



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS  
EXPEDIENTE N° 156-2020-TSC-OSITRAN  
RESOLUCIÓN N° 00056-2023-TSC-OSITRAN

**EXPEDIENTE** : 156-2020-TSC-OSITRAN  
**APELANTE** : QUIMPAC S.A.  
**ENTIDAD PRESTADORA** : APM TERMINALS CALLAO S.A.  
**ACTO APELADO** : Resolución N° 2 del expediente N° APMTC/CL/0184-2020

**RESOLUCIÓN N° 00056-2023-TSC-OSITRAN**

Lima, 28 de noviembre de 2023

**SUMILLA:** *En la medida que el sobrecosto por concepto de Demurrage en el que incurrió el usuario fue consecuencia de la paralización en las operaciones de descarga de la nave SERENE JESSICA imputable a la Entidad Prestadora; corresponde revocar la resolución de primera instancia y declarar fundado en parte el reclamo.*

**VISTOS:**

El recurso de apelación interpuesto por QUIMPAC S.A. (en adelante, QUIMPAC) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/0184-2020 (en lo sucesivo, la Resolución N° 2) por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM).

Se cumple con precisar que, desde el 21 de septiembre de 2021 hasta el 7 de octubre de 2023, el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, TSC) no ha contado con el quórum mínimo de tres vocales que establece la normativa vigente para celebrar sesiones y, consecuentemente, para resolver los reclamos y controversias presentados por los usuarios en segunda instancia administrativa. Al respecto, el quórum del TSC se reconstituyó con la designación de dos vocales mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0042-2023-CD-OSITRAN, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de octubre de 2023.

**CONSIDERANDO:**

**I.- ANTECEDENTES:**

1. El 11 de junio de 2020, en su calidad de propietario de la carga, QUIMPAC interpuso reclamo ante APM solicitando se hiciera responsable de los sobrecostos en los cuales incurrió como consecuencia de una deficiente prestación del servicio durante la descarga de la nave SERENE JESSICA, argumentando lo siguiente:
  - i.- La nave SERENE JESSICA arribó al puerto del Callao el 10 de mayo de 2020 y pudo atracar en el terminal portuario recién el 19 mayo de 2020. Asimismo, se programó que la descarga de la mercancía debía producirse en un lapso de 4 a 5 días calendario desde dicha fecha, debiendo culminar, como máximo, el 24 de mayo de 2020. Sin embargo, como consecuencia de la deficiente prestación del servicio brindado por APM, la descarga se extendió hasta el 10 de junio de 2020, esto es, culminó un mes después desde el arribo de la nave.
  - ii.- De acuerdo con lo informado por la empresa Calis Shipping S.A.C. Agentes Marítimos, agente de la nave SERENE JESSICA, a pesar de las constantes comunicaciones dirigidas a APM para cumplir con la descarga de acuerdo a lo programado, esta señaló que no contaba con personal suficiente para operar, alegando que según lo establecido en la Ley N° 27866, los trabajadores portuarios



tienen derecho de registrar su no disponibilidad para laborar en el sistema de nombrada de cuadrillas.

- iii.- Las relaciones contractuales que APM tiene con sus trabajadores, proveedores, autoridades o cualquier tercero, no resultan oponibles a los usuarios que contratan servicios portuarios al amparo de los reglamentos y resoluciones emitidas por la propia Entidad Prestadora u OSITRAN.
  - iv.- La demora en la descarga de la nave SERENE JESSICA es atribuible a APM y afecta a QUIMPAC significativamente, no sólo por no poder contar con la materia prima importada para su uso de manera oportuna, con el consecuente retraso en su producción y afectación en ventas, sino por el perjuicio económico derivado de las penalidades que deberá pagar a la línea naviera PHOENIX BULK CARRIERS, por cada día de retraso en el terminal portuario (*Demurrage*)<sup>1</sup>.
  - v.- En ese sentido, APM deberá hacerse responsable del pago del *Demurrage*, así como de cualquier otro sobrecosto que pudiera derivarse de la deficiente prestación de los servicios contratados por QUIMPAC.
2. Mediante Carta N° 0321-2020-APMTC/CL, de fecha 2 de julio de 2020 y notificada el 3 de julio de 2020, APM resolvió ampliar en 15 días adicionales el plazo para resolver el reclamo presentado por QUIMPAC, atendiendo a la complejidad del mismo.
  3. A través de la Resolución N° 1, notificada el 30 de julio de 2020, APM declaró infundado el reclamo presentado por QUIMPAC, señalando lo siguiente:
    - i.- Como consecuencia de la pandemia y las medidas extraordinarias dictadas por el Gobierno Central para hacer frente al COVID-19, las operaciones de carga y descarga fueron afectadas por la ausencia del personal de estiba debido a trabajadores contagiados, aquellos que estuvieron en contacto con los trabajadores contagiados, así como aquellos que pertenecen a grupos de riesgo.
    - ii.- Por ello, APM no asignó trabajadores con normalidad para la atención simultánea de todas las naves desde la declaratoria del estado de emergencia, teniendo que implementar planes de contingencia de manera rápida y diligente.
    - iii.- Los puestos de trabajo relacionados a la operación y explotación de la Concesión involucran labores altamente especializadas y complejas. En ese sentido, APM realiza continuas y rigurosas capacitaciones para el óptimo desarrollo de las funciones de los operarios, lo que implica que sus trabajadores constituyen recursos valiosos y escasos en el mercado laboral.
    - iv.- El Reglamento de Usuarios establece que los servicios portuarios pueden restringirse en situaciones en las cuales exista un riesgo inminente a la vida humana y/o infraestructura, debiendo tomar acción inmediata a fin de reiniciar las operaciones lo más pronto posible.
    - v.- La propagación de la pandemia, las normas dictadas por el Gobierno y la falta de personal portuario califican como eventos de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, es decir, eventos de caso fortuito o fuerza mayor, razón por la cual los servicios de APM pueden restringirse conforme lo prevé el Reglamento de Usuarios y el Código Civil. Asimismo, en estos casos se produce una ruptura del nexo causal

<sup>1</sup> **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.



entre los hechos y las consecuencias generadas (sobrecostos), razón por la cual APM no sería responsable de los daños reclamados.

