

EXPEDIENTE N° : 59-2018-TSC-OSITRAN

APELANTE : COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C.

ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° 1 del expediente N° APMTC/CL/o480-2017

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 30 de abril de 2019

SUMILLA: *Corresponde revocar la resolución recurrida, en la medida que no se ha acreditado que antes de iniciar las operaciones de descarga, la Entidad Prestadora haya advertido que la guía celda de la nave FOUMA se encontraba en mal estado, resultando responsable de los daños ocurridos.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. (en adelante, COSMOS o la apelante) contra la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/o480-2017, emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- El 22 de noviembre de 2017, COSMOS, en su calidad de Agente Marítimo, interpuso reclamo ante APM imputándole responsabilidad por los daños ocasionados a la guía de celda de Bay¹ 31 de la nave FOUMA; argumentando lo siguiente:
 - i.- El 14 de noviembre de 2017, durante las operaciones de descarga de la nave FOUMA, personal de APM realizó una mala maniobra al descargar un contenedor de 40 pulgadas en el Bay 30, ocasionando un golpe en la nave FOUMA rompiéndose la guía de la celda en el row 07 del Bay 31.
 - ii.- Lo ocurrido fue reportado inmediatamente, dejándose constancia de ello en el documento "Stevedores Damage Report" N° MNC-35-190F1 del 14 de noviembre de 2017.

¹ Referido a la posición del contenedor dentro del barco.

- iii.- En el documento "Stevedores Damage Report", APM consignó que la guía de celda se encontraba en mal estado y con signo de corrosión (oxido); sin embargo, de la fotografía adjunta al reclamo se puede observar que la citada guía estaba limpia y que el daño era reciente, por lo que APM no se puede eximir de responsabilidad sobre los daños ocurridos.
 - iv.- La guía de celda llegó al Terminal Portuario operativa y funcionando; por lo que resultan responsabilidad de APM los daños causados durante las operaciones de embarque.
- 2.- Mediante Resolución N° 1 notificada el 5 de enero de 2018, APM resolvió declarar infundado el reclamo presentado por COSMOS, de acuerdo con los siguientes argumentos:
- i.- Resulta necesario determinar si COSMOS ha acreditado que los daños alegados son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de una obligación a cargo de APM o de su cumplimiento tardío o defectuoso.
 - ii.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 1321 del Código Civil, el resarcimiento por la inejecución de obligaciones o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
 - iii.- Por su parte, el artículo 1331 del Código Civil señala que la prueba de los daños corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
 - iv.- En el presente caso, COSMOS ha presentado el documento denominado "*Stevedores Damage Report MNC-35-190F*" en el cual se describen los hechos relacionados al presunto daño ocasionado a la celda de guía ubicada en el Bay 31 de la nave FOUMA; sin embargo, dicho documento se encuentra suscrito por su personal en señal de recepción, más no de conformidad, indicándose "*sin prejuzgamiento ni admisión alguna en cuanto a responsabilidad, daño u otro, y para efectos de recepción únicamente*".
 - v.- El Tribunal de OSITRAN, mediante resoluciones emitidas en los expedientes N° 329-2016 y 109- 2015-TSC-OSITRAN se ha pronunciado desestimando el valor probatorio del "*Stevedores Damage Report*".
 - vi.- De acuerdo con ello, si bien en el "*Stevedores Damage Report*" se consigna la existencia de daño ocurrido a la celda de guía ubicada en el Bay 31 de la nave FOUMA, no se acredita fehacientemente que los mismos hubieran sido ocasionados por responsabilidad de APM, cabiendo resaltar que se dejó una nota en el documento eximiéndose de responsabilidad al precisarse presencia de oxido en la pieza dañada.
 - vii.- Por lo tanto, COSMOS no ha acreditado que los daños alegados fueron responsabilidad de APM, no correspondiendo amparar su reclamo.

