



EXPEDIENTE : 127-2015-TSC-OSITRAN
APELANTE : ISRAEL FRANCISCO ROMERO SALDAÑA
ENTIDAD PRESTADORA : GYM FERROVÍAS S.A.
ACTO APELADO : Decisión contenida en la
Carta R-CAT-011732-2015-SAC.

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 16 de septiembre de 2016

SUMILLA: *Si se comprueba el incumplimiento en la prestación de los servicios que la Entidad Prestadora está obligada a brindar, corresponde amparar el reclamo presentado por el usuario.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por el señor ISRAEL FRANCISCO ROMERO SALDAÑA (en adelante, señor ROMERO o el apelante) contra la decisión contenida en la Carta R-CAT-011732-2015-SAC, emitida por GYM FERROVÍAS S.A. (en adelante, GYM o la Entidad Prestadora); y

CONSIDERANDO:**I.- ANTECEDENTES:**

- 1.- Con fecha 21 de junio de 2015, el señor ROMERO presentó un reclamo ante GYM manifestando lo siguiente:
 - i. El 21 de junio de 2015, en la Estación Pirámides del Sol, al solicitar un cambio de billete de S/. 20.00 soles para realizar una recarga de S/. 3.00 soles, la Señorita Guadalupe Morales Rodríguez le indicó que no podía realizar dicha transacción debido a que no tenía cambio.
 - ii. Asimismo, manifestó su disconformidad con la atención que la señorita Katherine Porras le brindó en el call center de la Entidad Prestadora, debido a que le cortó la llamada y se negó a comunicarlo con la señorita Milagros Poma, indicándole que no se encontraba de turno.
- 2.- Mediante Carta R-CAT-011732-2015-SAC, notificada el 13 de julio de 2015, GYM dio respuesta al reclamo presentado por el señor ROMERO, declarándolo fundado en el extremo relacionado con la atención brindada por su personal de la Central de Atención



Telefónica, e infundado respecto de la atención recibida por la Administradora de Estación, exponiendo los siguientes argumentos:

- i. De acuerdo al informe de su Administradora de Estación, el señor ROMERO se acercó a su personal a fin de realizar una recarga en boletería, sin embargo, la administradora de Estación le sugirió de manera respetuosa que realizara su operación en la máquina de recarga electrónica, debido a que se encontraba atendiendo un incidente suscitado con otro usuario.
 - ii. En cuanto a la atención brindada por su personal de la Central de Atención Telefónica, expresaron sus disculpas por el inconveniente, informando al usuario que procederían a efectuar las medidas correctivas correspondientes.
- 3.- Con fecha 3 de agosto de 2015, el señor ROMERO interpuso recurso de apelación contra la decisión contenida en la Carta R-CAT-011732-2015-SAC, reiterando los argumentos de su reclamo y señalando, además, lo siguiente:
- i.- En la carta remitida por GYM existe contradicción entre lo señalado por el reclamante y la Entidad Prestadora, en la medida que lo reclama es que la encargada de la atención no quiso cambiar el billete a fin de realizar la recarga respectiva, mientras que GYM cambia de versión señalando que la falta de atención se habría debido a que su personal se encontraba atendiendo otro incidente.
 - ii.- De la carta referida, se puede apreciar que en cualquiera de los dos casos, hubo una negativa a atender al reclamante.
 - iii.- Finalmente, solicitó se le devuelvan las respectivas costas y costos generados por la interposición del presente recurso.
- 4.- El 21 de agosto de 2015, GYM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo.
- 5.- Tal y como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico (e), en la audiencia de conciliación, que se llevó a cabo el 12 de enero de 2016, no se pudo llegar a ningún acuerdo conciliatorio pese a la asistencia de ambas partes. El 13 de enero de 2016 se realizó la audiencia de vista de la causa con el informe oral de la Entidad Prestadora y del señor ROMERO, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 6.- Corresponde dilucidar en la presente resolución lo siguiente:
 - i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la decisión contenida en la carta emitida por GYM.



- ii.- Determinar, de ser el caso, si corresponde amparar el reclamo presentado por el señor ROMERO.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 7.- La materia del presente procedimiento está referido a que personal de GYM de la Estación Pirámides del Sol no habría atendido al apelante cuando este solicitó realizar una recarga para acceder al servicio, situación que está prevista como supuesto de reclamo en el literal d) del numeral IV.1 de Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de GYM¹ y en el literal c) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN² (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.
- 8.- De conformidad con el numeral VII.11 del Reglamento de Reclamos de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de GYM⁴ y el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN⁵ (en adelante, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN), el plazo con el que cuentan los usuarios para apelar la decisión de GYM respecto de su reclamo, es de 15 días hábiles contados desde el día siguiente de recibida la notificación.

¹ Reglamento de Reclamos de GYM, aprobado por la Resolución N° 008-2015-CD-OSITRAN

"Los Usuarios podrán presentar Reclamos en los siguientes casos :(...)

d) Reclamos relacionados con la calidad del servicio público brindado por GYM FERROVIAS S.A., de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión."

² 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:

c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora. (...)"

³ 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".

⁴ Reglamento de Reclamos de GYM, aprobado por la Resolución N° 008-2015-CD-OSITRAN.

"VII. 11 Recurso de Apelación

Procede el recurso de apelación cuando la impugnación a la resolución emitida por GYM FERROVIAS S.A. se sustente en diferente interpretación de las pruebas producida; cuando se trate de cuestiones de puro de derecho; se sustente en una nulidad, o cuando teniendo nueva prueba, no se opte por el recurso de reconsideración.

El recurso de apelación deberá interponerse ante la Gerencia de Servicio al Cliente de GYM FERROVIAS S.A. en un plazo máximo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución recurrida, utilizando los canales definidos en el punto VI.1 del presente Reglamento y, en caso la presentación del recurso se presente por escrito conforme al formato 3, documento que forma parte integrante del presente Reglamento".

⁵ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011-CD OSITRAN, respectivamente.

"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".



- 9.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:
- i.- La Carta R-CAT-011732-2015-SAC fue notificada al señor ROMERO el 13 de julio de 2015.
 - ii.- El plazo máximo que el señor ROMERO tuvo para interponer su recurso de apelación venció el 5 de agosto de 2015.
 - iii.- El señor ROMERO apeló con fecha 3 de agosto de 2015, es decir, dentro del plazo legal establecido.
- 10.- Por otro lado, como se evidencia del propio recurso de apelación, éste se fundamenta en una diferente interpretación de las pruebas producidas en lo referido a la atención brindada al señor ROMERO por parte del personal de GYM, con lo cual se cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la LPAG⁶.
- 11.- En consecuencia, siendo procedente la interposición del recurso de apelación, corresponde que el TSC se pronuncie sobre las cuestiones planteadas por las partes tanto en el recurso de apelación, la absolución a éste y demás escritos.

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

- 12.- Cabe señalar que en la medida que mediante la Carta R-CAT-011732-2015-SAC, GYM declaró fundado el reclamo en el extremo referido a la atención recibida de la Central Telefónica de la Entidad Prestadora, solo corresponderá que el TSC se pronuncie sobre el extremo del reclamo referido a la atención brindada al usuario por parte del personal de la Estación Pirámides del Sol de la Línea 1 del Metro de Lima.

III.2.1 Sobre la normativa aplicable

- 13.- Resulta pertinente recalcar, previamente al análisis de los hechos materia del presente reclamo, que, el artículo 63 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante Código del Consumidor), prescribe que la protección al usuario de los servicios públicos regulados se rige tanto por las disposiciones de dicho cuerpo normativo, así como por las normas del sector, agregando que el ente encargado de velar por su cumplimiento es el respectivo organismo regulador⁷.