- vi.- Adicionalmente, APM cumplió con su deber de diligencia en la medida que implementó todas las medidas de contingencia razonables para superar la emergencia, no pudiendo imputársele responsabilidad por lo ocurrido.
  - vii.- APM cumplió con comunicar al Agente Marítimo y al consignatario de la carga el Plan de Trabajo, así como todas las circunstancias ocurridas durante la operación de descarga, con la finalidad de que los usuarios dispusieran de las medidas necesarias para superar cualquier problema que se pudiera presentar frente a la situación sobre la cual APM no tuvo control.
  - viii.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil, APM resulta responsable de los daños alegados, siempre y cuando sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de alguna de sus obligaciones, correspondiendo la carga de probar los referidos daños al usuario, de conformidad con lo previsto en los artículos 1331 del Código Civil y 196 del Código Procesal Civil.
  - ix.- QUIMPAC no ha acreditado la existencia de los sobrecostos reclamados, limitándose a mencionarlos, sin indicar la cuantía que pretende reconozca APM. En ese sentido, no se ha evidenciado que los sobrecostos se hayan materializado, razón por la cual la pretensión expuesta no encaja como un supuesto de reclamo, pues no se encuentra vinculada a un interés vulnerado.
4. Con fecha 20 de agosto de 2020, QUIMPAC interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1, reiterando lo señalado en su reclamo, y añadiendo lo siguiente:
- i.- Al momento de ocurrencia de los hechos, era previsible para APM tener dificultades con la disponibilidad de personal, razón por la cual debió haber adoptado oportunamente medidas preventivas efectivas de acuerdo al marco legal existente. En ese sentido, si bien la pandemia del COVID-19 constituye un evento extraordinario, carece de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad requeridos para configurar el eximente de responsabilidad que alega APM.
  - ii.- Así, en la Resolución Final emitida en el Expediente N° 34-2011-TSC-OSITRAN, el Tribunal de OSITRAN estableció que la Entidad Prestadora se encuentra en mejor condición de prever las contingencias que se puedan presentar en el terminal portuario a un menor costo, pues tiene experiencia y conocimiento en la administración de puertos.
  - iii.- Asimismo, mediante la Resolución Final emitida en el Expediente N° 62-2009-TSC-OSITRAN, el Tribunal de OSITRAN estableció, en referencia a los eventos de caso fortuito o fuerza mayor relacionados con las operaciones de la concesión, que los riesgos deben ser asumidos por el operador, pues tales eventualidades deben ser consideradas como parte de los riesgos naturales del negocio de operar la infraestructura.
  - iv.- La aparición y efectos del COVID-19 en las actividades económicas no iniciaron con la declaratoria del estado de emergencia decretada en marzo de 2020, ocurriendo que el impacto de la situación sanitaria en las operaciones económicas se empezó a notar en otros países meses atrás, haciendo previsible antes de marzo de 2020 que una coyuntura similar se apreciaría en el país.



- v.- Si bien como consecuencia de la declaratoria de emergencia, gran parte de las operaciones económicas se vieron forzadas a paralizar, se establecieron una serie de actividades que no debían ser suspendidas, tales como el transporte marítimo de carga y mercancía, así como toda otra actividad conexas a dichas operaciones (artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 0232-2020-MTC).
- vi.- El 09 de abril de 2020, la Autoridad Portuaria Nacional emitió la Resolución de Presidencia de Directorio N° 0007-2020-APN-PD, estableciendo los lineamientos obligatorios para desarrollar procedimientos y protocolos para prevenir el contagio del COVID-19 en las instalaciones portuarias, incluyendo los requisitos para la gestión de la operación.
- vii.- APM es responsable de ofrecer un servicio ininterrumpido según las condiciones previstas en el Contrato de Concesión, ocurriendo que ante fallas o eventualidades de carácter operativo o administrativo que puedan interrumpir la prestación de los servicios, se encuentra obligada a tomar acción inmediata, a fin de reiniciar las operaciones lo más pronto posible, razón por la cual no puede eximirse de responsabilidad por la prestación deficiente de sus servicios.
- viii.- Mediante Carta N° 406-2020-APMTC/CL de fecha 24 de mayo de 2020, APM informó que las operaciones de descarga se estaban realizando con normalidad.
- ix.- Asimismo, mediante correo electrónico del 23 de junio de 2020, APM informó al agente marítimo que realizaría un descuento de 136 horas de uso de amarradero por las horas de paralizaciones ocurridas en el terminal portuario, sucediendo que los hechos que originaron la aludida paralización, y que ameritaron un reconocimiento de responsabilidad por parte de APM, son los mismos que ahora pretende enmarcar en la figura de caso fortuito o fuerza mayor.
5. A través de la Resolución N° 2, notificada el 17 de setiembre de 2020, APM declaró infundado la reconsideración presentada por QUIMPAC, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución N° 1.
6. Con fecha 8 de octubre de 2020, QUIMPAC interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 reiterando lo señalado en su reclamo, y añadiendo lo siguiente:
- i.- APM opera terminales portuarios en todo el mundo, razón por la cual tenía conocimiento de los efectos del COVID-19 en las actividades portuarias y las medidas de prevención adoptadas en otros países.
- ii.- APM se encontraba en plena capacidad de prever los efectos del COVID-19, contando con la experiencia, información y el respaldo necesario para haber adoptado las acciones preventivas que le hubieran permitido continuar con sus operaciones de manera regular.
7. El 29 de octubre de 2020, 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 a lo largo del procedimiento y agregando lo siguiente:
- i.- El Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE) señaló en su comunicado N° 005-2020 que la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional constituye una situación de fuerza mayor que puede afectar los vínculos contractuales celebrados al amparo de la normativa de contrataciones con el estado, tanto del lado del contratista, como del lado de la entidad contratante.