- 3.- Con fecha 25 de enero de 2018, COSMOS interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1 emitida por APM, reiterando lo señalado en su escrito de reclamo y agregando que si bien en el documento "*Stevedores Damage Report MNC-35-190F*" se consignó una observación de la condición de las guías de celda (presencia de óxido), debe tenerse en cuenta que en el citado documento APM no rechazó el daño ocurrido, por lo que deberá responder por lo sucedido y reconocer el daño ocasionado a las referidas guías de la celda, tal como ha quedado probado en el Damage Report.
- 4.- El 28 de febrero de 2018, 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, solicitando se declare infundado el reclamo reiterando los argumentos señalados en su Resolución N° 1.
- 5.- El 24 de abril de 2019 se realizó la audiencia de vista de la causa a la cual asistieron los representantes de las partes, quienes procedieron a dar su informe oral, quedando la causa al voto.
- 6.- El 29 de abril de 2019, APM presentó sus alegatos finales, reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 8.- La materia del presente procedimiento versa sobre la atribución de responsabilidad que COSMOS le imputa a APM por los daños ocasionados a la guía de la celda ubicada en el Bay 31 de la nave FOUMA como consecuencia de la presunta prestación de un deficiente servicio por parte de dicha Entidad Prestadora, situación prevista como un supuesto de reclamo por daños en el numeral 1.5.3.3 del Reglamento de Reclamos de APM² y en el literal d) del

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".

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.

- 9.- De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM⁵, 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 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
- 10.- Al respecto, de una revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
 - i.- La Resolución N° 1 fue notificada a COSMOS el 5 de enero de 2018.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo COSMOS para interponer el recurso de apelación venció el 26 de enero de 2018.
 - iii.- COSMOS apeló el 25 de enero de 2018, es decir, dentro del plazo legal.
- 11.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG)⁶, al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas

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.

"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 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 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".

producidas respecto de la responsabilidad por los daños al usuario como consecuencia de la presunta prestación deficiente de un servicio por parte de APM.

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

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

Sobre las obligaciones y prerrogativas de la Entidad Prestadora

- 13.- De acuerdo con el artículo 8.19 del Contrato de Concesión que APM suscribió con el Estado peruano⁷, la desestiba (o descarga) y el manipuleo de la carga es responsabilidad de APM, sea que la brinde directamente o a través de terceros:

"8.19.-SERVICIO ESTÁNDAR

Son aquellos servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga (...) En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la nave hasta el retiro de la carga por el usuario.
(...)

b) SERVICIOS EN FUNCIÓN A LA CARGA

Comprende los servicios de descarga y/o embarque de cualquier tipo de carga, así como la utilización de Infraestructura y Equipamiento Portuario requerido en el Terminal Multipropósito
(...)

En el caso de la carga fraccionada, el Servicio Estándar incluye:

- i) El servicio de descargue/embarque, incluyendo la estiba/desestiba utilizando la Infraestructura y Equipamiento necesario;*
- ii) El servicio de tracción entre el costado de la Nave y el área de almacenaje, o viceversa en el embarque;*
- iii) El servicio de manipuleo -en el área de almacenaje, patio y Nave- para la recepción de la carga de la Nave y carguío al medio de transporte que designe el Usuario, o viceversa en el embarque;*
- iv) El servicio de verificación de la carga para la tarja, incluyendo la transmisión electrónica de la información;*
- v) El servicio de pesaje, incluyendo la transmisión electrónica de la información; y*
- vi) Otros servicios vinculados con regímenes aduaneros previstos en las Leyes y Disposiciones Aplicables, que deban prestarse únicamente en el Terminal por la Sociedad Concesionaria. No incluye, de ser el caso, los servicios relacionados con el movimiento de la carga para la realización del aforo o similares dentro del Terminal. La prestación de estos servicios en ningún caso afectará el cumplimiento de las obligaciones de carácter aduanero que correspondan a los diferentes operadores de comercio exterior, conforme a la normativa vigente.*

(...)

⁷ Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuarios del Callao entre APM Terminals Callao S.A. y el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y este a su vez por la Autoridad Portuaria Nacional, suscrito el 11 de mayo de 2011.

[El subrayado es nuestro]

- 14.- Por otro lado, en virtud del contrato de concesión, APM tiene entre sus prerrogativas adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del mismo, entre ellas la de emitir sus políticas comerciales y operativas. Es así que, el artículo 8.13 del referido contrato concesión establece lo siguiente:

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

- a) Reglamento de Operaciones del Terminal Norte Multipropósito.
- b) Otros reglamentos que correspondan de acuerdo a las competencias de la APN".

- 15.- Como se desprende del párrafo anterior, APM no sólo se presenta como una Entidad Prestadora de servicios sino además como la administradora del Terminal Portuario, habiendo establecido procedimientos debidamente determinados para la correcta atención de la mercancía y naves de los usuarios. Dichos procedimientos se encuentran regulados en el Reglamento de Operaciones de APM, documento aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional.

