



Presidencia
del Consejo de Ministros

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

EXPEDIENTE N° : 014-2011-TSC-OSITRAN

APELANTE : RASAN S.A.

EMPRESA PRESTADORA : EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A.

ACTO APELADO : Resolución Gerencia de Terminales Portuarios
N° 074-2011 ENAPUSA/GTTPP

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 25 de octubre de 2011

SUMILLA: *La entidad prestadora sólo puede requerir a la empresa usuaria el pago de un servicio efectivamente brindado, presumiéndose que se presta conforme a lo solicitado, salvo prueba en contrario.*

VISTO:

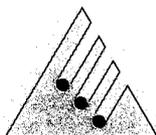
El Expediente N° 014-2011-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto por RASAN S.A. (en lo sucesivo, RASAN o la apelante) contra la Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 074-2011 ENAPUSA/GTTPP, emitida por EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. (en adelante, ENAPU o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Con fecha 4 de marzo de 2011 ENAPU emitió la Factura N° 021-0791390 con la finalidad que se cancele una suma ascendente a US\$ 61 744,68 (sesenta y un mil setecientos cuarenta y cuatro y 68/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) cobrados por concepto de ocupación de muelles o áreas por 6 460,00 m² utilizados desde el 3 de febrero hasta el 1 de marzo de 2011, por la mercancía consistente en bobinas, planchas de acero vigas y atados de fierro descargados de la nave SEA SUCCESS.
- 2.- Con fechas 7 y 11 de marzo de 2011 RASAN interpuso reclamo ante ENAPU contra el monto cobrado, por el cual solicitó que se corrija la factura, argumentando que el cobro por 6 460,00 m² resulta excesivo, puesto que el "área total" no puede ser calculada por los 28 días que duró el acopio y retiro total de la mercadería, pues debe considerarse que ésta fue retirada diariamente en forma progresiva.

Página 1 de 8



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





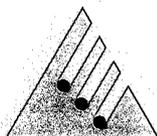
Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Asimismo, RASAN reconoce que existe un "pago por realizar de las áreas realmente usadas".

- 3.- Mediante Resolución de Gerencia de Terminales Portuarios N° 074-2011 ENAPUSA/GTTPP notificada el 19 de abril de 2011, ENAPU declaró improcedente el reclamo interpuesto por RASAN por considerar que la factura cuestionada fue emitida de acuerdo a lo requerido en la solicitud N° 11001261 por el servicio de Ocupación de Muelles o Áreas para colocar bobinas y estructuras de fierro, ratificado por el Memorando N° 0079-2011 ENAPUSA/ÁREA DE CONTENEDORES emitido por el Jefe de Área de Contenedores y el Informe del Especialista de Facturación.
- 4.- Con fecha 11 de mayo de 2011 RASAN, dentro del plazo legal vigente, interpuso recurso de apelación contra la referida resolución expresando los siguientes fundamentos:
 - i.- Según lo establecido en el Tarifario de ENAPU y al criterio establecido en precedentes jurisprudenciales emitidos por el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC), la facturación por ocupación de muelles o áreas a cargo de la Entidad Prestadora está condicionada a dos aspectos, la manifestación de voluntad del usuario de utilizar la infraestructura y la prestación efectiva del servicio brindado.
 - ii.- De acuerdo a la Liquidación de Autorización de Descarga Directa Internacional, así como las Notas de Tarja, se puede observar que la descarga de bobinas y estructuras de fierro se inició el 2 de febrero del año en curso finalizando el día 11 del citado mes; por otro lado, la salida física de la carga fuera del recinto portuario se inició el 10 de febrero de 2011 finalizando el 1 de marzo del referido año.
 - iii.- Se puede constatar que el espacio físico realmente ocupado para apilar los atados de vigas de acero, iba disminuyendo de manera progresiva desde el 10 de febrero hasta el término del despacho, a medida que dichas mercancías eran retiradas de la facilidad portuaria; por lo que resulta imposible afirmar que se utilizó el área determinada por ENAPU de manera constante; en consecuencia no se ha configurado la prestación efectiva del servicio.
 - iv.- Carece de sustento lógico y jurídico que ENAPU pretenda imputar un cobro por la ocupación de un área física, puesto que está comprobado de manera fehaciente que dicho espacio se fue reduciendo de manera paulatina hasta el 1 de marzo de 2011, fecha en que fue retirada la mercancía en su totalidad.

Página 2 de 8



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



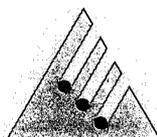


Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- v.- No se cuestiona la ocupación del área física portuaria, el objeto central es que el cobro de dicha ocupación sea calculado en función al espacio realmente utilizado durante los días establecidos y no del modo arbitrario como se pretende realizar en este caso.
- 5.- Con fecha 17 de mayo de 2011 ENAPU remitió el expediente administrativo al OSITRAN a través de la Carta N° 106-2011-ENAPU S.A./OAJ.
- 6.- Mediante Resolución N° 001 el TSC admitió el recurso de apelación corriendo traslado de éste a ENAPU, quien lo absolvió el 20 de junio de 2011, reiterando que el área solicitada por RASAN fue de 6 460,00 m², la que ocupó efectivamente con bobinas, planchas, vigas y atados de fierro; agregando lo siguiente:
- i.- Los criterios argumentados por RASAN para la aplicación del espacio son contradictorios, ya que el área que se asignó permitió la debida operatividad de la carga, por las características de la mercadería y el sistema de trabajo de la apelante en el despacho, por lo cual dicha área ocupada estuvo exclusivamente otorgada durante el periodo comprendido entre el 03 de febrero de 2011 hasta el 01 de marzo del referido año.
- ii.- En relación a las Liquidaciones de Autorizaciones realizadas por el Área de Balanzas, éstas sirven para verificar las fechas y horas de ingreso y salida de camiones particulares del recinto portuario, no demuestra el metraje que ocupó la carga en las áreas donde han sido depositadas, por lo que dicho medio probatorio no puede ser tomado en cuenta por el TSC al haber sido manipulado en su expresión real por RASAN, para ser favorecida.
- 7.- El 22 de julio de 2011 se llevó a cabo la vista de la causa, en la que informaron oralmente los representantes de RASAN y ENAPU.
- 8.- Con fecha 17 de agosto de 2011 RASAN presentó un escrito señalando lo siguiente:
- i.- ENAPU no ha brindado un servicio efectivo a su favor, en la medida que no utilizó el total del área descrita en la Solicitud de Servicio N° 11001261 durante el lapso detallado, con lo cual se rompe el criterio de efectividad en la prestación del servicio a cargo de la Entidad Prestadora.
- ii.- La acción de control en el ingreso de mercaderías por parte de las entidades públicas competentes es posible gracias a las Liquidaciones de Descarga Directa por lo que resulta de lo más "paradójico" que ENAPU las descalifique aduciendo que carecen de valor probatorio ya que, según la Entidad Prestadora, éstas habrían sido manipuladas para verse beneficiados.

Página 3 de 8



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



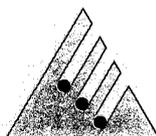


Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- iii.- Las Liquidaciones de Descarga Directa constituyen el “único” medio probatorio fidedigno que certifica las características físicas de la carga efectivamente arribada a territorio peruano, ante la imposibilidad material de ENAPU para monitorear la carga despachada en el recinto portuario.
- iv.- Respecto a las Notas de Tarja, éstas recogen información del peso y volumen previamente registrada en el Área de Balanza que administra ENAPU, por lo que su validez no puede ser objeto de descalificación.
- v.- ENAPU al carecer de elementos probatorios idóneos que certifiquen el área efectivamente utilizada debe recurrir a otros elementos probatorios como son las Liquidaciones de Descarga Directa, las Nota de Tarja y la incapacidad de reacción por parte de Entidad Prestadora para descalificar la aceptación de estos elementos.
- vi.- Finalmente solicitan al TSC, tenga bien evaluar los referidos elementos probatorios a que sean calificados como “*prueba indiciaria*” que sirva para generar convicción sobre su posición y la consecuente “*mala praxis*” de ENAPU, en la medida que no está facultada para cobrar por servicios que no fueran efectivamente prestados a favor de los usuarios.
- 9.- Mediante escrito de fecha 20 de septiembre de 2011 ENAPU remitió el documento original de la Solicitud Provisional N° 0052035.
- 10.- Con fecha 21 de septiembre de 2011, RASAN presentó un escrito reiterando los argumentos esgrimidos durante el proceso, señalando además:
- i.- La Solicitud de Tráfico N° 0052035 no establece el área requerida a ENAPU, no obstante emitió la factura N° 021-791390 asumiendo de manera discrecional, que el área de muelle utilizada fue de 6 640, 00 m².
- ii.- ENAPU de manera “*arbitraria*” adoptó dicha decisión ya que carece de sustento técnico y documentario que la respalde, en tanto no está acreditado el volumen del área inicial que sirva como base de referencia para medir y calcular válidamente el espacio portuario efectivamente empleado.
- iii.- El área utilizada fue compartida con vehículos automotores de otras agencias y consignatarios que utilizaron la zona, en vista de la huelga de estibadores que existía.
- iv.- Sobre el cálculo de la obligación pendiente de pago a favor de ENAPU, considera que le corresponde pagar la suma de US\$ 18 540, 00 (dieciocho mil quinientos cuarenta y 00/100 dólares de los Estados Unidos de