- ii.- Si bien el Contrato de Concesión no se rige bajo la normativa del OSCE, el hecho considerado como fuerza mayor es el mismo, por lo que en atención al principio de confianza legítima, la actuación de OSITRAN al calificar la situación descrita debería ser congruente con la expectativa legítima de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos.
- iii.- Aun cuando el Gobierno dispuso que las actividades portuarias para el transporte de mercancías continuaran operando, la situación de fuerza mayor originada por el COVID-19 tuvo impacto en sus actividades, razón por la cual a pesar del esfuerzo de APM por continuar brindando un servicio regular, las operaciones de carga/descarga fueron afectadas.
- iv.- El impacto y consecuencias derivadas de la propagación del COVID-19 resultaron imposibles de prever, siendo que el mayor ausentismo de trabajadores ocurrió en el segundo trimestre del 2020, periodo que comprende el tiempo en el que la nave SERENE JESSICA se encontraba atracada en el terminal portuario; lo que sucedió debido al incremento del personal de estiba contagiado por COVID-19, entre otros factores.
- v.- APM no es responsable de organizar la disponibilidad de los trabajadores portuarios, pues de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento de la Ley del Trabajo Portuario, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2004-TR, en cada puerto deberá existir un Registro abierto, libre y voluntario de Trabajadores Portuarios. En tal sentido, APM no puede obligar a los trabajadores portuarios a activar su disponibilidad en el Registro, pues ello es optativo y a discreción de los trabajadores portuarios.
- vi.- A modo de ejemplo sobre la situación ocurrida, adjunta el Acta de Verificación de Trabajadores del 08 de junio del 2020, en la cual la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) indicó que se realizó un recorrido en las instalaciones del terminal portuario, verificando que los trabajadores pertenecientes al sindicato Sindicato Único de Trabajadores Portuarios de Puerto del Callao (SUTRAMPORC) no se encontraban realizando trabajo alguno.
- vii.- La imposición de una obligación resarcitoria a quien está mejor provisto económicamente ("*deep pocket*"), distribuye los costos de los daños prescindiendo de las reglas vigentes en materia de responsabilidad civil, vulnerando el principio de legalidad que establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho.
- viii.- Asimismo, en ningún caso puede considerarse que los efectos derivados de la propagación del COVID-19 son riesgos naturales propios de operar una infraestructura portuaria.
- ix.- De otro lado, durante la ejecución de las operaciones existieron demoras no imputables a APM, las cuales también influyeron en la prolongación de la estadía de la nave en el terminal portuario, tales como falta de camiones, el tiempo empleado en la reparación del sistema hidráulico por fuga de hidrolina y la presencia de carga húmeda.
- x.- En ningún momento señaló que el descuento de horas a cobrar realizado al servicio de uso de amarradero, resultó consecuencia de la inejecución de alguna de sus obligaciones. Por el contrario, el objetivo de APM al reducir las horas a cobrar por el servicio de uso de amarradero, configura una acción voluntaria para mitigar los



efectos negativos causados por la pandemia y las restricciones dictadas por el Estado.

8. Con fecha 20 de abril de 2021, QUIMPAC presentó un escrito reiterando lo expuesto a lo largo del procedimiento.
  9. Con fecha 30 de abril de 2021, APM presentó un escrito reiterando lo expuesto a lo largo del procedimiento, agregando lo siguiente:
    - i.- En ningún caso puede considerarse al COVID-19 como un riesgo usual para cualquier industria. Inclusive la industria de seguros, cuyo negocio ordinario es estimar riesgos, se vio obligada a adaptar sus pólizas para atender circunstancias asociadas al COVID-19. Lo cierto es que ninguna empresa, institución pública o privada, organización no gubernamental, gobierno u organismo multilateral pudo estimar los efectos derivados del COVID-19.
    - ii.- El Decreto Supremo N° 044-2020-PMC que declaró el Estado de Emergencia Nacional por 15 días calendario por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, fue publicado el 15 de marzo de 2020. A partir del día siguiente, APM tomó las acciones pertinentes a efectos de enfrentar la situación. En ese sentido, no se le podría exigir tomar acciones de manera retroactiva, ni anticipar una situación cuyas dimensiones hasta hoy son desconocidas.
    - iii.- Resulta imposible anticiparse a las medidas adoptadas por cada Gobierno para enfrentar la COVID-19. A modo de ejemplo, las medidas adoptadas por los Estados Unidos, Australia y Perú durante la pandemia fueron tan diferentes que difícilmente podrían encontrarse estrategias comunes.
    - iv.- Lo antes indicado no es ajeno al usuario, pues de los estados financieros separados del 31 de diciembre de 2020 y 31 de diciembre de 2019 de la empresa QUIMPAC, auditados por PricewaterhouseCoopers (PWC) y disponibles en la página web de la Superintendencia de Mercado de Valores, se advierte que para el usuario, los impactos de la pandemia son desconocidos pese a que también forma parte de un grupo económico y cuentan con presencia internacional.
  10. El 14 de noviembre de 2023, se realizó la respectiva Audiencia de Vista de la Causa, quedando la causa al voto.
  11. El 17 de noviembre de 2023, QUIMPAC y APM presentaron sus alegatos finales, reiterando lo señalado a lo largo del procedimiento.
- II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:**
12. Las cuestiones en discusión son las siguientes:
    - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 2 de APM.
    - ii.- Determinar si APM es responsable de los sobrecostos alegados por QUIMPAC.



