceta Jurídica. 4ª Edición. Lima, 2006. p. 151.



50. En atención a lo expuesto, en la medida que del Volante de Despacho N° 8984 y del Tique de Salida N° 2316559 se verifica que el contenedor SMLU782610 ingresó en el depósito temporal pesando 6 730 kg y que abandonó el mismo registrando un peso de 5 770 kg, se encuentra acreditado que APM entregó a YICHANG una cantidad de mercancía con un peso manifiestamente menor al que se consignó como ingresado al Terminal Portuario, no habiendo deslindado su responsabilidad respecto del faltante alegado en la mercadería ocurrido durante la estadía del contenedor en sus instalaciones; correspondiendo que se haga responsable por dicho faltante.
51. En consecuencia, corresponde revocar la decisión contenida en la Resolución N° 1 emitida por APM y declarar fundado el reclamo presentado por YICHANG.
52. Cabe señalar que el monto correspondiente a su resarcimiento debe determinarse con arreglo a lo previsto en el literal j) del artículo 7 del Reglamento de Usuarios¹⁴; esto es, por acuerdo entre las partes o por vía judicial; correspondiendo que la Entidad Prestadora se comunique con el usuario.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN¹⁵;

¹⁴ **Reglamento de Usuarios**

"DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Artículo 7.- Derechos de los Usuarios

*Sin perjuicio de los derechos que surjan de otras normas vigentes, los Usuarios tienen los siguientes derechos:
(...)*

j. A la reparación de daños

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

Los usuarios tienen derecho a solicitar la determinación de la responsabilidad de los daños o pérdidas conforme con el marco jurídico vigente, a través de las vías que estimen convenientes, entre ellas el procedimiento de reclamo, u otras. Luego de establecida dicha responsabilidad, el Usuario podrá solicitar la reparación correspondiente, ya sea en sede judicial, arbitral o por acuerdo entre las partes, según lo pactado."

¹⁵ **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...) La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

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

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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

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

**SE RESUELVE:**

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0375-2018; y en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por G.W.YICHANG & CIA S.A. contra APM TERMINALS CALLAO S.A, respecto del faltante de peso en la mercadería transportada en el contenedor SMLU782610 correspondiente al *Bill of Lading* (B/L) N° HO36-18, consistente en artefactos electrónicos, cuyo monto se determinará con arreglo a lo previsto en el inciso j) del Artículo 7 del Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a por G.W.YICHANG & CÍA S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Francisco Javier Coronado Saleh.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN