



EXPEDIENTE : 88-2017-TSC-OSITRAN

APELANTE : MOLINO EL TRIUNFO S.A.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 2 emitida en el expediente
N° APMTC/CL/0115-2017

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 25 de febrero de 2019

SUMILLA: *Corresponde revocar la Resolución impugnada en el extremo referido a 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 por dichos costos recae en esta última.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por MOLINO EL TRIUNFO S.A. (en adelante, MOLINO o la apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0115-2017 (en lo sucesivo, la Resolución N° 2) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 08 de marzo de 2017, MOLINO interpuso reclamo ante APM imputándole responsabilidad por el daño ocasionado a su mercancía y por los sobrecostos incurridos por concepto de *Demurrage*¹, monto que ascendería a S/. 43 383,15 (Cuarenta y tres mil trescientos ochenta y tres con 15/100 soles) y US\$ 4 016,68 (Cuatro mil dieciséis con 68/100 dólares americanos). A efecto de sustentar el referido reclamo señaló lo siguiente:
 - i.- El 08 de enero de 2017 a las 12:50 horas, la nave M/N PEGASUS arribó al Terminal Portuario a fin de descargar 2300.000 y 5500 Tm de trigo canadiense de distintas

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>



composiciones, las cuales se encontraban separadas artificialmente dentro de la bodega de la referida nave.

- ii.- La carga fue recibida en sus almacenes de destino, advirtiéndose que esta se encontraba mezclada con restos de triplay y desechos plásticos, consecuencia de lo cual incurrió en sobrecostos al tener que realizar la remoción de los referidos desechos.
 - iii.- APM realizó una labor deficiente en términos de productividad, así como en el manejo inapropiado de la carga, por lo que se vio afectada conforme a lo señalado precedentemente.
 - iv.- Con relación a los costos por *demurrage*, señaló que la descarga se debió de haber realizado en 5 días, 5 horas y 15 minutos, sin embargo, el tiempo utilizado por APM fue de 7 días y 11 horas, consecuencia de lo cual incurrió en el referido sobrecosto.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0115-2017, notificada a MOLINO el 21 de abril de 2017, APM resolvió el reclamo declarándolo infundado en base a los siguientes argumentos:
- i.- Con fecha 8 de enero de 2017 a las 15:02 horas, la nave M/N PEGASUS inició la descarga de trigo CPSP, CPSR y CWRS, el cual se encontraba en las bodegas 1 y 4 de la referida nave. Asimismo, señaló que dicha descarga culminó el 14 de enero de 2017 a las 21:00 horas.
 - ii.- Sobre el caso en particular, precisó que debido a que la bodega 1 contenía dos tipos de trigo de diferente calidad (CPSP y CPSR) separados artificialmente, se llevaron a cabo operaciones específicas que requerían mayor control y cuidado a fin de evitar cualquier incidente de mezcla de los productos o roturas de material de separación. Asimismo, utilizaron dos maquinarias diferentes, siendo una, el uso de la grúa móvil para la descarga de mayor volumen, y otra, un descargador de menor volumen a fin de prevenir la rotura del separador artificial.
 - iii.- Las fotografías adjuntadas por MOLINO sobre la carga que habrían encontrado en su almacén y del informe reportando la presencia de 500 kg de partículas extrañas en ella, no constituyen medios probatorios que demuestren que los hechos ocurrieron dentro del Terminal Portuario, motivo por el cual no corresponde el pago de indemnización alguna.
 - iv.- Con relación a las demoras en el tiempo de la descarga de 2 días y 5 horas adicionales a lo programado, consecuencia de lo cual se generaron los costos por *demurrage*, precisó que si bien la atención de la carga se había programado realizar



en 7 jornadas según el plan de trabajo, la productividad se vio afectada debido a que tuvo que utilizarse diferente maquinaria al verificarse que la bodega 1 contaba con dos tipos de cargas. Asimismo, señaló que tal situación fue comunicada a la Capitanía del Puerto del Callao mediante Protesto Informativo N° P-OPS-00017/2017.