### III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

13. La materia del presente procedimiento versa sobre la atribución de responsabilidad que QUIMPAC imputa a APM por los sobrecostos generados como consecuencia de las presuntas deficiencias en el servicio recibido en la asignación de amarradero, situación prevista como un supuesto de reclamo por calidad en el servicio y daños en los numerales 1.5.3.2 y 1.5.3.3 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de APM<sup>2</sup>, (en adelante, el Reglamento de Reclamos de APM) y en los literales c) y d) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN<sup>3</sup> (en adelante, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo<sup>4</sup>, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
14. De conformidad con el artículo 3.1.2 del Reglamento de Reclamos de APM<sup>5</sup>, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN<sup>6</sup>, el plazo que tiene el usuario

<sup>2</sup> **Reglamento de Reclamos de APM**

"1.5.3 Materia de Reclamos  
(...)

1.5.3.2 La calidad y oportuna prestación de los servicios que brinda APM TERMINALS CALLAO S.A. derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA.

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".

<sup>3</sup> **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios 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.  
(...)"

<sup>4</sup> **Reglamento de Reclamos 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".

<sup>5</sup> **Reglamento de Reclamos de APM**

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

<sup>6</sup> **Reglamento de Reclamos de 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".



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.

15. Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
  - i.- La Resolución N° 2 fue notificada a QUIMPAC el 17 de setiembre de 2020.
  - ii.- El plazo máximo que tuvo para interponer el recurso de apelación venció el 8 de octubre de 2020.
  - iii.- QUIMPAC apeló con fecha 8 de octubre de 2020, es decir, dentro del plazo legal.
16. Por otro lado, como se evidencia del recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas y valoración de los hechos, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG)<sup>7</sup>.
17. 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

#### **Cuestión previa**

18. Mediante escritos de fechas 8 y 9 de noviembre de 2023, APM y QUIMPAC respectivamente, solicitaron informar oralmente ante este Tribunal los argumentos de su defensa en el presente procedimiento administrativo.
19. Sobre el particular, cabe señalar que a lo largo del procedimiento, tanto en su primera como segunda instancia, ambas partes han expuesto los fundamentos de su defensa así como presentado diversos documentos en calidad de medios probatorios.
20. Atendiendo a lo expuesto, este Tribunal aprecia que en base a la documentación presentada y los argumentos planteados por las partes, se cuenta con elementos de juicio suficientes para resolver la materia en controversia con plena convicción.
21. En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 60 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN<sup>8</sup>, corresponde la denegatoria del pedido de informe oral formulado por APM y QUIMPAC.

<sup>7</sup> **TUO de la LPAG**

***“Artículo 220.- Recurso de apelación***

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

<sup>8</sup> **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

***“Artículo 60.- Procedimiento y plazos aplicables***

*(...)*

*La notificación de la fecha para la vista de la causa deberá realizarse con una anticipación no menor de cinco (5) días a la fecha de su realización y de ser el caso, la solicitud de informe oral deberá presentarse con una anticipación no menor a tres (3) días a la fecha de su realización, la cual será concedida por el Tribunal de Solución de Controversias de considerar oportuno y necesario contar con elementos de juicio adicionales para la emisión de su pronunciamiento; caso contrario, procederá a resolver la apelación con los medios probatorios presentados por las partes a lo largo del procedimiento (...).”*

**Respecto a la calidad en la prestación del servicio**

22. De acuerdo con lo establecido en el artículo 8.19 del Contrato de Concesión que APM suscribió con el Estado peruano<sup>9</sup>, APM deberá prestar obligatoriamente a todo usuario que lo solicite, el servicio estándar, el cual incluye todas las actividades operativas y administrativas necesarias para llevar a cabo el embarque o descarga de mercancías, entre las cuales se encuentra la descarga de mercadería de la nave. En efecto, el referido artículo 8.19 señala lo siguiente:

**“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.*  
(...).

[El subrayado es nuestro]

23. Como se puede apreciar, dicha obligación comprende todos los actos necesarios desde el amarre de la nave hasta la salida de la mercadería del terminal portuario, lo que implica que dicho servicio sea prestado cumpliendo con las especificaciones de calidad establecidas en el Contrato de Concesión<sup>10</sup>, así como con lo previsto en el artículo 11 de la Resolución de Consejo Directivo N° 035-2017-CD-OSITRAN que aprueba el Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público (en adelante, el Reglamento de Usuarios), que establece lo siguiente:

**“Artículo 11.- Obligaciones de las Entidades Prestadoras**

*Sin perjuicio de las obligaciones establecidas en otras normas vigentes o en los respectivos contratos de concesión, son obligaciones de toda Entidad Prestadora las siguientes:*

(...)

- a. Prestar servicios con las especificaciones de calidad y cobertura establecidas en los respectivos contratos de Concesión y, de ser el caso, en el marco normativo vigente y disposiciones del OSITRAN.

[El subrayado es nuestro]

**“Artículo 220.- Recurso de apelación**

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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> **Contrato de Concesión suscrito entre APM y el Estado Peruano**

(...)

**DEFINICIONES**

(...)

**1.23.72. Niveles de Servicio y Productividad**

*Son aquellos indicadores mínimos de calidad de servicio y de capacidad que la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá lograr y mantener durante la Explotación del Terminal Norte Multipropósito, según se especifica en el Anexo 3.*

(...).



24. Ahora bien, 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 referido terminal portuario, 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”.*

25. Como se desprende de lo antes señalado, 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 de los usuarios. Dichos procedimientos se encuentran regulados en el Reglamento de Operaciones de APM, documento aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional, (en adelante, APN) mediante Resolución de Gerencia General N° 358-2016-APN/GG.

26. En ese contexto, el Reglamento de Operaciones de APM señala en su artículo 7 que “es responsabilidad de APMTC planificar, coordinar, comunicar y ejecutar las operaciones, así como identificar, ubicar y custodiar la carga al interior del Terminal Portuario, de acuerdo a los estándares establecidos en el Contrato de Concesión. Asimismo, es responsable de gestionar adecuada y oportunamente los recursos humanos, espacios y equipamiento portuario, disponibles para las operaciones a realizar dentro del Terminal Portuario.”