Página 4 de 8



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Norteamérica) por el uso total de 61 800 m² de área de muelle efectivamente ocupados desde el 3 de febrero al 1 de marzo de 2011 (27 días), en razón de 2, 289 m² utilizados por día.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

11.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación;
- ii.- De establecerse la procedencia del recurso, determinar si el metraje señalado por ENAPU corresponde al utilizado efectivamente por RASAN.

III.- ANÁLISIS:

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

12.- El presente caso versa sobre el cuestionamiento del metraje considerado para el cálculo del monto cobrado en la Factura N° 021-0791390 por el servicio de ocupación de muelles o áreas; por lo que de acuerdo con el literal a) y b) del artículo 7 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹, en concordancia con el artículo 14 del mismo texto normativo², el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

13.- Por otro lado, el recurso de apelación se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas, pues debe determinarse si el metraje ocupado por RASAN es menor al señalado por ENAPU; con lo cual se cumple

¹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado con Resolución del Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN y modificado mediante la Resolución del Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN.

"Artículo 7.- Materia de los reclamos y controversias

Los reclamos y controversias que son materia del presente Reglamento son los siguientes:

- a) Los reclamos de usuarios relacionados con la facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura, lo que incluye expresamente controversias vinculadas con la aplicación del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 716. (...).

(...)"

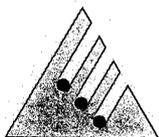
² Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

"Artículo 14.- Tribunal.

El Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia administrativa las controversias que se susciten entre las Entidades Prestadoras y entre éstas y los Usuarios de conformidad a los procedimientos establecidos en los Capítulos II, III y IV del Título III del presente Reglamento

Asimismo es competente para resolver las quejas que se presenten en el proceso de solución de reclamos y de controversias.

El Tribunal sesiona con la asistencia mínima de tres (3) de sus miembros y adopta decisiones con el voto aprobatorio de la mayoría de los asistentes. En caso de empate en una votación, el Presidente o quien haga sus veces tendrá voto dirimente".





Presidencia
del Consejo de Ministros

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

con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³.

- 14.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por ley y los respectivos reglamentos, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

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

- 15.- Del expediente administrativo se tiene que ENAPU facturó, por el servicio de Ocupación de Muelle o Área por un área aproximada de 6 460,00 m² (Factura N° 021-0791390) por día desde el 3 de febrero hasta el 1 de marzo de 2011, mientras que RASAN reconoce que existe un pago a realizar por dicho servicio pero que no corresponde al área señalada por la Entidad Prestadora.

- 16.- El TSC, en reiterados pronunciamientos ha establecido criterios de interpretación respecto de las contiendas administrativas de sobre ocupación de áreas. Así, en la Resolución N° 003 del Expediente N° 013-2008-TSC-OSITRAN señaló que:

"25.- (...) cuando ambas partes aceptan que el servicio se ha brindado, no resulta necesario la probanza de este hecho, convirtiéndose (...) en no controvertido.

(...)

31.- (...) resulta de cargo de las partes demostrar que el área efectivamente utilizada fue mayor o menor a la solicitada, en otras palabras, en el caso de los servicios brindados, cuando queda acreditado que el servicio se efectuó, se presume iuris tantum que éste se efectuó conforme a lo solicitado por el usuario, a menos que se demuestre lo contrario.

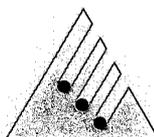
32.- (...) ENAPU tuvo que haber probado que se utilizó ciertamente el área facturada y que existió la conformidad del usuario en el servicio de ocupación de áreas mayor a la solicitada por el usuario (...) Asimismo, la otra parte, es decir, RASAN, tampoco ha acreditado que el servicio brindado haya sido menor al solicitado".