⁶ 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".

⁷ Código del Consumidor

"Artículo 63º.- Regulación de los servicios públicos

"La protección al usuario de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores a que hace referencia la Ley núm. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se rige por las disposiciones del presente Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente. La regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los principios de protección establecidos en el presente Código. El ente encargado de velar por su cumplimiento es el organismo regulador respectivo".



- 14.- Esto es concordante con el inciso 7 del artículo 32 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, según el cual los Organismos Reguladores tienen entre sus funciones la defensa de los intereses de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley⁸
- 15.- El señor ROMERO se encuentra dentro del ámbito de tutela del Código del Consumidor, esto de acuerdo con la definición establecida en el artículo IV del Título Preliminar de este, el cual señala que poseen dicha condición las personas que son destinatarios finales de los servicios que se les brinda, en beneficio propio o de su grupo familiar o social⁹.
- 16.- En ese sentido, la normativa aplicable al presente caso comprende además de la regulación sectorial y el contrato de concesión, la legislación de protección al consumidor.

III.2.2 Sobre la falta de atención al señor ROMERO en la estación Pirámides del Sol de la Línea 1 del Metro de Lima

- 17.- Sobre el particular, en la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2012-CD-OSITRAN, que aprueba el Reglamento de Usuarios de la Infraestructura Vial, Ferroviaria y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo, los artículos 7 y 12 establecen 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:

f) A la Calidad y cobertura del Servicio

A exigir de las Entidades Prestadoras la prestación de los servicios conforme a los niveles de servicio aplicables, establecidos en cada contrato de concesión y las normas legales vigentes, cuando corresponda".

"Artículo 12.- Obligaciones de toda Entidad Prestadora

Son obligaciones de toda Entidad Prestadora aeroportuaria y portuaria: (...)

h) Prestar servicios con las especificaciones de calidad y cobertura establecidas en los respectivos contratos de concesión y, de ser el caso, en el marco legal vigente

[El subrayado agregado es nuestro]

⁸ Ley N° 29158

⁹ Artículo 32.- Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores:(...)

7.- Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley".

⁹ Código del Consumidor

*Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1.- Consumidores o usuarios

Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor".

18.- Asimismo, es importante recordar que GYM, en virtud del referido Contrato de Concesión, tiene derecho al aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma, cuyos mecanismos le permiten recuperar su inversión a través del cobro de una tarifa. En contrapartida, la Entidad Prestadora está obligada a la Conservación de los Bienes de la Concesión y a prestar el Servicio a los Usuarios dentro de los Niveles de Servicio especificados en el referido Contrato y cumpliendo con las Leyes Aplicables.

19.- Al respecto, el numeral 8.5 del Contrato de Concesión celebrado entre GYM y el Estado Peruano, establece respecto a las obligaciones del concedente en cuanto a la organización del servicio lo siguiente:

"8.5 Corresponde al CONCESIONARIO la limpieza e iluminación de las estaciones y demás Bienes de la Concesión, la venta de boletos y otros medios de pago, la difusión de la información a los pasajeros así como la atención de los reclamos de los Usuarios, y el resguardo de la seguridad pública de los Usuarios en estaciones, trenes y demás Bienes de la concesión, de conformidad con las Leyes Aplicables".

[El subrayado agregado es nuestro]

20.- Como se advierte, la venta de boletos y recarga de tarjetas forman parte de aquellos servicios que GYM se encuentra obligado a poner a disposición de los usuarios, correspondiendo verificar en el presente caso si la Entidad Prestadora lo ha brindado de manera idónea y dentro de los estándares de calidad.

21.- Cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N.º 0034-2004-AI/TC que si bien nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y que nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales; existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, a grandes rasgos, a un servicio como público, siendo estos los siguientes:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad;*
- b) La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo;*
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standar mínimo de calidad y;*
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.*

[El subrayado agregado es nuestro]

22.- En ese sentido, se justifica un especial deber de protección estatal a los usuarios del servicio y, con ello, una reglamentación más estricta del mismo, supervisando que la prestación se otorgue en condiciones de adecuada calidad, seguridad, oportunidad y alcance a la mayoría de la población, debido a que se trata de servicios que satisfacen un especial interés público.