27. En el artículo 62 del mencionado Reglamento de Operaciones de APM se establece:

*“Artículo 62.- La planificación de las operaciones portuarias se llevará a cabo a fin de organizar, coordinar, asignar y controlar los recursos de APMTC para las operaciones que sean solicitadas por los Usuarios.*

*Contempla las siguientes acciones de cargo de APMTC:*

- 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 la cantidad de equipos, cuadrillas de estibadores y determinar el número de jornadas a emplear para cada Nave en base a la información que el usuario debe remitir de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento. La cantidad de jornadas que tomará la operación puede variar de acuerdo a las condiciones de estiba y de la Carga que se adviertan durante las operaciones, así como de las condiciones de la nave y de las grúas de la misma.*
- e.- Planear la asignación de zonas de almacenamiento.*
- f.- Programar la recepción y el despacho de la carga”.*

[El subrayado es nuestro]

28. En tal sentido, se desprende que APM tiene la obligación de planificar la asignación de los amarraderos, equipos, cuadrillas de estibadores, zonas de almacenamiento, entre otros; debiendo la Entidad Prestadora disponer las medidas que correspondan frente a los



usuarios respecto de los hechos o circunstancias que pudieran afectar el normal desarrollo de las actividades portuarias, a fin de garantizar la calidad de los servicios que presta dentro de los parámetros establecidos en el Contrato de Concesión, reglamentos y disposiciones vigentes.

### **Respecto de la probanza de los daños**

29. Sobre este extremo, es importante recalcar que el Reglamento de Usuarios, establece lo siguiente:

***“Artículo 7.- Derechos del Usuario.-***

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

*(...)*

***j) A la reparación de daños.***

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

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

30. De acuerdo a lo antes citado, se aprecia que la reparación de los daños provocados a los usuarios con ocasión de los servicios brindados es un derecho reconocido a éstos.
31. Ahora bien, a fin de definir y establecer la responsabilidad por daños, corresponde remitirnos a las reglas establecidas en el Código Civil.
32. Al respecto, el artículo 1321 del Código Civil señala lo siguiente:

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

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

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

[El subrayado y resaltado es nuestro]

33. Como se desprende del párrafo anterior, procede el resarcimiento por 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.
34. Es importante precisar que al estar APM obligada a brindar el servicio estándar, tiene el deber de guardar la diligencia debida en las operaciones que realice dentro del terminal portuario a fin de que estas sean efectuadas correctamente, sin generar daños a sus usuarios.
35. En este punto es importante considerar que el artículo 1331 del Código Civil prescribe que “la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de una obligación, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. En tal sentido, en el presente caso, a efectos de determinar que APM no cumplió con su labor de diligencia en la



prestación de sus servicios, debió de probar que los daños se produjeron en el terminal portuario.

36. En esa misma línea, el numeral 2 del artículo 173 de la Ley del TUO de la LPAG<sup>11</sup> señala que corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustentan sus alegaciones.

#### **Sobre los sobrecostos alegados por QUIMPAC**

37. En el presente caso, QUIMPAC atribuyó responsabilidad a APM por los sobrecostos en los que alegó haber incurrido como consecuencia de las deficiencias en el servicio brindado durante la descarga de la nave SERENE JESSICA, al haberse interrumpido dicha operación por la falta de personal de estiba de esta última.
38. APM manifestó que no asignó con normalidad personal de estiba durante la descarga de la nave SERENE JESSICA debido a la pandemia del COVID-19, las normas dictadas por el Gobierno para frenar su propagación y trabajadores contagiados con dicho virus. Añadió que estas situaciones calificaban como eventos de fuerza mayor o caso fortuito de naturaleza extraordinaria, imprevisibles e irresistibles; razón por la cual no resultaba responsable de los sobrecostos reclamados por el usuario.
39. Cabe señalar que APM no ha cuestionado la existencia de interrupciones durante las operaciones de descarga de la nave SERENE JESSICA por falta de personal de estiba, no siendo este un punto controvertido en el presente procedimiento.
40. Siendo ello así, corresponde analizar si en el presente caso APM resulta responsable por los sobrecostos en los que habría incurrido QUIMPAC.
41. Ahora bien, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2020, el Gobierno declaró el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectaron la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, disponiéndose el correspondiente aislamiento social obligatorio (cuarentena) durante los meses de marzo a junio del año 2020, lo que paralizó y suspendió muchas actividades productivas y económicas a nivel nacional.
42. No obstante, las actividades vinculadas con el transporte de carga y mercancías en el ámbito portuario, fueron consideradas dentro de las excepciones a la inmovilización social obligatoria mencionada, con la finalidad de asegurar la prestación de los servicios y actividades de la cadena logística para el abastecimiento de productos en el territorio nacional. En efecto, el Decreto Supremo N° 046-2020-PCM, publicado el 18 de marzo de 2020, dispuso expresamente en su numeral 4.2, lo siguiente:

#### ***“Artículo 4.- Limitación al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas***

*(...) 4.2 Se dispone la inmovilización social obligatoria de todas las personas en sus domicilios desde las 20.00 horas hasta las 05.00 horas del día siguiente, excepto*

<sup>11</sup> **TUO de la LPAG**

#### **Artículo 173.- Carga de la prueba**

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

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



*del personal estrictamente necesario que participa en la prestación de los servicios de abastecimiento de alimentos, salud, medicinas, la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustibles, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos, servicios funerarios, y transporte de carga y mercancías y actividades conexas, según lo estipulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (...)*”.