- 16.- Siendo ello así, resulta evidente que la Entidad Prestadora responde frente a los usuarios respecto de cualquier hecho o circunstancia que pueda afectar el normal desarrollo de las actividades portuarias.

- 17.- Como correlato de lo anterior, las cláusulas 2.7 y 8.1 del Contrato de Concesión para la Modernización del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao⁸ establecen lo siguiente:

"2.7.- (...)

(...) las Partes y la APN reconocen expresamente que para la ejecución y/o prestación exclusiva de los Servicios, la SOCIEDAD CONCESIONARIA observará rigurosamente los principios establecidos en el numeral 14.3 del artículo 14 de la LSPN, así como los demás principios establecidos en las Cláusulas 2.10 y 2.11, conforme resulte aplicable".

"8.1.- La Explotación del Terminal Norte Multipropósito por la SOCIEDAD CONCESIONARIA constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual la SOCIEDAD CONCESIONARIA recuperará su inversión en las Obras, 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.

En tal sentido, es deber de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, dentro de los límites del Contrato de Concesión, responder por los actos u omisiones del personal a cargo de la operación del Terminal Norte Multipropósito y de los contratistas que la SOCIEDAD CONCESIONARIA decida contratar,

⁸ Suscrito entre el Estado Peruano y APM el 11 de mayo de 2011.

Asimismo de conformidad con lo establecido en la Cláusula 2.7, **la SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el derecho a la ejecución y/o prestación exclusiva de todos y cada uno de los Servicios que se puedan brindar dentro del Terminal Norte Multipropósito a partir de la Toma de Posesión**".

[Resaltado y subrayado son nuestros]

- 18.- Según las cláusulas citadas, APM tiene el derecho de exclusividad en la explotación del Terminal Portuario del Callao, es decir, tiene el monopolio de los servicios portuarios. Como contrapartida de esta prerrogativa contractual, la Entidad Prestadora asume el riesgo de la operación frente a los usuarios respecto de los servicios que presta, y también ante el Estado con relación al cumplimiento del Contrato de Concesión, todo ello en concordancia con el ordenamiento legal vigente.

Respecto de la probanza de los daños

- 19.- Sobre este extremo, es importante recalcar que el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios⁹ (en adelante, RUTAP) establece lo siguiente:

"Artículo 7.- De los Derechos del Usuario.-

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

(...)

j) Derecho a la reparación de daños.

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

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

Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

- b) *En caso de que por culpa o dolo de los trabajadores o dependientes de las Entidades Prestadoras se ocasione daño a los usuarios y en el procedimiento de reclamo 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*

⁹ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 074-2011-CD-OSITRAN

en el Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en lo que resulte pertinente".

- 20.- 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.
- 21.- 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.
- 22.- 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 inexecución 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 inexecución.***

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 son nuestros]

- 23.- 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.
- 24.- Es importante precisar que al estar APM obligada a brindar el servicio estándar, tiene el deber de guardar la 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.
- 25.- 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 COSMOS, a efectos de determinar que APM no cumplió con su labor de diligencia en la prestación de sus servicios, debe probar que los daños se produjeron en el Terminal Portuario.
- 26.- 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.