- v.- MOLINO se ha limitado a declarar la existencia de la responsabilidad en los daños alegados, sin demostrar de manera fehaciente el nexo causal entre las condiciones en que fueron prestados los servicios portuarios y dichos daños.
- 3.- Con fecha 11 de mayo de 2017, MOLINO interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1 reiterando los argumentos expuestos en su reclamo, adjuntando nuevas fotografías con las cuales se demostraría que los daños a su mercancía fueron consecuencia de una deficiente prestación en los servicios por parte del personal de APM durante las operaciones de descarga.
- 4.- Mediante Resolución N° 2, notificada a MOLINO el 7 de junio de 2017, APM resolvió el recurso de reconsideración declarándolo infundado, reiterando los argumentos esbozados en la Resolución N° 1 y agregando lo siguiente:
- i.- Respecto de las nuevas fotografías adjuntadas, se verificaba que las planchas de triplay se encontraban sobrepuestas directamente sobre la mercancía, no siendo material idóneo que asegurara la protección de la carga separada artificialmente.
 - ii.- El Plano de Estiba de la nave M/N PEGASUS no contenía información relevante que permitiera determinar las condiciones en las que se encontraba la separación artificial o en conocer a que distancia de profundidad se encontraba dicha separación, generando así una reducción en la productividad. Finalmente, precisó que de conformidad con lo resuelto por el TSC en el expediente N° 80-2015-TSC, APM dejó constancia de las condiciones y consecuencias que originaron la separación artificial, por lo que los daños alegados no son de su responsabilidad.
- 5.- Con fecha 26 de junio de 2017, MOLINO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 reiterando los argumentos expuestos en su reclamo y recurso de reconsideración; agregando lo siguiente:
- i.- Los equipos de descarga VIGAN utilizados por APM, resultaron ineficientes, tanto en términos de productividad, como manejo inapropiado de la carga, la que se vio afectada pues el personal de desestiba continuamente mezcló la carga con elementos que conformaban la separación artificial.



- ii.- Por tanto, y conforme con las pruebas aportadas, existe relación de causalidad entre el deficiente servicio de descarga y el deficiente trabajo de su personal, lo que trajo como consecuencia que se rompieran los elementos que conformaban la separación artificial y su carga se vea afectada al mezclarse con dichos elementos.
 - iii.- Finalmente, APM es quien presta los servicios de descarga, por tanto se encontraba en la obligación de retirar los dos tipo de trigo que transportaban de forma adecuada, procurando que la separación artificial no se dañe; no obstante, de las fotos adjuntadas se aprecia que fue el personal de la Entidad Prestadora quien dañó y destruyó dichos elementos de separación artificial, motivo por el cual incurrió en sobrecostos por labores de remoción de los restos de triplay y plástico, encontrados en su mercancía.
- 6.- El 12 de julio 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 y 2; y agregando que de conformidad con el Anexo 2-Procedimiento para la Atención de Daños y Faltantes- del Reglamento de Operaciones de APM, el usuario debía de emitir un reporte de daños y que si bien MOLINO remitió un correo el 13 de enero de 2017, solo precisó los aspectos vinculados a la baja productividad, mas no el supuesto daño ocasionado a la mercancía.
- 7.- Con fecha 10 de enero de 2019, APM presentó alegatos señalando lo siguiente:
- i.- Con relación al *Demurrage*, indicó que esto es una indemnización que recibe el armador o fletador cuando la nave ha incurrido en demoras que no le son atribuibles y son de responsabilidad de los importadores, en este caso, de MOLINO.
 - ii.- Las condiciones del *Demurrage* quedan registradas en el contrato de fletamiento firmado entre el armador y el fletador, en dicha contratación no participa APM, ni es informado de las condiciones que la abarca.
 - iii.- El plan de trabajo elaborado por APM resulta referencial, en tanto se modifica según las condiciones reales de la descarga, lo que se comunica luego de que el usuario contrata el alquiler de la nave.
 - iv.- El cobro de *Demurrage* alegado por MOLINO por 2 días y 5 horas, resulta erróneo puesto que dicho cálculo considera una fecha equivocada, dado que el inicio de las operaciones de la nave M/N PEGASUS ocurrió el 8 de enero de 2017.



- 8.- El 12 de febrero de 2019 se realizó la audiencia de vista de la causa, con la participación de MOLINO cuyo representante informó oralmente, quedando la causa al voto.
- 9.- Con fecha 15 de febrero de 2019, APM presentó alegatos finales reiterando los argumentos esbozados a lo largo de este procedimiento.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 10.- Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución, las siguientes:
- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 2 de APM.
 - ii.- De ser el caso, determinar si corresponde amparar el reclamo presentado por MOLINO.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 11.- La materia del presente procedimiento versa sobre la atribución de responsabilidad que MOLINO 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 M/N PEGASUS y los presuntos daños originados a su mercancía consistente en trigo canadiense, situaciones que se encuentra prevista como supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.3 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de APM² (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de APM) y en el literal d) del artículo 33 del 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.

² Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM, aprobado por la Resolución N° 042-2011-CD-OSITRAN y sus modificatorias

"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".

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:

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.



- 12.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶, 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.
- 13.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° 2 de APM, que contiene la decisión de declarar infundado el reclamo, fue notificada a MOLINO el 7 de junio de 2017.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 28 de junio de 2017.
 - iii.- MOLINO presentó su recurso de apelación el 26 de junio de 2017, es decir, dentro del plazo legal.
- 14.- 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

"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 036-2011-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".

- 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".



Con relación a los sobrecostos por Demurrage

- 15.- En el presente caso, MOLINO manifestó que APM le brindó un mal servicio demorando 7 días y 11 horas en realizar la descarga de 2300.000 y 5500 Tm trigo canadiense de la nave MN/ PEGASUS, cuando debió realizarla en 5 días y 15 minutos, lo que provocó sobrecostos por concepto de demurrage.
- 16.- En ese sentido, señaló que APM debía hacerse responsable por los sobrecostos ascendentes a US\$ 4 016,68 por el referido demurrage.
- 17.- Por su parte, APM sostuvo que la demora en la atención de la nave M/N PEGASUS se debió a hechos que no le serían atribuibles, pues si bien reconoció que existió una baja productividad al realizar las operaciones de descarga de la mercancía de MOLINO, ello fue consecuencia de haber tenido que utilizar maquinaria especial y de diferentes características para la descarga, pues la referida mercancía no contaba con las condiciones adecuadas para realizar dichas operaciones al observarse que los dos tipos de triga canadiense se encontraban separados por planchas de triplay superpuestas, sin contar con elementos de fijación entre las mencionadas planchas..
- 18.- 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:

"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]



- 19.- 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.
- 20.- En efecto, los artículos 56 y 58 del Reglamento de Operaciones de APM⁸, 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.
- 21.- Una vez que APM determine las características de las operaciones y las **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.
- 22.- 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.
- 23.- 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 Portuario, encontrándose facultada para planificar las operaciones portuarias.
- 24.- 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:

⁸ **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.
- Programar la recepción y el despacho de la carga a través del sistema de citas".



"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."

- 25.- 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.
- 26.- En el presente extremo cabe tener en cuenta lo señalado en el Reglamento de Reclamos de OSITRAN, el cual establece en su artículo 34 que en los reclamos relacionados con la calidad e idoneidad del servicio, corresponderá a la Entidad Prestadora probar que éste se brindó conforme a las exigencias del Contrato de Concesión⁹, en la medida que esta se encuentra en mejor posición que el usuario de demostrar que los servicios fueron brindados de manera adecuada y conforme a los estándares correspondientes
- 27.- En el presente caso, APM ha reconocido la existencia de demoras en las operaciones de la nave MN/ PEGASUS; no obstante, pretende deslindar esta responsabilidad alegando que dejó constancia de ello en el Protesto Informativo N° P-OPS-00017/2017, de lo que 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*.
- 28.- Al respecto, si bien en el "Procedimiento para la Descarga de Granel Sólido" establecido en el Anexo 5 del Reglamento de Operaciones de APM, se establece la facultad de APM

⁹Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD-OSITRAN, respectivamente.

¹⁰Artículo 34. Procedimiento de la entidad prestadora

(...)

En los reclamos relacionados con la facturación, información, calidad e idoneidad del servicio corresponde a la entidad prestadora probar que éstos se brindaron conforme a las exigencias del Contrato de Concesión respectivo y el ordenamiento legal vigente."



de modificar el Plan de Operaciones cuando por las circunstancias lo ameriten, existe una condición para activar dicha facultad; que también sea coordinado con las partes involucradas en dicho proceso.