[Subrayado agregado]

43. Sin perjuicio de ello, en atención a la situación de pandemia y aislamiento social obligatorio ordenados de manera general, mediante Informe N° 00317-2020-JCP-GSF-OSITRAN<sup>12</sup>, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN, opinó favorablemente respecto a la suspensión de la obligación contractual solicitada por el Concesionario, referida a la prestación continua de servicios durante las 24 horas del día, en lo que respecta a la atención en balanza, en los siguientes períodos:

**Cuadro 1: Detalle de los periodos de suspensión de la obligación contractual de APM**

PERÍODO	INICIO	TÉRMINO	DURACIÓN
1	8 de abril de 2020 a las 17:00 horas	8 de abril de 2020 a las 22:00 horas	5 horas
2	8 de abril de 2020 a las 23:00 horas	9 de abril de 2020 a las 01:00 horas	2 horas
3	11 de abril de 2020 a las 15:00 horas	11 de abril de 2020 a las 23:00 horas	8 horas

Fuente: Elaboración propia a partir de la información contenida en el Informe N° 00317-2020-JCP-GSF-OSITRAN.

44. Asimismo, mediante Oficio 2753-2021-MTC/19<sup>13</sup>, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones brindó respuesta a la solicitud de suspensión de obligaciones presentadas por APM, manifestado lo siguiente:

*“(...) se emite opinión favorable respecto a la suspensión de las siguientes obligaciones para el período que corresponde al segundo trimestre (meses de abril, mayo y junio) del año 2020:*

- *Cumplimiento de Niveles de Servicio y Productividad de graneles sólidos (400 Tn/H)*
- *Cumplimiento de Niveles de Servicio y Productividad fertilizantes (300 Tn/H)*”.

45. En tal sentido, se verifica que, producto de la ocurrencia de la pandemia y consecuente aislamiento social obligatorio (cuarentena), el Gobierno y el OSITRAN han reconocido su naturaleza de evento de fuerza mayor, y como consecuencia, contemplado medidas de excepción en el sector correspondiente al transporte de carga y mercancías. Entre ellas está la suspensión de la obligación de APM referida a la prestación continua de servicios, en lo que respecta a la atención en balanza, prevista en el Contrato de Concesión (las 24 horas del día los 364 días del año) durante días puntuales; así como la suspensión de su obligación de cumplimiento de niveles de servicio y productividad, también prevista en el referido contrato durante un trimestre puntual (segundo trimestre del año 2020).

<sup>12</sup> El Informe N° 00317-2020-JCP-GSF-OSITRAN fue presentado por APM en el Expediente N° 112-2020-TSC-OSITRAN.

<sup>13</sup> El Oficio 2753-2021-MTC/19 fue presentado por APM en el Expediente N° 112-2020-TSC-OSITRAN, el mismo que cuenta con pronunciamiento del TSC, mediante Resolución N° 1 de fecha 20 de setiembre de 2021.



46. Consecuentemente, se constata que el Estado ya había concedido a APM algunas excepciones a sus obligaciones relacionadas a las operaciones en el terminal portuario previstas en el Contrato de Concesión, las cuales se han detallado en los párrafos precedentes, facilitando el desarrollo de dichas operaciones en el contexto de las dificultades propias de la expansión de la pandemia y de las medidas de aislamiento social dictadas por el gobierno.
47. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, de acuerdo a lo manifestado por QUIMPAC, la operación de descarga de la nave SERENE JESSICA se produjo desde el 19 mayo de 2020 en adelante, razón por la cual la suspensión de la obligación contractual referida a la prestación continua de servicios, en lo que respecta a la atención de balanza, durante las 24 horas prevista para los días 8, 9 y 11 de abril de 2020, no incidió en las operaciones a cargo de APM.
48. En lo que respecta a la suspensión de la obligación del cumplimiento de niveles de servicio y productividad, cabe señalar que dicha obligación de la Entidad Prestadora establecida en el Contrato de Concesión vincula contractualmente a APM con el Estado, siendo este quien las supervisa por intermedio de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN.
49. En tal sentido, los sobrecostos o perjuicios que surjan a consecuencia de la suspensión de las obligaciones de la Entidad Prestadora frente al Estado no pueden trasladarse a los usuarios, en la medida que estos no resultan en absoluto responsables; entender lo contrario, significaría otorgar un doble beneficio a la Entidad Prestadora, pues por un lado quedaría exento de responsabilidad por el incumplimiento y, por otro lado, seguiría percibiendo importes por contingencias no atribuibles a los usuarios.
50. En relación al comunicado del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE), mediante el cual la Entidad Prestadora alegó que la declaratoria de estado de emergencia nacional constituiría una situación de fuerza mayor que afectaría el cumplimiento de las obligaciones de los contratos celebrados entre el contratista y la entidad contratante; cabe señalar que dicho comunicado hace referencia, más bien, a la relación y obligaciones de las empresas contratistas ante el Estado, en lo que respecta a la provisión de bienes y servicios; situación distinta a la que se aborda en el presente procedimiento, en el cual se analizan la relación y obligaciones de la Entidad Prestadora, como concesionaria de la infraestructura portuaria, ante los usuarios de los servicios que presta. En tal sentido, corresponde desestimar este argumento de la Entidad Prestadora.
51. En este punto, cabe recordar que el numeral 8.1 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión<sup>14</sup>, establece que APM tiene entre sus prerrogativas adoptar las decisiones que considere más convenientes para la adecuada operación y funcionamiento del terminal portuario, entre ellas, la de emitir sus políticas comerciales y operativas, razón por la cual no solo se presenta como una Entidad Prestadora de servicios, sino además como la administradora del terminal portuario, habiendo establecido en su Reglamento de

<sup>14</sup> **Contrato de Concesión**

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 (...).

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tiene el 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."



Operaciones procedimientos debidamente determinados para la correcta atención de la mercancía de los usuarios.