Adicionalmente, en la Resolución final del Expediente N° 047 y 48-2009-TSC-OSITRAN (acumulados), el TSC estableció:

³ LPAG

"Artículo 209.- 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".



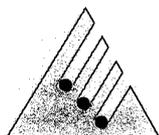


"20.- (...) para que las entidades prestadoras puedan cobrar por los servicios brindados a los usuarios deben existir los siguientes elementos:

i.- La manifestación de voluntad del usuario de utilizar la infraestructura y servicios brindados por la entidad prestadora, en este caso por ENAPU, aceptando las condiciones del tarifario; y,

ii.- La prestación efectiva del servicio".

- 17.- De los precedentes citados se puede establecer que la regla general es que la entidad prestadora debe probar la prestación efectiva del servicio; sin embargo, cuando en la solicitud se señala el área a ocupar, se presume que ésta fue la efectivamente prestada, salvo que el usuario pruebe que utilizó menos o la entidad prestadora que brindó más.
- 18.- En el presente caso las partes aceptan que el servicio de ocupación de muelles se brindó, por lo cual es un hecho no controvertido; sin embargo, la discusión se centra en el área utilizada. RASAN reconoce que durante el periodo facturado sólo ocupó 2, 289 m² por día y no los 6 460,00 m² facturados por la entidad prestadora. En ese sentido, debe determinarse si el metraje ocupado durante el periodo comprendido entre el 3 de febrero y el 1 de marzo de 2011 por ENAPU fue mayor que el aceptado por el usuario.
- 19.- Sobre el particular, ENAPU cobró por un área de 6 460,00 m² amparándose en la Constancia de Ocupación de Muelles N° 11001261, en el Memorándum N° 0079-2011 ENAPU SA/ÁREA DE CONTENEDORES y en el Informe del Especialista de Facturación.
- 20.- De los documentos antes mencionados, ninguno se encuentra suscrito por algún representante de RASAN, por lo que no constituyen medios de prueba idóneos que certifiquen fehacientemente cuál fue el área utilizada en el servicio de ocupación de muelle, puesto que no permiten verificar la conformidad o, en su defecto, las posibles observaciones del usuario sobre la prestación de dicho servicio.
- 21.- Respecto a la Solicitud Provisional N° 0052035 obrante a fojas 608, se puede verificar que ENAPU aceptó la solicitud de servicio de RASAN sin que especifique el área a utilizar, razón por lo cual, en este caso, no podría aplicarse la presunción establecida por el TSC sobre prestación del servicio del superficie solicitada. Siendo esto así, se debe aplicar el criterio general según el cual la entidad prestadora debe probar lo efectivamente brindado.
- 22.- En razón de lo señalado y de los recaudos obrantes en el referido expediente, se puede precisar que ENAPU no ha acreditado de manera fehaciente que RASAN haya ocupado efectivamente el área de 6 640,00 m² por día.





Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- 23.- Cabe señalar que aceptar la alegación de RASAN no supone dar valor probatorio a las liquidaciones de descarga directa internacional, ya que estas no se expresan en metros cuadrados. Además, si un usuario alega haber utilizado menos área que la solicitada, ya sea por tratarse de operaciones de descarga gradual o porque ENAPU entregó menos superficie que la requerida, corresponde al usuario acreditar fehacientemente y no con simples cálculos o estimaciones, cuántos metros cuadrados fueron desocupados progresivamente.
- 24.- No obstante lo acotado, RASAN debe pagar los 2 289 m² utilizados por día durante el periodo comprendido desde el 3 de febrero hasta el 1 de marzo de 2011. En ese sentido, ENAPU deberá emitir una nueva factura por el monto correspondiente al uso de esta área.

En virtud de los considerandos precedentes, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Resolución de Gerencia de Terminales N° 074-2011 ENAPUSA/GTTPP; y en consecuencia **ORDENAR** a EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A., dejar sin efecto la Factura N° 021-0791390, y emitir una nueva considerando un área de 2 289 m² utilizados por día durante el periodo comprendido desde el 3 de febrero hasta el 1 de marzo de 2011; quedando así agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a RASAN S.A. y a EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A

TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe)

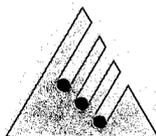
Con la intervención de los señores vocales Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Héctor Ferrer Tafur, Ana María Granda Becerra y Juan Alejandro Espinoza Espinoza.


JUAN ALEJANDRO ESPINOZA ESPINOZA
Presidente

**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
OSITRAN**

RD/CS /CAMM

Página 8 de 8



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

