



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 87-2017-TSC-OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

EXPEDIENTE N° : 87-2017-TSC-OSITRAN
APELANTE : CMA CGM PERÚ S.A.
ENTIDAD PRESTADORA : APM TERMINALS CALLAO S.A.
ACTO APELADO : Resolución N° 2 del expediente APMTC/CL/96-2017
RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 24 de abril de 2019

SUMILLA: *Corresponde revocar la resolución recurrida, en la medida que el usuario ha acreditado que la Entidad Prestadora resulta responsable de los daños ocurridos a la mercadería del usuario como consecuencia de una deficiente prestación en el servicio de embarque de contenedores.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por CMA CGM PERÚ S.A. (en adelante, CMA o la apelante) contra la Resolución N° 2 emitida en el expediente N° APMTC/CL/96-2017 (en lo sucesivo, Resolución N° 2), por APM TERMINALS CALLAO S.A. (en adelante, APM o la Entidad Prestadora);
Y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.- El 27 de febrero de 2017, CMA presentó un reclamo contra APM solicitando se hiciera responsable por daños ocasionados a la mercadería transportada en el contenedor N° CGMU4956949; señalando lo siguiente:
 - i. El 28 de diciembre de 2016 arribó al puerto de Valencia la nave POMERENIA SKY, detectándose que el contenedor refrigerado N° CGMU4956949 no se encontraba conectado al suministro de energía, dañándose la mercancía (cebollas) contenida en el referido contenedor.
 - ii. El contenedor refrigerado N° CGMU4956949 se encontró desenchufado un mes, debido a que fue ubicado en una posición incorrecta, en el cual resultaba imposible que fuera conectado al suministro de energía.



- iii. Debido a que el contenedor fue manejado por APM de manera negligente, la mercancía se encontraba completamente dañada.
 - iv. CMA recibió una reclamación por USD 15 889.94 por parte del propietario de la carga, HNOS APARICI ROSA S.L.; no obstante, el daño a la mercadería fue ocasionado por el manejo negligente del contenedor por parte de APM.
 - v. Responsabilizan a APM por el daño ocasionado a la mercadería de HNOS APARICI ROSA S.L., así como por cualquier reclamación que se pueda presentar contra CMA debido al daño mencionado anteriormente.
4. Mediante Resolución N° 1, notificada a CMA el 7 de abril de 2017, APM declaró infundado el reclamo argumentando lo siguiente:
- i.- De acuerdo con su Reglamento de Operaciones, el servicio de embarque de contenedores se circunscribe a la estiba, manipuleo y trinca de contenedores, no incluyendo la actividad de conexión al suministro de energía a contenedores cuando estos son embarcados en la nave.
 - ii.- La aprobación de la ubicación de los contenedores en la nave corresponde al personal de la nave, pues son quienes conocen la ubicación exacta de las tomas de energía, siéndole posible determinar si la ubicación del contenedor que requería suministro de energía era la adecuada según sus características.
 - iii.- De los documentos adjuntos por CMA no se advierte comunicación alguna mediante la cual el usuario indique a APM que la posición planteada no era idónea por no contar con suministro de energía.
 - iv.- No existe comunicación alguna de CMA en la cual se solicite el cambio de posición por falta de energía; ocurriendo que con la firma del Plan Final de embarque por parte del primer oficial de la nave en señal de conformidad se evidencia que APM actuó de acuerdo a todos los requerimientos efectuados por CMA.
5. Con fecha 3 de mayo de 2017, CMA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1 de APM señalando lo siguiente:
- i. El Planner de APM no siguió las instrucciones enviadas por el Planner de CMA, cambiando unilateralmente la posición de estiba del contenedor refrigerado CGMU4956949 de la posición 26.01.04 a la posición 26.01.02, siendo estibado al fondo de la bodega donde no existe toma de energía.
 - ii. El Planner de APM no solicitó autorización alguna al Planner de CMA, a la nave o al área de operaciones de CMA para el cambio de posición de estiba del contenedor.



- iii. En virtud de ello, y contrariamente a las instrucciones de CMA, no se pudo tomar las acciones necesarias y debidas a efectos de prevenir los daños a la mercancía.
 - iv. APM es la responsable por los daños ocurridos a la mercancía debido a que estibarón el contenedor en una posición no adecuada, sin haber informado de los cambios realizados durante las operaciones de la nave en el puerto.
6. Mediante Resolución N° 2, notificada a CMA el 31 de mayo de 2017, APM declaró infundado el recurso de reconsideración presentado argumentando lo siguiente:
- i. De los documentos enviados por CMA, se adjunta un reporte emitido desde el puerto de España, en el cual se aprecia la mercadería dañada, con el cual se prueba la existencia del daño.
 - ii. CMA no adjunta comunicación alguna en la cual se advierta que dicha posición para el contenedor CGMU4956949 no contaba con suministro de energía o que el contenedor se colocó en una posición errónea distinta a la inicialmente indicada por CMA.
 - iii. Mediante correo electrónico de fecha 2 de enero de 2017, el capitán de la nave POMERENIA SKY informó a la gerencia de naves de CMA que el referido contenedor embarcado en la posición 26.01.02 fue finalmente conectado a la toma eléctrica ubicada en otra posición.
7. Con fecha 21 de junio de 2017, CMA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2 de APM reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del presente procedimiento; agregando lo siguiente:
- i. Previo al arribo de la nave, mediante correo electrónico de fecha 4 de setiembre de 2016, el Planner de CMA informó a APM las posiciones de estiba en toda la estructura de la nave, indicando cuales tenían conexión para toma de energía para los contenedores *reffer*.
 - ii. CMA cumplió con lo previsto en el Reglamento de Operaciones de APM, proporcionando a la Entidad Prestadora toda la información de la nave POMERENIA SKY.
 - iii. El Planner de APM no siguió las instrucciones enviadas por el Planner de CMA, cambiando unilateralmente la posición de estiba del contenedor refrigerado CGMU4956949 de la posición 26.01.04 a la 26.01.02, siendo estibado al fondo de la bodega donde no existe toma de energía.



- iv. El Planner de APM no solicitó autorización alguna al Planner de CMA, a la nave o al área de operaciones de CMA para el cambio de posición de estiba del contenedor.
 - v. En virtud de ello, y contrario a las instrucciones de CMA, no pudo tomar las acciones necesarias y debidas a efectos de prevenir los daños a la mercancía.
8. El 12 de julio de 2017, APM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC) el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando lo expuesto en la Resolución N° 1.
9. El 7 de enero de 2019 se realizó la audiencia de vista de la causa contando con la participación de ambas partes, las cuales procedieron a informar oralmente sus argumentos. En el referido informe, APM reiteró los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento; agregando lo siguiente:
- i. De acuerdo con su Reglamento de Operaciones, el servicio de embarque de contenedores se circunscribe a la estiba, manipuleo y trinca de contenedores, no incluyendo la actividad de conexión al suministro de energía a contenedores cuando estos son embarcados en la nave.
 - ii. Mediante correo electrónico de fecha 2 de enero de 2017, el capitán de la nave POMERENIA SKY informó a la gerencia de naves de CMA que el referido contenedor embarcado en la posición 26.01.02 fue finalmente conectado a la toma eléctrica ubicada en otra posición.
 - iii. APM sostuvo que el contenedor fue colocado en la posición 26.01.02 y no en la 26.01.04 como inicialmente acordó con CMA, habiendo el capitán de la nave dado su conformidad al momento que firmó el Plan Final de embarque.
10. El 10 de enero de 2019, APM presentó su escrito de alegatos finales reiterando lo expuesto a lo largo del procedimiento; agregando lo siguiente:
- i. CMA no ha demostrado que la mercancía que contenía el contenedor N° CGMU4956949 se encontraba dañada a su arribo al puerto de destino, es decir, no se ha probado el daño alegado.
 - ii. En la audiencia de vista de causa, el representante de CMA señaló que mediante otro correo electrónico, el capitán de la nave rectificó lo señalado en su correo del 2 de enero de 2017; no obstante, de la revisión de lo demás correos electrónicos adjuntados por CMA, no se verifica que el capitán haya negado lo informado en el correo electrónico del 2 de enero de 2017.



- iii. CMA no presentó medio probatorio alguno que acredite que el capitán de la nave protestó el embarque de los contenedores, debiendo de haber advertido los hechos reclamados sobre el embarque del contenedor al momento en que se le comunicó el BAPLIE final¹ de la nave, lo que no sucedió, habiéndose otorgado la conformidad al documento.
- iv. Asimismo, el BAPLIE final también fue comunicado a CMA mediante correo electrónico el 23 de noviembre de 2016 a las 12:19 horas, sin que haya recibido objeción alguna al respecto.

