

EXPEDIENTE : 18-2017-TSC-OSITRAN
APELANTE : GAVILON PERÚ S.R.L.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 1 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0995-2016

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 13 de diciembre de 2018

SUMILLA: *Corresponde revocar la Resolución impugnada, al verificarse que los sobrecostos por Demurrage en los que incurrió el usuario fueron consecuencia del incumplimiento del Plan de Operaciones establecido por la Entidad Prestadora, por lo que la responsabilidad de dicho costo recae en esta última.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por GAVILON PERÚ S.R.L. (en adelante, GAVILON o el apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0995-2016 (en lo sucesivo, la Resolución N° 1) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o entidad prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 05 de noviembre de 2016, GAVILON interpuso reclamo ante APM imputándole responsabilidad por los sobrecostos incurridos por concepto de *Demurrage*¹. A efecto de sustentar el referido reclamo señaló lo siguiente:
 - i.- El 08 de octubre de 2016 a las 18:18 horas, la nave M/N UNISON MEDAL arribó al Terminal Portuario a fin de descargar 1300.000 Tm de nitrato de amonio estabilizado para uso agrícola a granel, presentando en dicha fecha su carta de alistamiento.

¹ **Demurrage:** Penalidad aplicable por exceder el término o periodo de gracia permitido para la carga/descarga de mercancía en contenedores. Definición que figura en <http://www.inter-cargo.com/Spanish/glosario.asp> (Página web visitada el 05 de noviembre de 2018)

- ii.- La descarga debió iniciar el 09 de octubre de 2016; sin embargo, inició el 18 de octubre de 2016 por falta de disponibilidad y limpieza de muelles, lo que resulta responsabilidad de APM.
 - iii.- Señalan que inicialmente APM asignó el muelle 4-B a fin de realizar la descarga, no obstante, posteriormente, les comunicaron la reasignación al muelle 2-A; motivo por el cual recién el 17 de octubre; es decir, luego de 9 días de espera pudieron acoderar la referida nave en el muelle 1-A, procediendo el 18 de octubre de 2018 con el inicio de la descarga.
 - iv.- Los muelles 2-A y 4-B se encontraban inoperativos, situación que era conocida por APM, quien a pesar de conocer la inoperatividad de los referidos muelles decidieron asignárselos, generándoles un retraso de 6 días 22 horas y 11 minutos en las operaciones de descarga, pues esta debió realizarse en 8 días, 5 horas y 48 minutos; sin embargo, se realizó en 15 días, 4 horas y 11 minutos.
 - v.- Como consecuencia de ello, corresponde que APM asuma el costo de US\$ 14,542.80 por concepto de *demurrage*.
 - vi.- Afirman que APM se mostró renuente a atender la descarga de nitrato de amonio y el barrido de las bodegas, lo que demostraría una actitud hostil ante los usuarios y desacato a las sugerencias emitidas por la Autoridad Portuaria Nacional referidas al equipamiento que debería utilizarse en dicha operación, las cuales no han sido atendidas por la entidad prestadora.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada a GAVILON el 12 de enero de 2017, APM resolvió el reclamo declarándolo infundado en base a los siguientes argumentos:
- i.- Con fecha 18 de octubre de 2016 a las 00:05 horas, la nave UNISON MEDAL de Mfto. 2016-02507 inició la descarga de nitrato de amonio consignado a GAVILON y culminó el 21 de octubre de 2016 a las 00:40 horas.
 - ii.- Respecto a las demoras para el atraque de la nave UNISON MEDAL, manifestaron que el Terminal Portuario atiende todo tipo de cargas, motivo por el cual la programación de amarraderos debe tener en cuenta el orden de llegada de las naves al puerto, así como también la seguridad y prevención de contaminación.
 - iii.- En este caso, la demora en el atraque de la referida nave se debió a la falta de disponibilidad de amarraderos como consecuencia del incremento de la demanda de muelles en ese periodo, así como a la congestión provocada por la sobrestadía de naves con gran volumen de carga.