- 29.- De la revisión Protesto Informativo N° P-OPS-00017/2017, se observa que este se encontraba dirigido al capitán de la nave y a la capitanía del Puerto del Callao, más no a MOLINO, por lo que no se podría utilizarse dicho medio probatorio para justificar la modificación en las condiciones del servicio previamente programado y muchos menos para eximirse frente al usuario de los costos en los que pudiera incurrir.
- 30.- Por otro lado, aun así este documento hubiera sido dirigido al usuario, la fecha de emisión del Protesto Informativo N° P-OPS-00017/2017 fue el 16 de febrero de 2017, es decir, tiempo después de producidas las labores de descarga de la mercancía de MOLINO, teniendo en cuenta que las labores finalizaron el 14 de enero de 2017; consecuencia de lo cual, tampoco podría considerarse que con dicha comunicación APM cumplió con informar oportunamente al usuario de los cambios en las operaciones de descarga
- 31.- Al respecto, es importante resaltar que para el presente caso en particular, la información relacionada a la atención de la nave en la que se transportaba la carga de MOLINO, 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.
- 32.- En efecto, APM debe procurar que las actividades de la cadena logística portuaria que esta considere modificar, permitan que el usuario pueda asignar de manera eficiente sus recursos a fin de programar sus respectivas actividades de manera que no incurra en posibles sobrecostos dentro del Terminal Portuario.
- 33.- En ese sentido, es la Entidad la que debe remitir a los usuarios la información necesaria para programar 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.
- 34.- 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.



- 35.- Siendo así, a consideración de este Tribunal, le correspondería 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.
- 36.- Cabe resaltar, que si bien APM no participa de la relación contractual entre el armador, fletador y el consignatario de la carga, ello no exime de responsabilidad respecto de los costos o penalidades que puedan surgir en dicha relación contractual, si los mismos resultan consecuencia de alguna actividad que esté a cargo de la Entidad Prestadora.
- 37.- En efecto, si como ocurre en el presente caso, los daños o costos incurridos fueron consecuencia directa de una actividad brindada por APM, esta resulta responsable aun cuando no forme parte de la relación jurídica entre la nave y el consignatario.
- 38.- Cabe recordar que respecto al daño, la doctrina señala que este *"no puede ser entendido sólo como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso¹⁰: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido"*¹¹.
- 39.- En tal sentido, se desprende que los daños no solo incluyen la lesión sufrida per se sino todos aquellos impactos negativos presentados, siempre y cuando se verifique que devienen del mismo hecho dañoso.
- 40.- En consecuencia, teniendo en cuenta que las demoras para la descarga de la nave M/N PEGASUS 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 en sobrecostos por concepto de *demurrage*; los referidos sobrecostos materia de reclamo resultan atribuibles a la Entidad Prestadora.
- 41.- No obstante, cabe precisar que si bien APM resulta responsable de los sobrecostos por *Demurrage*, el monto deberá de determinarse desde la fecha de inicio de las operaciones, es decir, desde el 8 de enero de 2017, y no desde el 7 de enero de dicho año como lo señala el documento denominado *Lay time* o Cálculo de tiempo presentado por la apelante

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.



- 42.- 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 Portuarios¹².

Con relación a los presuntos daños a la mercancía

- 43.- Respecto a este extremo, cabe recordar que MOLINO, además de imputar a APM por los sobrecostos por concepto de *Demurrage*, le imputa responsabilidad por presuntos daños a su mercancía, pues manifiesta que el trigo que se transportaba en el bodega N° 1 de la nave MN/ PEGASUS se habría mezclado con desechos plásticos y con restos de triplay.
- 44.- Siendo esto así, en el presente caso este Colegiado realizara el análisis de los presuntos daños que alega MOLINO en virtud de las pruebas adjuntadas por la apelante.
- 45.- Ahora bien, a fin de definir y establecer la responsabilidad por daños, se debe de tener en cuenta las reglas establecidas en el Código Civil
- 46.- 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".

[El subrayado y resaltado son nuestros]

- 47.- Asimismo, de acuerdo con los artículos 1151 y 1152 del Código Civil, en caso de observarse un cumplimiento tardío de las obligaciones de hacer, el acreedor (en este caso, MOLINO), puede escoger entre una de las siguientes alternativas: exigir el cumplimiento forzoso, considerar no ejecutada la prestación si esta fuese inútil, destruir lo ejecutado o aceptar la prestación ejecutada y exigir la reducción de la contraprestación; teniendo, además, derecho a ser indemnizado¹³.

¹² **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.

¹³ Código Civil.