Sobre los daños alegados

- 27.- En el presente caso, COSMOS manifestó que el alegado daño ocasionado a la guía de la celda ubicada en el Bay 31 de la nave FOUMA habría sido generado por la negligencia del personal de APM mientras se realizaban las labores de descarga de la mercadería.
- 28.- Por su parte, APM ha señalado en su Resolución N° 1 y en su absolución al recurso de apelación que si bien mediante el *Stevedors Damage Report* se dejó constancia de la existencia de daños ocasionados a la guía de la celda ubicada en el Bay 31 de la nave FOUMA, ello no acredita que dichos daños hubieran sido ocasionados por su responsabilidad, por lo que aun cuando fue la encargada de realizar las operaciones de embarque y descarga, habiéndose encontrado presencia de oxido en la pieza dañada no corresponde atribuirle responsabilidad por los daños ocasionados.
- 29.- Cabe tener en cuenta que tanto en su Resolución N° 1 como en la absolución al recurso de apelación APM no ha negado la existencia de daños a la guía de la celda ubicada en el Bay 31 de la nave FOUMA, atendiendo al documento "*Stevedores Damage Report*" donde estos fueron consignados. En ese sentido, en tanto que los daños no han sido negados en el presente procedimiento, únicamente corresponde determinar la responsabilidad por la ocurrencia de los mismos.
- 30.- Sobre el particular, COSMOS ha manifestado que el daño ocasionado se debió a que el personal de APM habría realizado una mala maniobra al momento de descargar un contenedor de 40 pulgadas en el Bay 30, ocasionando un golpe en la nave consecuencia del cual se rompió la guía de la celda en el row 07 del Bay 31 de la nave FOUMA.
- 31.- Por su parte, si bien APM ha reconocido que la guía de la celda presentaba daños, alegó que la citada guía se encontraba en malas condiciones al haber presencia de corrosión (oxido).
- 32.- Al respecto, correspondía a APM advertir que antes de la manipulación de la guía de la celda, ésta presentada algún desperfecto; sin embargo, no ha ocurrido en el presente caso, toda vez que no obra en el expediente medio probatorio alguno que corrobore que la Entidad Prestadora alertara que la citada guía se encontraba en mal estado antes del inicio de operaciones de descarga de la nave FOUMA.
- 33.- Sobre este punto, cabe recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 del Reglamento de Operaciones de APM versión 4, vigente en el momento de ocurrido los hechos, en caso la Entidad Prestadora no se encontrara conforme con el estado general de los equipos de manipulación de la carga, tenía a disposición mecanismos mediante los cuales podía dejar constancia de ello, teniendo la facultad de consignar dicho hecho elevando la protesta correspondiente y adjuntando evidencias de ello, tal como se aprecia a continuación:

"Artículo 88°.- Antes de iniciar y durante las operaciones de carga y/o descarga, el personal de operaciones y de seguridad de APM TERMINALS efectuará una inspección a la nave, con el propósito de revisar el estado general del área de trabajo y sus accesos; condición de la carga y su estiba a bordo; condiciones y elementos de seguridad; y los equipos de manipulación de carga.

El capitán de la nave o su representante entregará la carga sin daño o deterioro en su embalaje o evidencia de alteración en su contenido. En caso contrario, el Terminal Portuario dejará constancia de este hecho y elevará la protesta correspondiente, adjuntando las evidencias del hecho".

[El subrayado es nuestro]

- 34.- En el presente caso, APM se encontraba encargada de realizar las labores de descarga de la mercadería de COSMOS, por lo que conforme a un actuar diligente, debió de advertir y dejar consignado que la guía de celda tenía algún desperfecto, se encontraba en mal estado o cualquier hecho que implicase el riesgo de desencadenar algún daño o rotura.
- 35.- Sin embargo, no se verifica que APM haya dejado constancia del mal estado de la guía de celda antes de la prestación del servicio, no habiendo realizado ninguno de los actos que ella misma ha previsto en el artículo 88 de su Reglamento de Operaciones para deslindar su responsabilidad respecto de los daños que podrían ocasionarse.
- 36.- Cabe recordar además que el servicio estándar prestado por APM incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga de mercancías, teniendo APM la potestad de adoptar todas las decisiones que considere más convenientes para la adecuada gestión, operación y funcionamiento del terminal concesionado, consecuencia de lo cual responderá ante los usuarios por la integridad de sus mercancías.
- 37.- En efecto, de acuerdo con el Contrato de Concesión, APM tiene el derecho de exclusividad en la explotación del Terminal Portuario del Callao, es decir, el monopolio de los servicios portuarios, como contrapartida de lo cual asume el riesgo de la operación frente a los usuarios respecto de los servicios que presta, encontrándose dentro de las operaciones portuarias, el servicio estándar que incluye la estiba y desestiba de la carga, tal como se establece en la cláusula 8.19 del mencionado contrato¹⁰.
- 38.- En ese orden de ideas, es evidente que los riesgos de administrar un puerto y realizar operaciones de estiba y desestiba de manera exclusiva, deben ser asumidos por quien realiza dichas operaciones, las cuales conforman el giro del negocio de operar infraestructura portuaria, en este caso, por APM. En efecto, APM se encuentra en mejor

¹⁰ Contrato de Concesión

"8.19. SERVICIOS ESTÁNDAR

Son aquellos servicios que, durante el periodo de vigencia de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá prestar obligatoriamente a todo Usuario que lo solicite y que incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga. Comprenden en el caso de embarque, desde que la carga ingresa al Terminal Norte Multipropósito hasta que la Nave en la que se embarque sea desamarrada para zarpar. En el caso de descarga, comprende desde el amarre de la Nave, hasta el retiro de la carga por el Usuario".

condición de poder prever a un menor costo las posibles contingencias que podrían presentarse en el Terminal Portuario, pues se entiende que cuenta con la experiencia y conocimiento necesario en lo que respecta a la administración y explotación de puertos, la que además constituye la actividad a la cual se dedica y la que se comprometió a realizar en el Contrato de Concesión.