52. Como administradora del terminal portuario, APM tiene la potestad de destinar recursos, coordinar y realizar todo tipo de acciones que estime necesarias de manera autónoma, entregándole el Contrato de Concesión en su cláusula 8.2<sup>15</sup>, la facultad de gestionar el terminal de la manera que más le resulte conveniente, respetando, claro está, sus obligaciones contractuales, así como las normas legales vigentes.
53. Por ello, resulta obligación de APM resguardar que la operación de desembarque culmine de conformidad con las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión. En atención a lo expuesto, se entiende que era APM quien debía planificar la asignación de cuadrillas de estibadores, disponiendo las medidas que correspondieran frente a los usuarios respecto de los hechos o circunstancias que pudieran afectar el normal desarrollo de las actividades portuarias, a fin de garantizar la calidad de los servicios que presta, incluso dentro del contexto de la pandemia y las medidas de distanciamiento social, por cuanto seguía siendo la encargada de la gestión del terminal portuario y responsable de las operaciones que presta a sus usuarios.
54. En ese contexto, de acuerdo con lo previsto en el Contrato de Concesión, es responsabilidad de la Entidad Prestadora realizar la planificación de las operaciones considerando los recursos con los que cuenta, esto es, adoptando las medidas correspondientes de acuerdo a la magnitud de la operación y las circunstancias y contingencias sobrevinientes—lo que involucra la utilización de cuadrillas de estibadores— todo ello a través del Plan de Trabajo que elabora la Entidad Prestadora. Consecuentemente, responde frente a los usuarios respecto de cualquier hecho, circunstancia o contingencia que pudiera afectar el desarrollo de las actividades portuarias.
55. Si bien APM alegó que no podía considerarse que los efectos derivados de la propagación del COVID-19 fueran riesgos naturales propios de operar una infraestructura portuaria, cabe señalar que aun cuando la propagación de la pandemia y las medidas dictadas por el gobierno, no resultan imputables a ninguna de las partes (concesionario o usuario), los riesgos (y consecuentes efectos) de estas, deben ser asumidos por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumir o minimizar su ocurrencia<sup>16</sup>, lo que implica reducir los efectos o consecuencias negativas en caso dichos riesgos se presenten.
56. Al respecto, cabe recordar lo señalado por Kerf: “*Los actos de Dios son parte de los riesgos inevitables de la actividad empresarial. Por lo general deben ser asumidos por el operador*”<sup>17</sup>. En el presente caso, si bien la pandemia del COVID 19 y las medidas extraordinarias dictadas por el Gobierno Central para hacerle frente afectaron el normal desarrollo de las operaciones portuarias, califican como eventos de fuerza mayor cuyo riesgo de ocurrencia debe ser asumido por el Concesionario.

<sup>15</sup> **Contrato de Concesión**

8.2. 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.

<sup>16</sup> Sobre el particular se pueden tomar como referencia los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de Contrato de Concesión.  
[http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/LINEAMIENTOS\\_DE\\_OSITRAN/ANEXO\\_LINEAMIENTOS\\_CONTRATOS](http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN/ANEXO_LINEAMIENTOS_CONTRATOS).

<sup>17</sup> “Acts of God are part of the unavoidable risks of doing business. They should normally be borne by the operator” (traducción libre). Kerf, Michael y otros, Concessions for infrastructure: A guide to their design and award, World Bank, 1998, p. 90.



57. En esa línea, los usuarios de la infraestructura no tienen incidencia ni responsabilidad alguna respecto de la asignación de personal de estiba para las operaciones portuarios, posicionándose como beneficiario del servicio que brinda el Concesionario, razón por la cual es la Entidad Prestadora quien tiene la potestad exclusiva de planificar la asignación de cuadrillas de estibadores disponiendo de las medidas que correspondieran frente a los usuarios respecto de los hechos, circunstancias o contingencias que pudieran afectar el normal desarrollo de las actividades portuarias.
58. En ese sentido, el operador de la infraestructura, en su calidad de prestador del servicio, es quien se encuentra en mejores condiciones de asumir los riesgos derivados de la falta temporal de personal de estiba como consecuencia de la pandemia, más allá de su carácter extraordinario.
59. Teniendo en cuenta lo indicado, las consecuencias de la falta de personal por la propagación de la pandemia del COVID-19 y las medidas dictadas por el gobierno, no pueden ser trasladadas a los usuarios, de modo que sean estos quienes asuman los costos adicionales en los que puedan incurrir producto de tales eventos, en la medida que, a diferencia de la Entidad Prestadora, el usuario ni es responsable de la gestión del puerto ni tuvo posibilidad alguna de gestionar las contingencias ocurridas.
60. Cabe recordar que en anteriores resoluciones, en las cuales los usuarios han alegado las circunstancias de la pandemia del COVID 19, como justificante para no asumir los costos de uso de área operativa del terminal portuario al no llegar a recoger oportunamente sus mercancías oportunamente (antes de vencido el periodo de 48 horas de libre almacenamiento); este Tribunal consideró que en la medida que no se habían acreditado deficiencias en el servicio brindado por la Entidad Prestadora, era el usuario quien debía asumir dichos costos, resaltando que toda la esfera de dominio en lo referente a las acciones de recojo de la mercancía, estaba precisamente en dichos usuarios, y no en la Entidad Prestadora<sup>18</sup>.
61. Finalmente, APM manifestó que durante la ejecución de las operaciones existieron demoras que no le resultaban imputables, las cuales habrían influido también en la prolongación de la estadía de la nave en el terminal portuario. Como sustento de ello, presentó dos correos electrónicos enviados al usuario el 2 y 10 de junio de 2020, mediante los cuales habría reportado falta de camiones, la reparación del sistema hidráulico por fuga de hidrolina y la presencia de carga húmeda.
62. Sobre el particular, cabe señalar que los referidos correos electrónicos no consignan el tiempo que las operaciones de descarga se vieron afectadas por los hechos alegados por APM, ni fundamentalmente que estos fueran la causa que originó la permanencia de la nave SERENE JESSICA más tiempo del esperado en el terminal portuario.
63. Consecuentemente, en atención a lo señalado a lo largo de la presente resolución, APM resulta responsable de la paralización de las operaciones de descarga de la nave SERENE JESSICA, correspondiendo declarar fundado el presente extremo del reclamo.
64. Sin perjuicio de lo señalado, corresponde verificar a continuación si como consecuencia de las deficiencias en el servicio brindado, lo que su vez ocasionó un daño traducido en la mayor permanencia de la nave en el terminal portuario, se han acreditado fehacientemente los sobrecostos que el usuario alega debe reembolsarle APM.