"Artículo 1151.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:



- 48.- 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.
- 49.- Es importante precisar que al estar APM obligada a brindar los servicios a su cargo, tiene el deber de guardar la diligencia debida al desarrollar las operaciones dentro del Terminal Portuario a fin de que estas sean realizadas en las mismas condiciones en las que fueron pactadas y la mercadería recibida, sea entregada en las condiciones iniciales a su arribo al Terminal Portuario.
- 50.- Por otro lado, 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 MOLINO debió probar que los daños se produjeron y fueron responsabilidad de la Entidad Prestadora.
- 51.- Como ya se ha mencionado, a efectos de acreditar los daños, MOLINO adjuntó los siguientes documentos:
- Correo electrónico de fecha 13 de enero de 2017.
 - Carta sin número de fecha 27 de febrero de 2017, elaborada por el Ingeniero Agrícola el señor Luis Lossio Piñella.
 - Fotografías
- 52.- Con relación al correo electrónico, si bien hace referencia a paralizaciones y deficiencias en la atención de la mercancía no hace referencia a que se hayan producido los daños que ha manifestado en el presente reclamo, ni mucho menos que por responsabilidad de APM la carga se haya mezclado con restos de triplay o desechos plásticos.
- 53.- Respecto al documento elaborado por el Ingeniero Agrícola, señor Luis Lossio Piñella, se debe de indicar que, sin perjuicio de ser un documento elaborado de manera posterior a los hechos (27 de febrero de 2017) a las fechas en que ocurrieron los referidos hechos

-
- 1.- Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 ó 2.
 - 2.- Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.
 - 3.- Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.
 - 4.- Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere."

* Artículo 1152.-
En los casos previstos en los artículos 1150 y 1151, el acreedor también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda."



materia de reclamo; no se puede determinar si efectivamente los desechos o restos que se encontraron en la carga fueron consecuencia de las operaciones realizadas en el Terminal Portuario.

- 54.- Igualmente, sobre las diversas fotografías adjuntadas por MOLINO, tampoco se evidencia que los desechos o restos que se muestran en dichos documentos, fueron consecuencia de un mal servicio de parte del personal de APM.
- 55.- Cabe señalar que MOLINO, se encontraba en mejor posición de reportar los daños al momento de sucedidos los hechos, sin perjuicio de que protocolarmente existen las directivas y reglamentos de APM establecen las directrices a seguir en caso los usuarios adviertan daños de parte de la Entidad Prestadora a su mercancía.
- 56.- Es preciso recordar 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. Al respecto, con un poco más de detalle, Juan Espinoza Espinoza señala que los elementos constitutivos de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) son¹⁴:
- 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.
- 57.- En el presente caso, la apelante no ha demostrado el daño ni el nexo causal que permita desprender que los daños alegados a su mercancía obedecieron a una presunta responsabilidad de parte de APM o que estos no se produjeron como producto de un hecho vinculado a la forma en que se optó en realizar la división la carga, pues debe de tenerse en cuenta que tampoco MOLINO tampoco ha precisado si la separación artificial utilizada (láminas de triplay) para las distintas cargas de trigo que se transportaban en la bodega N° 1 de la nave MN/ PEGASUS, garantizaban que estas no sufrirían daños durante el trayecto hacia el puerto del Callao.

¹⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Tercera Edición. Editora Gaceta Jurídica. Lima Perú.



- 58.- En ese sentido, estando a lo señalado en los artículos 1321 y 1331 del Código Civil, la apelante no ha cumplido con acreditar los daños alegados en el presente procedimiento.
- 59.- Siendo esto así, se verifica que la apelante no ha sustentado con documento probatorio alguno los daños alegados a su mercancía o que estos se hayan sido consecuencia de la prestación de los servicios portuarios de parte de APM, por lo que corresponde confirmar en ese extremo la Resolución N° 2 al no haberse acreditado los daños materia de reclamo

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 OSITRAN¹⁵;

SE RESUELVE:

PRIMERO.-REVOCAR EN PARTE la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0115-2017 y en consecuencia declararlo **FUNDADO** en el extremo del reclamo presentado por MOLINO EL TRIUNFO S.A. referido a los sobrecostos por concepto de *demurrage*, 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 MN/ PEGASUS, que generaron dichos sobrecostos, cuya cuantía por dicho daño se deberá efectuar 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 Portuarios¹⁶.

¹⁵ 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".

¹⁶ Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios

Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 88-2017-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN N° 1

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

TERCERO.- NOTIFICAR a MOLINO EL TRIUNFO 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, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN**

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.