- 39.- En el presente caso, se debe tener en cuenta la doctrina del “*res ipsa loquitur*” o “la cosa habla por sí misma”. Este criterio tiene su fundamento en la idea de que quien está en control de una actividad específica está en mejor posición de evitar que se produzcan daños como consecuencia del ejercicio de dicha actividad. En este caso, APM se encontraba en control de la operación de estiba y desestiba, por lo que en caso se produjeran daños producto del ejercicio de dicha actividad, se entenderá que no brindó un servicio conforme a los estándares de calidad establecidos, presumiéndose que ello se produjo como consecuencia del incumplimiento de su deber de diligencia.
- 40.- En línea con lo expresado, el Informe N° 025-14-GAJ-OSITRAN (en adelante, el Informe N°025), notificado mediante Oficios N° 201 y 202-14-GG-OSITRAN señala lo siguiente:

53.- A partir de ello, si el Concesionario lleva a cabo la recepción de una nave y procede a efectuar la desestiba de la misma, es porque previamente ha realizado un análisis sobre las condiciones en que efectuará la descarga, así como los riesgos involucrados en el supuesto que las operaciones portuarias se desarrollen fuera de los estándares normales de atención exigidos por el Contrato de Concesión, ya que esto último podría acarrearle responsabilidad frente al Concedente en caso dichos estándares no se alcancen por razones que no le sean ajenas al terminal.

54.- Se colige de lo expuesto, que el Concesionario tiene los incentivos suficientes para planificar lo mejor posible sus operaciones y, asimismo, exigirle a sus clientes que cumplan con las obligaciones a su cargo de manera tal que no lo perjudiquen en su relación con el Concedente por cuestiones relativas a las operaciones portuarias. En otras palabras, el Concesionario, en su calidad de administrador portuario, se encuentra en una mejor posición para minimizar sus riesgos o para asignarlos de mejor manera entre las partes involucradas en operaciones de ese tipo. En ese sentido, la planificación de las operaciones a las que se ha hecho referencia, no constituyen un fin, sino un medio que permite al Concesionario cumplir con sus obligaciones contractuales o, en todo caso, exonerarse de responsabilidad frente a la configuración de eventos que podrían constituir incumplimientos de obligaciones asumidas.

[Resaltado y subrayado son nuestros]

- 41.- Finalmente, resulta pertinente precisar que en los expedientes N° 109-2015 y 329-2016 referidos por APM, este Tribunal determinó confirmar las resoluciones emitidas por la Entidad Prestadora atendiendo a que los usuarios reclamantes no presentaron medios probatorios que acreditaran la existencia de daños como consecuencia de un deficiente servicio prestado por APM; no habiéndose desestimado en ellos el medio probatorio denominado “*Stevedores Damage Report*” en sí mismo para la probanza efectiva de daños, pues ello dependerá de cada caso concreto.

- 42.- En atención a lo expuesto a lo largo de la presente resolución, considerando que los daños se produjeron como consecuencia de la prestación de un servicio brindado exclusivamente por la Entidad Prestadora, corresponde declarar responsable a APM por los daños ocasionados.
- 43.- Cabe señalar que la cuantía por dichos daños 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 Portuarios¹¹.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN¹²;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 1 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0480-2017 y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. declarándose la responsabilidad de APM TERMINALS CALLAO S.A. por los daños a la guía de celda de la nave FOUMA, cuya cuantía se determinará 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 Portuarios.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a COSMOS AGENCIA MARÍTIMA S.A.C. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

¹¹ 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.

¹² 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."

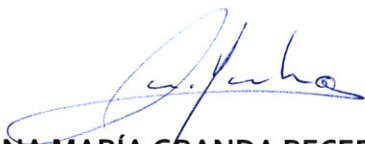
"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

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. (...)"

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**