<sup>18</sup> Expedientes 71, 72, 73 y 74-2020-TSC-OSITRAN.



65. Conforme se ha indicado precedentemente, QUIMPAC solicitó que APM se hiciera responsable del pago por concepto de *Demurrage*, penalidad aplicable por el dueño de la nave al contratante del servicio de transporte, al haber excedido el tiempo acordado para la carga o descarga de mercadería en el terminal portuario.
66. Ahora bien, de la revisión del expediente se aprecia que obra el documento denominado *Lay time Calculation* (Cálculo de tiempo) remitido por la línea naviera a QUIMPAC, en el cual se detalla que la nave SERENE JESSICA permaneció un periodo de tiempo de 24 días, 13 horas y 23 minutos en exceso (*Demurrage*) en el terminal portuario del Callao.
67. Cabe señalar que si bien APM no participa de la relación contractual entre el armador, fletador y consignatario de la carga, ello no la exime de responsabilidad respecto de los costos o penalidades que puedan surgir entre dichas partes, si los mismos se presentaran como consecuencia de alguna deficiencia en el servicio brindado por aquella.
68. En efecto, si como ocurre en el presente caso, los sobrecostos incurridos fueron consecuencia directa de una actividad brindada por APM, esta resultaría responsable aun cuando no forme parte de la relación jurídica entre la nave y el consignatario.
69. 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 impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido*”<sup>19</sup>.
70. En tal sentido, se desprende que los daños no solo incluyen la lesión sufrida, *per se*, sino todos aquellos impactos negativos ocurridos, siempre y cuando se verifique que devienen del mismo hecho dañoso.
71. En ese sentido, teniendo en cuenta que la demora en la descarga de la nave SERENE JESSICA se generó por la deficiente prestación del servicio brindado por APM, consecuencia de lo cual la referida nave permaneció más tiempo del programado en el terminal portuario, incurriendo en el sobrecosto por concepto de penalidad de *demurrage* ante el dueño de la nave, el referido sobrecosto materia de reclamo resulta atribuible a APM.
72. Cabe precisar que, si bien APM resulta responsable del sobrecosto por concepto de *Demurrage*, el monto o cuantía deberá de determinarse con arreglo a lo previsto en el literal j) del artículo 7 del Reglamento de Usuarios<sup>20</sup>, esto es, por acuerdo entre las partes, por vía judicial o arbitral, correspondiendo que APM se comunique con el usuario.

<sup>19</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de la Responsabilidad Civil”. Tercera Edición. Editora Gaceta Jurídica. Lima Perú.

<sup>20</sup> **Reglamento de Usuarios**

**“DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO**

**Artículo 7.- Derechos de los Usuarios**

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

(...):

**j. A la reparación de daños**

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

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



73. En atención a lo expuesto, corresponde revocar la Resolución N° 2 emitida por APM, en tanto resulta responsable de los sobrecostos en los que incurrió el usuario por concepto de *Demurrage*.
74. Finalmente, QUIMPAC alegó que APM también resultaba responsable de cualquier otro sobrecosto que pudiera derivarse de la deficiente prestación de los servicios brindados por la Entidad Prestadora; sin embargo, a lo largo del procedimiento no ha detallado ni acreditado con medio probatorio alguno la existencia de los sobrecostos adicionales a los que hizo referencia, además del *Demurrage*. En ese sentido, corresponde desestimar lo solicitado por el usuario en este extremo, sin perjuicio de lo cual, tiene expedito su derecho de acudir a la vía jurisdiccional a fin de formular dicha pretensión, de considerarlo necesario.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN<sup>21</sup>;

#### SE RESUELVE:

**PRIMERO.- REVOCAR** la Resolución N° 2, emitida en el expediente N° APMTC/CL/0184-2020 y, en consecuencia, declarar **FUNDADO EN PARTE** el reclamo presentado por QUIMPAC S.A., en el extremo referido a los sobrecostos por concepto de *demurrage*, cuya cuantía deberá de determinarse con arreglo a lo previsto en el literal j) del artículo 7 del Reglamento de Usuarios<sup>22</sup>; esto es, por acuerdo entre las partes, por vía judicial o arbitral, correspondiendo que la Entidad Prestadora se comunique con el usuario, desestimando el extremo referido a los otros sobrecostos alegados que pudieron derivarse de la deficiente prestación del servicio brindado por APM TERMINALS CALLAO S.A.

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

<sup>21</sup> **Reglamento de Reclamos de 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; y,*
- 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".*

<sup>22</sup> **Reglamento de Usuarios**

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

**Artículo 7.- Derechos de los Usuarios**

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

*(...)*

**j. A la reparación de daños**

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

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



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS  
EXPEDIENTE N° 156-2020-TSC-OSITRAN  
RESOLUCIÓN N° 00056-2023-TSC-OSITRAN

**TERCERO.- NOTIFICAR** a QUIMPAC 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](http://www.ositran.gob.pe)).

**Con la intervención de los señores vocales José Carlos Velarde Sacio, Humberto Ángel Zúñiga Schroder, Santos Grimanés Tarrillo Flores y Ernesto Luciano Romero Tuya.**

**JOSÉ CARLOS VELARDE SACIO  
PRESIDENTE  
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS  
OSITRAN**

NT: 2023140528

*Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico firmado digitalmente, archivado por el OSITRÁN, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://servicios.ositran.gob.pe:8443/SGDEntidades/login.jsp>*

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su Reglamento y modificatorias. La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: <https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>