- iv.- Precisan que si bien ocho naves fueron atendidas mientras la nave se encontraba en espera, ello se debió a que dichas naves arribaron con anterioridad al Terminal Portuario, encontrándose en mejor posición para la asignación de los amarraderos.
- v.- Durante los días comprendidos entre el 12 y 17 de octubre, los muelles 2-A y 2-B no pudieron ser utilizados debido a la contaminación y concentración de carga de bolsones con cemento dejados por la nave GUMA, generando que los procesos de despacho y limpieza de los muelles duraran más de lo previsto y que no se atiende a ninguna nave.
- vi.- La nave UNISON MEDAL de 30 metros de manga no pudo ser programada para operar en algún entre-muelle de acuerdo con lo previsto en las normas y restricciones de sumatorias de mangas establecidas por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI). Pese a ello, APM realizó reasignaciones de amarraderos con el fin de encontrar alternativas que permitiesen la pronta atención de la nave, por lo que habilitó el muelle 1-A.
- vii.- En ese sentido, la demora en la atención de la nave UNISON MEDAL no se debió al inadecuado servicio brindado por APM, sino que fue producido por la congestión en el Terminal Portuario y la existencia de hechos no atribuibles a la entidad prestadora que impidieron el uso de los muelles 2-A y 2-B.
- viii.- Con relación a la negativa de APM a descargar y barrer la bodega de la nave, así como al uso de equipos inadecuados para atención de la carga, señalaron que las operaciones de descarga y el barrido de bodegas de la nave se realizaron sin haberse reportado alguna incidencia, por lo que dichas afirmaciones carecerían de sustento.
- 3.- Con fecha 02 de febrero de 2017, GAVILON interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 reiterando los argumentos expuestos en su reclamo; agregando lo siguiente:
- i.- El 08 de octubre de 2016 a las 18:18 horas, la nave UNISON MEDAL arribó al Terminal Portuario a fin de descargar 1300.000 Tm de nitrato de amonio estabilizado para uso agrícola a granel, presentando en dicha fecha su carta de alistamiento.
- ii.- La descarga debió iniciar el 09 de octubre de 2016; sin embargo, inició el 18 de octubre de 2016 por falta de disponibilidad y limpieza de muelles, lo que resulta responsabilidad de APM.
- iii.- Inicialmente APM les asignó el muelle 4-B a fin de realizar la descarga, no obstante, posteriormente variaron al muelle 2-A; motivo por el cual recién el 17 de octubre; es decir, luego de 9 días de espera, pudieron acoderar la nave e iniciar las descargas el 18 de octubre de 2018.



- iv.- La referida descarga debió realizarse en 8 días, 5 horas y 48 minutos; sin embargo, se realizó en 15 días, 4 horas y 11 minutos, generándoles; una demora de 6 días, 22 horas y 12 minutos.
- v.- Los referidos muelles se encontraban inoperativos, situación que era conocida por APM, pero a pesar de ello decidieron asignárselos, generándoles un retraso de 6 días, 22 horas y 11 minutos, pues la descarga debió realizarse en 8 días, 5 horas y 48 minutos; sin embargo, se realizó en 15 días, 4 horas y 11 minutos.
- vi.- Por este motivo, corresponde que APM asuma el costo de US\$ 14,542.80 por concepto de *demurrage*.
- 4.- El 23 de febrero de 2017, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1.
- 5.- Mediante Oficio N° 437-2018-STO-OSITRAN, notificado el 24 de octubre de 2018, la Secretaria Técnica de los Tribunales de OSITRAN solicitó a APM la remisión del Plan de Operaciones de descarga de la nave MN UNISON MEDAL o los documentos que acrediten la fecha y hora en que se programaron las labores de descarga para dicha nave. En atención a ello, APM remitió lo solicitado por la Secretaria Técnica mediante Carta N°1084-2018/APMTC/CL, recibida el 29 de octubre de 2018.
- 6.- El 15 de noviembre de 2018 se realizó la audiencia de vista de la causa, sin la participación de las partes, quedando la causa al voto.
- 7.- Con fecha 20 de noviembre de 2018, APM presentó sus alegatos finales reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento, agregando lo siguiente:
- i.- Si bien GAVILON afirmó que las 32,996.65 TM de nitrato de amonio debieron ser descargadas de la nave UNISON MEDAL en 8 días, 5 horas y 48 minutos; durante el procedimiento no adjuntó medio probatorio que sustente que la operación debió realizarse en ese tiempo estimado ni que APM haya tenido conocimiento sobre dicho tiempo.
- ii.- Conforme al artículo 45 del Reglamento de Operaciones de APM, la prioridad de atraque para las naves de carga general la tienen aquellas naves que cuenten con ventana de atraque. Asimismo, la asignación de amarraderos se encuentra supeditada al Tiempo Estimado de Arribo.