11. En atención al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica del TSC mediante Oficio N° 8-2019-STO-OSITRAN, CMA presentó un correo electrónico en el cual se anexaba el documento en inglés denominado "Receipt, Release and Assignment of Rights", así como su traducción al español; mediante el cual señala se encontraría facultado para reclamar por los daños presuntamente ocasionados a la mercadería de HNOS APARICI ROSA S.L.
12. El 10 de abril de 2019 se realizó una nueva audiencia de vista de la causa, a la cual asistieron los representantes de CMA y APM, quienes procedieron a dar su informe oral reiterando los argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento, quedando la causa al voto.
13. El 15 de abril de 2019, APM presentó un escrito reiterando lo expuesto a lo largo del procedimiento.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

I. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

15. La materia del presente procedimiento versa sobre la atribución de responsabilidad que CMA le imputa a APM por los presuntos daños ocasionados a la mercadería transportada en el contenedor CGMU4956949, situación prevista como un supuesto de reclamo en el numeral 1.5.3.3 del Reglamento de Reclamos de APM² y en el literal d) del artículo 33 del

¹ Documento electrónico en el que se indica la ubicación, categoría, tipo y la posición de los contenedores dentro del buque.

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

³ 1.5.3 Matena de Reclamos



Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹ (en adelante, el Reglamento de Reclamos del 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.

16. 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 quince (15) días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
17. Al respecto, de una revisión del expediente se advierte lo siguiente:
 - i.- La Resolución N° 2 fue notificada a CMA el 31 de mayo de 2017.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo CMA para interponer su recurso de apelación venció el 21 de junio de 2017.
 - iii.- CMA apeló con fecha 21 de junio de 2017, es decir, dentro del plazo legal.
18. De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁶ (TUO de la LPAG), al

(...)

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".

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.

(...)"

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".

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

"3.1.2 Recurso de Apelación

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

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

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

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

"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".



tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la responsabilidad por los daños al usuario como consecuencia de la presunta prestación deficiente de un servicio por parte de APM.

III.2.- CUESTIÓN PREVIA

19. De acuerdo con el *draft* del *Bill of Lading*⁷ y el *Booking Confirmation*⁸, CMA participó como la empresa transportista operadora de la nave POMERENIA SKY, esto es, celebrando con el propietario de la mercadería el contrato para su transporte, en la operación de exportación del contenedor refrigerado N° CGMU4956949 con destino al puerto de Valencia, España⁹.
20. Sobre el particular, cabe recordar que el Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹⁰ define como usuario intermedio de las infraestructuras de transporte de uso público (en adelante, ITUP) a cualquier empresa que las utiliza para brindar servicios a terceros; y como usuario final, a aquel que utiliza los servicios brindados por la Entidad Prestadora o por el usuario intermedio en condición de destinatario final y sin ofrecer sus servicios a terceros.
21. Atendiendo a lo expuesto, las empresas navieras se configuran como usuarios intermedios, pues al igual que los Agentes de Aduanas y Agentes Marítimos, utilizan la infraestructura de transporte a fin de brindar servicios a terceros, completando la cadena logística de transporte, la cual se define como un conjunto de procesos organizados, integrados en una relación de origen – destino, con el objetivo de lograr un adecuado traslado de mercancía y/o traslado de pasajeros¹¹.

⁷ *Conocimiento de embarque: Documento que se emplea en el transporte marítimo. Emitido por el naviero o el capitán del buque, sirve para acreditar la recepción o carga a bordo de las mercancías a transportar, en las condiciones consignadas.*

⁸ *Reserva de espacio: El cargador de la mercadería envía su solicitud de reserva a la naviera o a su agente marítimo con la información del embarque. Tras la revisión por la naviera o su agente se acepta o rechaza la reserva de carga indicando el buque y la fecha prevista de salida.*

⁹ http://www.siicex.gob.pe/siicex/documentosportal/188937685184_2065.pdf del Sistema Integrado de Información de Comercio Exterior (SIICEX)

2.1. Transportista: Porteador Efectivo y Contractual

¿Qué es el transportista?

El Porteador Efectivo, es el transportista marítimo propiamente dicho que celebra el contrato de transporte con el usuario de la mercancía. Cuando se trate de un Armador, Porteador, Naviero, Fletador, Operador de un Buque, ó el Transportador "Shipowner" (el propietario del buque), que contrata el transporte con el porteador efectivo, será considerado como Porteador Contractual.

¹⁰ Reglamento de Reclamo de OSITRAN

"USUARIO: La persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura en calidad de:

1 - Usuario intermedio: Prestador de servicios de transporte o vinculados a dicha actividad y en general, cualquier empresa que utiliza la infraestructura para brindar servicios a terceros.

Son ejemplos de usuarios intermedios, entre otros, los siguientes:

- las líneas aéreas;
- los agentes marítimos,
- los transportistas de carga o pasajeros, por ferrocarril o carretera o utilizando puertos.

Este tipo de usuarios pueden ser operadores secundarios.

2 - Usuario final: Aquel que utiliza de manera final los servicios prestados por una entidad prestadora o por los usuarios intermedios.

Se considera usuario final, entre otros, a:

- Los pasajeros de los distintos servicios de transporte que utilicen la infraestructura en los términos definidos en el Reglamento General del OSITRAN; y,
- Los dueños de la carga"

¹¹ Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN



22. En virtud de lo señalado, CMA en su calidad de naviera operadora de la nave POMERENIA SKY, califica como usuario intermedio, en cuanto brinda servicios de transporte que requieren la utilización de infraestructura de transporte de uso público para completar la cadena logística en una relación origen-destino.
23. En el presente caso, CMA alegó que los daños a la mercadería de propiedad de HNOS APARICI ROSA S.L. ocurrieron como consecuencia de una deficiente prestación del servicio brindado por APM en las operaciones de embarque de la nave POMERENIA SKY, en la medida que la Entidad Prestadora no colocó el contenedor refrigerado Nº CGMU4956949 en la posición correcta dentro de la nave, consecuencia de lo cual no fue conectado a una toma de energía y se dañó la mercadería.
24. HNOS APARICI ROSA S.L., propietario de la mercadería, suscribió el documento denominado "Recepción, Liberación y Cesión de Derechos"¹²; el cual se reproduce a continuación:

"Recepción, Liberación y Cesión de Derechos

(...)

HNOS APARICIO ROSA CL (el librador) por la presente reconoce la aceptación por parte de CMA CGM S.A. (el liberado) el monto de USD 1000 (dólares estadounidenses diez mil solamente), (la suma acordada), como liquidación total y definitiva de todas las reclamaciones relacionadas con lo anterior carro.

El pago de la suma de liquidación se remitirá a la siguiente cuenta bancaria:

(...)

En consideración de este pago, el liberador se compromete a:

(...)

3. Subrogar completamente a CMA CGM SA y sus agentes en todos los derechos de liberación que se desprenden de la reclamación anterior para ejercer cualquier recurso contra cualquier tercero que parezca ser responsable de la pérdida anterior."¹³

[El subrayado es nuestro]

25. Conforme se aprecia del citado documento, HNOS APARICI ROSA S.L., propietario de la mercadería, reconoció que CMA, naviera operadora de la nave POMERENIA SKY, se hizo responsable por los daños ocurridos a su mercadería, subrogándole el derecho de reclamar el resarcimiento correspondiente contra la Entidad Prestadora.

¹² Artículo 3. - Definiciones.

(...)

b) Cadena logística. Es el conjunto de organizaciones y procesos, integrados en una relación de origen - destino, con el objeto de proveer servicios de abastecimiento y distribución de mercancías y/o traslado de pasajeros, que busca optimizar la utilización de los diversos medios de transporte y tipos de infraestructura de transporte (...)"

¹³ Folios 174 y 175

¹⁴ Traducción realizada por CMA.



26. Al respecto, cabe señalar que los artículos 1261 y 1262 del Código Civil recogen la figura de la subrogación convencional como una modalidad del pago de obligaciones conforme a lo cual cuando el acreedor recibe el pago de un tercero este último lo sustituye en sus derechos, la cual se complementa con la figura de la cesión de derechos recogida en el artículo 1206 del mismo cuerpo legal, conforme a la cual un cedente transfiere a un cesionario el derecho de exigir la prestación a cargo de su deudor; tal como se aprecia a continuación:

"Artículo 1261º.-

La subrogación convencional tiene lugar:

1.- Quando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.