- iii.- La nave UNISON MEDAL tenía asignado el muelle 4-B con fecha estimada de atraque para el día 12 de octubre de 2016, la cual se encontraba supeditada al término de operaciones de la nave AP ASTON; sin embargo, la nave UNISON MEDAL no contaba con ventanas de atraque ni tampoco se informó a APM sobre el atraque previsto para el 09 de octubre de 2016 según lo señalado por GAVILON, por lo que no contaba con preferencia respecto de otras naves.
- iv.- De acuerdo con la programación de amarraderos durante el 07 hasta el 17 de octubre de 2016, se registró un incremento en la demanda de amarraderos por naves que contaban con mejor tiempo de arribo que la nave UNISON MEDAL, lo que generó un mejor derecho de prelación en la asignación de los amarraderos de carga general.
- v.- Asimismo, conforme a la referida programación durante el 12 hasta el 17 de octubre de 2016, la descarga de las naves GUMA y NEW PRIDE generaron que los muelles 2-A y B no pudiesen ser utilizados por la concentración de mercadería, lo que conllevó a que el retiro de la referida mercadería demore más de lo previsto, siendo dicha situación no atribuible a APM.
- vi.- Si bien GAVILON adjuntó una nota de débito a efectos de acreditar el *demurrage*, no adjuntó las condiciones contractuales mediante las cuales se incurrió en *demurrage* ni acreditó que este haya sido causado por demoras en el Terminal Portuario.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 8.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la resolución N° 1 de APM.
 - ii.- De ser el caso, determinar si corresponde amparar el reclamo presentado GAVILON.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 9.- La materia del presente procedimiento versa sobre la atribución de responsabilidad que GAVILON le imputa a APM por los sobrecostos en los que habría incurrido por concepto de *Demurrage*, debido a las demoras en las operaciones de descarga de la nave MN UNISON MEDAL, situación que se encuentra prevista como supuesto de reclamo en los numerales 6.3 y 6.4 del Reglamento de Reclamos de APM² y en los literales c) y d) del artículo 33 del

² *Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de DPWC, aprobado por la Resolución N° 070-2011-CD-OSITRAN.*

⁶ *Materia de Reclamos*

Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN³ (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo⁴, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

- 10.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de APM⁵, 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)⁶, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 11.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

(...)

6.3. *La calidad y oportuna prestación de los servicios que son responsabilidad de APM CALLAO.*

6.4. *Daños o pérdidas en perjuicio de los USUARIOS provocados por negligencia, incompetencia o dolo de APM CALLAO, sus funcionarios o dependientes, de acuerdo con los montos que serán establecidos por el Consejo Directivo de OSITRAN."*

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

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

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

d) *Daños o pérdidas en 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.*

(...)"

- 4 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".

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

"3.1.2 **Recurso de Apelación**

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

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

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

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

"Artículo 59. **Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación**

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

- i.- La Resolución N° 1 de APM, que contiene la decisión de declarar infundado el reclamo, fue notificada a GAVILON el 12 de enero de 2017.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 02 de febrero de 2017.
 - iii.- GAVILON presentó su recurso de apelación el 02 de febrero de 2017, es decir, dentro del plazo legal.
- 12.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto al servicio brindado por parte del personal de APM, se cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG)⁷.

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

Sobre la probanza de los daños

- 13.- Respecto a este extremo, es importante recalcar que el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios⁸ (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.

⁷ TUO de la LPAG

"Artículo 218.- Recurso de apelación

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

⁸ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 074-2011-CD-OSITRAN

En los procedimientos de reclamos se determina la responsabilidad respecto de los daños, a efectos que el usuario pueda solicitar la reparación correspondiente, ya sea en sede judicial, arbitral o por mutuo acuerdo.

Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

b) En caso de que por culpa o dolo de los trabajadores o dependientes de las Entidades Prestadoras se ocasione daño a los usuarios y en el procedimiento de reclamo correspondiente se haya determinado la responsabilidad y vía proceso judicial, acuerdo entre partes o proceso arbitral se haya establecido el monto de la reparación, éstas deberán reparar los daños y perjuicios que ocasionen.

(...)

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".

- 14.- 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 y una obligación de la Entidad Prestadora.
- 15.- Asimismo, se señala que en los procedimientos de reclamos se determina la responsabilidad respecto a dichos daños, a efectos de que el usuario pueda solicitar la reparación correspondiente, ya sea en sede judicial, arbitral o por mutuo acuerdo.
- 16.- En ese sentido, en el presente procedimiento el TSC no tiene atribuciones para efectuar valoraciones o estimaciones de los daños, pero sí es competente para declarar si la Entidad Prestadora es responsable o no de los referidos daños alegados por la apelante. 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.
- 17.- 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 inexecución 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]

- 18.- 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 inexecución de una obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
- 19.- Es importante precisar que al estar APM obligada a brindar el servicio estándar, tiene el deber de diligencia debida con las mercancías que manipule dentro del Terminal Portuario a fin de que estas sean entregadas a sus destinatarios en las mismas condiciones en las que fueron recibidas.
- 20.- Sin embargo, el artículo 1331 del Código Civil prescribe que "La prueba de los daños y perjuicios, y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inexecución de una obligación, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso". En tal sentido, en el presente caso, GAVILON debe de probar que los daños se produjeron y que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
- 21.- Es preciso resaltar que los elementos de la responsabilidad contractual son el hecho generador del daño, en este caso el incumplimiento de una obligación o su cumplimiento defectuoso o tardío (que puede haberse presentado por dolo o culpa), el nexo causal entre el hecho y el daño, y finalmente el daño mismo. Al respecto, con un poco más de detalle, Juan Espinoza Espinoza señala que los elementos constitutivos de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) son⁹:
- 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.
 - El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.
- 22.- Respecto al elemento denominado daño, la doctrina señala que este "no puede ser entendido sólo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y

⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Tercera Edición. Editora Gaceta Jurídica. Lima Perú.

sustancialmente impreciso¹⁰: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido¹¹.

- 23.- En tal sentido, se desprende del párrafo anterior que los daños no solo incluyen la lesión sufrida *per se* sino también todos aquellos impactos negativos que se presenten como consecuencia de dicho daño, siempre y cuando se verifique que éstos devienen del mismo hecho dañoso.

Sobre la responsabilidad de los daños alegados

- 24.- En el presente caso, GAVILON manifestó que APM le brindó un mal servicio demorando 15 días, 4 horas y 11 minutos en realizar la descarga de 1300.000 Tm de nitrato de amonio de la nave UNISON MEDAL, cuando debió realizarla en 8 días, 5 horas y 48 minutos.
- 25.- Alegó que dicha demora se habría producido por la reasignación de los muelles determinados por APM para realizar la descarga de nave UNISON MEDAL, ocurriendo que en principio les fuera asignado el muelle 4-B, luego el muelle 2-A, y, finalmente, el muelle 1-A, como consecuencia de la falta de limpieza y la imposibilidad de uso de los referidos muelles.
- 26.- Dichos hechos son atribuibles a APM, razón por la cual debe hacerse responsable por los sobrecostos ascendentes a US\$ 14,542.80 por concepto de *demurrage*.
- 27.- Por su parte, APM sostuvo que la demora en la atención de la descarga de la nave UNISON MEDAL no se debió al inadecuado servicio brindado por APM, sino que fue producida por hechos que no le serían atribuibles como la congestión existente en el Terminal Portuario y la inutilización de los muelles 2-A y B generada por la permanencia de carga no retirada de la nave GUMA, agregando que ante dicha situación actuó de manera oportuna buscando alternativas para la pronta atención de la nave.
- 28.- A fin de determinar si APM brindó un mal servicio de descarga para la nave MN UNISON MEDAL corresponde analizar en qué consiste el referido servicio y si su prestación fue deficiente, originando los sobrecostos cuestionados por GAVILON en el presente caso.
- 29.- De acuerdo con su Contrato de Concesión, APM se encuentra obligada a diseñar, construir, financiar y conservar el Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao (en lo sucesivo, el Terminal Norte). Así, en la cláusula 8.1 del referido Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

¹⁰ Giovanni Battista FERRI, Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale, en *Le pene private*, a cura de Francesco BUSNELLI y Gianguido SCALFI, Giuffrè, Milano, 1985, 147.