(...)

Artículo 1262º.- La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.

Artículo 1206º.- La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.

[El subrayado es nuestro]

27. En virtud al artículo 1208 del mismo cuerpo normativo¹⁴, el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, inclusive cuando el derecho cedido viene siendo materia de controversia administrativa.
28. Asimismo, el artículo 1207 del Código Civil¹⁵ establece que la cesión de derechos deberá constar por escrito como única formalidad solemne bajo sanción de nulidad.
29. En el presente caso, como se verifica del documento denominado "Recepción, Liberación y Cesión de Derechos", HNOS APARICI ROSA S.L., propietario de la mercadería, reconoció que CMA, naviera operadora de la nave POMERENIA SKY, se hizo responsable por los daños ocurridos a su mercancía; razón por la cual subrogó y cedió a su favor el derecho de exigirle a un tercero, en este caso, a APM, la reparación de los daños que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta deficiente prestación del servicio de embarque brindado por la Entidad Prestadora.

¹⁴ Código Civil

Artículo 1208º.- Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa.

¹⁵ Código Civil

Artículo 1207º.- La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.



30. En atención a la subrogación y cesión de derechos realizada, corresponde analizar el fondo del reclamo presentado por CMA contra APM por los presuntos daños ocasionados a la mercadería transportada en el contenedor refrigerado N° CGMU4956949.

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

Sobre las obligaciones y prerrogativas de la Entidad Prestadora

31. 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.
32. De acuerdo con el artículo 8.19 del Contrato de Concesión que APM suscribió con el Estado peruano¹⁶, el embarque 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 descarga/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*

¹⁶ 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.



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.*
(...)"

[El subrayado es nuestro]

33. 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 de 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".

34. 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.

35. 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.

36. 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 Callao¹⁷ 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".

¹⁷ Suscrito entre el Estado Peruano y APM el 11 de mayo de 2011.



*"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,

*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]

37. 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 a la probanza de los daños

38. En primer lugar, es importante recalcar que el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios¹⁸ (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.

¹⁸ Aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 074-2011-CD-OSITRAN

**Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora**

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

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

(...)

d) En la medida que el contrato de concesión o las normas legales vigentes lo prevean, contratar seguros contra accidentes y otros. Además las Entidades Prestadoras deberán reparar los daños a los usuarios, y a sus bienes, en la medida que resulten responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en lo que resulte pertinente".

39. 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.
40. Asimismo, se señala que en los procedimientos de reclamos se determina la responsabilidad respecto a dichos daños, a efectos que el usuario pueda solicitar la reparación correspondiente, ya sea en sede judicial, arbitral o por mutuo acuerdo.
41. En ese sentido, en el presente procedimiento el TSC no tiene atribuciones para efectuar valoraciones o estimaciones de los daños, pero sí es competente para declarar si la Entidad Prestadora es responsable o no de los referidos daños alegados por los apelantes.
42. Ahora bien, a fin de definir y establecer la responsabilidad por daños, corresponde remitirnos a las reglas establecidas en el Código Civil.
43. 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]



44. 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.
45. Por otro lado, el artículo 1331 del Código Civil prescribe que *"La prueba de los daños y perjuicios, y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inexecución de una obligación, o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*. En tal sentido, en el presente caso CMA debe probar que los daños se produjeron y fueron responsabilidad de la Entidad Prestadora.
46. Es preciso resaltar que los elementos de la responsabilidad contractual son el hecho generador del daño, en este caso el incumplimiento de una obligación o su cumplimiento defectuoso o tardío (que puede haberse presentado por dolo o culpa), el nexo causal entre el hecho y el daño, y finalmente el daño mismo.