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Tercera Edición. Editora Gaceta Jurídica. Lima Perú.

"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]

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

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

[El subrayado es nuestro]

31.- 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 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 resultado¹².

- 32.- En virtud de ello, APM puede administrar el Terminal, destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarios de manera autónoma. Dicho de otro modo, el Contrato le otorga al Concesionario la facultad de gestionar el Terminal Portuario de la manera que le resulte más conveniente.
- 33.- En efecto, los artículos 56 y 58 del Reglamento de Operaciones de APM¹³, establecen que la Entidad Prestadora debe de coordinar con los usuarios los pormenores de las operaciones portuarias, para que posteriormente, en ejercicio de la potestad de gestionar el terminal, defina la forma en que las referidas operaciones serán realizadas, lo cual debe ser informado al usuario de manera oportuna, a fin de que tome conocimiento sobre los alcances del servicio brindado y de las obligaciones que debe asumir, entre ellas, el pago de tarifas.
- 34.- Una vez que APM determine las características de las operaciones y haya informado adecuada y oportunamente al usuario, puede suceder que dicha operación se retrase o modifique por diversos motivos, lo que evidentemente genera sobrecostos, como los tiempos de estadía, penalidades por retraso, entre otros.
- 35.- En el caso en concreto, el *demurrage* es una penalidad aplicable por el dueño de la nave al contratante del servicio de transporte, por exceder el tiempo acordado para la carga o descarga de mercadería en el Terminal Portuario.
- 36.- Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, a través del Contrato de Concesión que APM suscribió con el Estado Peruano, la Entidad Prestadora ostenta la exclusividad en la prestación de los servicios portuarios en el Terminal Norte Multipropósito, encontrándose facultada para planificar las operaciones portuarias; por lo que a consideración de este

¹² 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.

¹³ Reglamento de Operaciones de APM

"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".

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 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".

Tribunal, le corresponde a APM asumir los sobrecostos y daños que se ocasionen por aquellas decisiones adoptadas en el ejercicio de su facultad de organización operativa o por el riesgo propio de la actividad que realiza en calidad de único operador del Terminal Portuario.

- 37.- No obstante, cabe indicar que el usuario debe asumir, además del pago de la tarifa por el servicio que se le brinde, aquellos costos que se generen por su responsabilidad, sea por decisión propia o por su negligencia.
- 38.- De acuerdo con lo señalado, los sobrecostos y daños que se generen como consecuencia de los cambios en la planificación en las operaciones portuarias ya acordadas, deben ser asumidos por APM o por el usuario, según se determine su responsabilidad en las variaciones al referido Plan, lo que deberá de ser evaluado en cada caso en concreto.
- 39.- Ahora bien, de acuerdo con el Reglamento de Operaciones, APM coordina con los usuarios los pormenores de las operaciones, siendo la Entidad Prestadora quien determina el Plan de Operaciones, el cual ha sido definido en el "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido" establecido en el Anexo 5 del Reglamento de Operaciones de APM, de la siguiente manera:

"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 es 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 la 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."

[El subrayado es nuestro]

- 40.- En ese entendido, el Plan de Operaciones es el documento elaborado por la Entidad Prestadora donde se detallan de forma específica, todas las actividades de una operación de carga o descarga, como es el caso de la hora de inicio de operaciones y otros aspectos relacionados a la descarga, convirtiéndose en el documento que determina la actuación; tanto de la Entidad Prestadora, como del usuario; durante la ejecución del servicio portuario.
- 41.- En el presente caso, a fin de acreditar sus alegaciones, GAVILON adjuntó los documentos "Laytime Calculation" y "Nota de Débito". Del mismo modo, APM presentó los documentos denominados "Plan de Operaciones de Descarga y Anexos" y "Programación de amarraderos del 07 al 17 de octubre de 2016".

- 42.- De acuerdo con el "*Laytime Calculation*¹⁴", el tiempo estimado para la descarga de los 1300 TM de nitrato de amonio de la nave MN UNISON MEDAL fue de 8 días, 5 horas y 58 minutos en cinco puertos; sin embargo, la referida descarga se llevó a cabo en 15 días, 4 horas y 11 minutos; generándose 6 días, 22 horas y 12 minutos de exceso, por los cuales se incurrió en gastos por *demurrage*. Asimismo, de la revisión de la "Nota de débito" se verifica que los US\$ 14,542.80 por concepto de *demurrage* fueron cargados a GAVILON.
- 43.- De otro lado, conforme al "*Plan de Operaciones de Descarga*", APM manifestó que las operaciones de descarga estaban previstas para el 12 de octubre de 2016. No obstante ello, en los hechos, las operaciones de descarga iniciaron recién el 18 de octubre de 2016 a las 00:05 horas y culminaron el 21 de octubre de 2016 a las 00:40 horas, con lo cual resulta evidente que el Plan de Operaciones no se ejecutó en los tiempos planificados, consecuencia de lo cual se generaron los referidos sobrecostos por *demurrage*.
- 44.- Tal y como ya se ha mencionado anteriormente, en torno a la manera cómo se deben prestar y organizar los servicios que se brindan al interior del Terminal Portuario, el numeral 8.1 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión establece que la Sociedad Concesionaria tiene el derecho a disponer la organización de los Servicios dentro del Terminal Portuario 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.
- 45.- Al respecto, es importante resaltar que para el caso en particular, la información relacionada a la atención de la nave en la que se transportaba la carga de GAVILON, resultaba necesaria a fin de que ante cualquier situación o cambio en las prestaciones previamente acordadas con dicho usuario, este pudiera tomar las precauciones necesarias a fin de no verse afectado en las operaciones vinculadas a su giro de negocio.
- 46.- En efecto, APM debe procurar que la cadena logística portuaria que esta considere modificar, permita que el usuario pueda asignar de manera eficiente sus recursos a fin de programar sus actividades de manera que no incurra en posibles sobrecostos dentro del Terminal Portuario.
- 47.- En ese sentido, es la Entidad la que debe remitir a los usuarios la información necesaria para que programen sus actividades respecto de los servicios que brinda, en la medida que es con aquella con quien el usuario establece una relación comercial y de quien recibirá los servicios portuarios.

¹⁴ Folio 5

- 48.- Habiéndose verificado ello, correspondía a la entidad prestadora informar sobre las nuevas condiciones en las cuales se realizaría la descarga de 1300.000 Tm de nitrato de amonio de la nave UNISON MEDAL; sin embargo, de los actuados en el expediente administrativo no se advierte que APM haya informado al usuario respecto de las modificaciones en los tiempos consignados en el Plan de Operaciones.
- 49.- Ahora bien, una vez determinado que el referido Plan de Operaciones no se realizó conforme a lo previsto por APM, corresponde determinar si ello atendió a causas atribuibles a GAVILON o a la entidad prestadora.
- 50.- De la revisión del documento "Programación de amarraderos del 07 al 17 de octubre de 2016", se puede apreciar que hubo una reasignación de amarraderos para la nave UNISON MEDAL en tres oportunidades, siendo que primero le fue asignado el muelle 4-B, luego el 2-A, para finalmente terminar con la descarga en el muelle 1-A. En este punto, cabe señalar que según el Plan de Operaciones de APM, la descarga debía realizarse en el muelle 2-A, cuyo uso se encontraba supeditado al término de las operaciones de descarga de la nave GUMA.
- 51.- Al respecto, APM alegó que la inoperatividad del mencionado muelle 2-A se debió a que la nave GUMA dejó bolsones de cemento, lo que habría generado demoras en la limpieza. Sin embargo, debe tenerse en consideración que APM, en su calidad de concesionario, tiene la facultad de organizar las operaciones que se realicen en el Terminal de la manera que más le resulte conveniente.
- 52.- Asimismo, refirió que otra de las razones por la cuales no hubo atención en las fechas pre establecidas fue debida a la existencia de una congestión en los amarraderos que impidió que la nave UNISON no pudiera atracar.
- 53.- Sobre el particular, si bien APM, en su calidad de concesionario, tiene la facultad de organizar las operaciones que se realicen en el Terminal, lo que a su vez le faculta a exigirle a sus clientes que cumplan con las obligaciones a su cargo de manera tal que no lo perjudiquen con las obligaciones asumidas en el Contrato de Concesión; cabe señalar que esta exigencia no implica que el Operador Portuario no resulte responsable de las consecuencias negativas que la referida organización o planificación pueda ocasionar a sus clientes, en este caso, a los usuarios.
- 54.- Se debe de tener en cuenta que las fallas en la operación que puedan presentarse en el puerto, que implique la modificación en las operaciones de las naves o carga de los usuarios y que directamente repercuta en las actividades o giro de negocio de los usuarios, no exime