Aplicación al caso en concreto

47. En el presente caso, CMA alegó que los daños a la mercadería ocurrieron como consecuencia de una deficiente prestación del servicio prestado por APM en las operaciones de embarque de la nave POMERENIA SKY, en la medida que la Entidad Prestadora no habría colocado el contenedor refrigerado N° CGMU4956949 en la posición correcta dentro de la nave, no pudiendo ser conectado a una toma de energía.
48. Por su parte, APM señaló que si bien de acuerdo con un reporte emitido desde el puerto de España, se acreditó la existencia de los daños reclamados a la mercadería que transportaba el contenedor refrigerado N° CGMU4956949, ello no acreditaba que dichos daños hubieran sido ocasionados por su responsabilidad pues no era la encargada de brindar el servicio de conexión de los contenedores a una toma de energía dentro de la nave, y ni el capitán de la nave ni la propia CMA indicaron que la posición en la cual fue embarcado el contenedor no fuera la idónea.
49. En sus alegatos finales APM agregó que los daños a la mercadería que transportaba el contenedor refrigerado N° CGMU4956949 no habrían sido acreditados.
50. Al respecto, cabe señalar que si bien en sus alegatos finales APM ha cuestionado la existencia de los daños a la mercadería que transportaba el contenedor refrigerado N° CGMU4956949, en su Resolución N° 2 y en absolución al recurso de apelación únicamente había discutido su responsabilidad sobre los mismos reconociendo los daños a la referida mercadería en atención a un reporte emitido desde el puerto de España; en tal sentido, en tanto que los daños ya han sido reconocidos en el presente procedimiento, únicamente correspondería determinar la responsabilidad por la ocurrencia de los mismos.
51. Durante la audiencia de vista de la causa, APM manifestó que colocó el contenedor refrigerado N° CGMU4956949 en la nave POMERENIA SKY en una posición distinta a la inicialmente acordada con CMA.



52. Ahora bien, resulta pertinente recordar que la cláusula 8.6 del Contrato de Concesión indica que APM es responsable frente a los usuarios de brindar información suficiente sobre los términos y condiciones en los que los servicios serán brindados:

8.6. La SOCIEDAD CONCESIONARIA es responsable de brindar a los Usuarios:

(ii) La información suficiente sobre las Tarifas, Precios, así como los términos y condiciones aplicables a los Servicios que presta, conforme a este Contrato de Concesión y a las Normas Regulatorias".

[El subrayado y resaltado es agregado]

53. Asimismo, el derecho de los usuarios de acceder a la información a la que se refiere el Contrato de Concesión, se encuentra desarrollado en disposiciones emitidas por el Regulador, concretamente, para el ámbito portuario, en la Resolución de Consejo Directivo N° 074-2011-CD-OSITRAN, Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, cuyos artículos 5, 7 y 12 establecen lo siguiente:

"Artículo 5.- Principios que regulan la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de la servicios aeroportuarios y portuarios.

(...) la relación de las Entidades Prestadoras con el Usuario de los servicios aeroportuarios y portuarios está regida por los siguientes principios:

a) **Transparencia.**- El Usuario debe tener pleno acceso a toda la información relevante sobre los servicios brindados por las Entidades Prestadoras y sus condiciones, que resulte imprescindible para el adecuado uso de los servicios aeroportuarios o portuarios (...)".

"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:

a) A la información:

El Usuario debe recibir información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre los servicios que las Entidades Prestadoras prestan a fin de poder utilizarlos integralmente... Igualmente tienen derecho a conocer, con la debida anticipación, sobre cualquier circunstancia que altere los servicios".

"Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria:

(...)

e) Proveer a los usuarios de información sobre sus derechos y obligaciones, así como de los servicios disponibles, a fin que puedan ser usados integralmente".



[El subrayado y resaltado agregado es nuestro]