de responsabilidad a la Entidad Prestadora de las consecuencias económicas que resulten de dicha modificación.

- 55.- Por otro lado, los costos operacionales relativos a la limpieza de los puertos o respecto al correcto mantenimiento de la infraestructura, resulta ser un riesgo que debe de asumir el Operador Portuario y tampoco puede ser utilizado para justificar cambios o demoras en la prestación de los servicios a los usuarios, máxime cuando estas fueron coordinadas previamente.
- 56.- En el presente caso, está manifiestamente acreditado que las operaciones de la nave M/N UNISON fueron programadas por APM para el 12 de octubre de 2016 y que recién fueron atendidas el 18 de octubre, es decir, seis (6) días después de la fecha programada, lo que conllevó como consecuencia negativa que se genere un cobro por *demurrage* a GAVILON, por la sobrestadía de la nave.
- 57.- De lo colegido se desprende que, quien se encuentra en mejor posición de asumir los riesgos o fallas operacionales derivados por situaciones como las del presente caso, es decir, por contingencias como la falta de muelles para atracar una nave o la limpieza de los mismos es la Entidad Prestadora; por lo que no resulta amparable que los sobrecostos por *demurrage* originados por la falta de disponibilidad de muelles sean asumidos por GAVILON, pues ello conllevaría que se esté trasladando las consecuencias negativas de estos riesgos y fallas al usuario, el cual no ostenta el dominio de las operaciones portuarias dentro del Terminal.
- 58.- En consecuencia, teniendo en cuenta que las demoras para la descarga de 1300.000 Tm de nitrato de amonio de la nave UNISON MEDAL se generaron por la modificación del Plan de Operaciones previsto por APM, consecuencia de lo cual la referida nave permaneció más tiempo del esperado en el Terminal Portuario, incurriendo así en sobrecostos por concepto de *demurrage*; referidos sobrecostos materia de reclamo resultan atribuibles a la Entidad Prestadora.
- 59.- Finalmente, la cuantía por dichos daños se deberá determinar por acuerdo entre las partes o en la vía arbitral o judicial conforme a lo establecido en el inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios¹⁵.

¹⁵ Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios

Artículo 12. - Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

b) En caso de que por culpa o dolo de los trabajadores o dependientes de las Entidades Prestadoras se ocasione daño a los usuarios y en el procedimiento de reclamo correspondiente se haya determinado la responsabilidad y vía proceso judicial, acuerdo entre partes o proceso arbitral se haya establecido el monto de la reparación, éstas deberán reparar los daños y perjuicios que ocasionen.

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 OSITRAN¹⁶;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0995-2016, que declaró INFUNDADO el reclamo presentado por GAVILON PERÚ S.R.L., en la medida que se ha acreditado la responsabilidad de APM TERMINALS CALLAO S.A. respecto de las demoras en la atención de la descarga de nave UNISON MEDAL, que generaron los sobrecostos por concepto de *demurrage*.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a GAVILON PERÚ S.R.L., 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.


ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN

¹⁶ Reglamento de Reclamos del OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:
Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Integrar la resolución apelada;
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".