54. En tal sentido, todo usuario del Terminal Portuario tiene el derecho a que APM le otorgue información necesaria, adecuada, veraz, oportuna y detallada sobre las condiciones en las que los servicios serán brindados; información que debe ser brindada por la Entidad Prestadora, toda vez que ostenta el control de los servicios que se prestan al interior del puerto, encontrándose, por tanto, en mejor posición para suministrarla.
55. Este derecho no sólo lo ostenta el usuario cuando la Entidad Prestadora va a programar la prestación de un servicio, sino que se extiende a toda la cadena logística portuaria en la que la Entidad Prestadora participa como proveedora. En ese sentido, el usuario tiene derecho a que se le informe sobre la manera en que se vienen prestando los servicios, así como de la existencia de hechos o circunstancias que puedan alterar un servicio cuya prestación ya ha sido planificada.
56. Cabe tener presente que en su calidad de administradora del Terminal Portuario, APM es la responsable de planificar, coordinar y ejecutar las operaciones que se desarrollan en dicho terminal; de acuerdo con estándares de eficiencia y conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión suscrito con el Estado Peruano.
57. En el presente caso, se advierte que habiendo APM procedido a modificar la posición en la cual debió ser colocado el contenedor refrigerado N° CGMU4956949 en la nave POMERENIA SKY, correspondía que informara de esta situación al usuario previamente a su embarque en dicha nave, asegurándose que CMA otorgue su conformidad a la nueva posición propuesta por APM.
58. No obstante, APM procedió a realizar el cambio de posición de manera unilateral, pese a que se trataba de una variación sobre un punto de la operación que ya había sido acordada previamente con el usuario, no permitiéndole efectuar un cálculo adecuado y certero sobre los tiempos y costos en los que tendría que incurrir por el referido cambio de posición del contenedor sin incurrir en sobrecostos no esperados.
59. Cabe señalar que si bien se ha verificado que APM procedió a enviar tanto al capitán de la nave como a CMA el BAPLI final¹⁹ de la nave POMERENIA SKY, en el cual se indicaban las posiciones en las cuales estaban siendo estibados todos los contenedores en la referida nave, la Entidad Prestadora no ha presentado medio probatorio alguno mediante el cual se haya verificado que informó a CMA que el contenedor refrigerado N° CGMU4956949 iba a ser cambiado de posición de estiba en la nave, ni se aseguró que el usuario diera su conformidad con la nueva posición propuesta.

¹⁹ Documento electrónico en el que se indica la ubicación, categoría, tipo y la posición de los contenedores dentro del buque.



60. De otro lado, cabe precisar que en el presente caso no se está discutiendo quien resultaba responsable de brindar el servicio de conexión del contenedor a una toma de energía dentro de la nave, sino si el hecho de haberse colocado el referido contenedor en una posición distinta a la acordada con el usuario lo cual ocasionó daños a la mercadería que transportaba el contenedor.
61. En relación al correo electrónico de fecha 2 de enero de 2017, mediante el cual el capitán de la nave POMERENIA SKY habría indicado que finalmente el contenedor N° CGMU4956949 pudo ser conectado a una toma de energía dentro de la nave, cabe señalar que aun cuando el contenedor efectivamente pudo haber sido conectado a una toma de energía durante su transporte, no existe constancia del momento en que esto ocurrió, pudiendo la mercadería haberse dañado mientras el contenedor no se encontraba con conexión eléctrica, pues el contenedor transportaba bienes perecederos (cebollas); máxime si se ha reconocido que la mercadería llegó dañada al puerto de destino.
62. Conforme a lo expuesto, APM resulta responsable por la deficiente prestación del servicio de embarque de contenedores al haberse acreditado que ubicó el contenedor N° CGMU4956949 en una posición distinta a la previamente acordada con CMA sin haberle informado previamente de ello, ni haberse asegurado que el usuario hubiera otorgado la conformidad a la nueva posición propuesta por la Entidad Prestadora; consecuencia de lo cual la mercadería que transportaba dicho contenedor sufrió daños.
63. En consecuencia, corresponde revocar la Resolución N° 2 emitida por APM, al haberse acreditado que la Entidad Prestadora resulta responsable de los daños ocurridos a la mercadería transportada en el contenedor N° CGMU4956949 como consecuencia de una deficiente prestación en el servicio de embarque de contenedores.
64. 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 Portuarios²⁰.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN²¹;

²⁰ 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.

²¹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN

" Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

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

- Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Integrar la resolución apelada;
- Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
EXPEDIENTE N° 87 - 2017 - TSC OSITRAN
RESOLUCIÓN N° 2

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución N° 02 emitida por APM TERMINALS CALLAO S.A. en el expediente N° APMTC/CL/96-2017; y en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por CMA CGM PERÚ S.A., al haberse acreditado que la Entidad Prestadora resulta responsable de los daños ocasionados a la mercadería que transportaba el contenedor N° CGMU4956949 como consecuencia de una deficiente prestación en el servicio de embarque de contenedores, cuyo monto se determinará con arreglo a lo previsto en el inciso j) del Artículo 12 del Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a CMA CGM PERÚ S.A. y a APM TERMINALS CALLAO S.A. la presente resolución.

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

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


ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN

"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. (...)"