- 23.- Como se ha señalado, en el presente caso, tanto en su reclamo como en su recurso de apelación, el señor ROMERO ha hecho referencia a que el personal de GYM no habría cumplido con atender su solicitud de que se le realice la recarga de S/. 3.00 soles, a fin de que pudiera acceder al servicio del metro.
- 24.- Por su parte, GYM manifestó que si bien su personal no habría atendido la solicitud de recarga del señor ROMERO, ello habría ocurrido debido a que se encontraba atendiendo un incidente suscitado con otro usuario.
- 25.- Como se puede apreciar en la decisión contenida en la Carta R-CAT-011732-2015-SAC, GYM ha reconocido que efectivamente no atendió al señor ROMERO cuando este solicitó realizar una recarga de S/. 3.00 soles para hacer uso del servicio, reconocimiento que corroboraría la alegación del usuario referido a que la Entidad Prestadora no habría procedido a efectuar la transacción solicitada, pese a que conforme al Contrato de Concesión debía de brindar el servicio de venta de boletos o recarga de tarjetas.
- 26.- Ahora bien, aun cuando GYM señala que dicha omisión en la atención habría obedecido a que su personal se encontraba atendiendo a otro usuario, dicho hecho no la exonera de prestar los servicios que mediante su Contrato de Concesión se ha comprometido a brindar, más aun si como se ha señalado precedentemente, al tratarse de un servicio público, el mismo debe de prestarse de manera continua y oportuna.
- 27.- En tal sentido, la alegación realizada por el señor ROMERO ha quedado acreditada por las propias declaraciones de GYM, correspondiendo amparar el reclamo presentado en este extremo, al no habersele brindado un servicio que la Entidad Prestadora está obligada a otorgar a los usuarios.
- 28.- De otro lado, del recurso de apelación se advierte que el señor ROMERO también solicitó que GYM procediera a la devolución de las costas y costos del presente procedimiento.
- 29.- Al respecto, el artículo 31 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN establece lo siguiente:

"Artículo 31.- Costas y Costos

Las costas y costos del procedimiento serán asumidos por la parte vencida, salvo resolución expresa y motivada del órgano resolutorio competente, en sentido distinto.

La Liquidación y pago de las costas y costos procedimentales se realizará teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 410 y siguientes del Código Procesal Civil en lo que sea aplicable.

[El subrayado agregado es nuestro]

- 30.- Ahora bien, en cuanto al concepto de costas, el artículo 410 del Código Procesal Civil las define del siguiente modo:



"Artículo 410.- Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso."

31.- Considerando lo señalado y en la medida que en el presente proceso no existen tasas judiciales ni conceptos similares que puedan encajar en tal definición, no corresponde amparar el pedido en este extremo.

32.- En cuanto a los costos, el artículo 411 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

"Artículo 411.- Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutua y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial."

33.- En ese sentido, al advertirse que en ninguno de los escritos presentados por el reclamante, este ha recibido asesoramiento de abogado alguno, tampoco corresponde amparar su pretensión sobre este punto.

Aspecto Final

34.- Sin perjuicio de lo señalado, se desprende de las alegaciones vertidas por el señor ROMERO que las mismas se encuentran vinculadas, además de la exigencia de la satisfacción de un interés particular, a la puesta en conocimiento de la administración del presunto incumplimiento de normas que regulan su obligación de venta de boletos y realizar las recargas en las tarjetas de los usuarios a fin de que estos puedan acceder al servicio.

35.- En dicho sentido, corresponde que se informe de dichos hechos a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización para que, en el ejercicio de sus facultades, realice las investigaciones necesarias, a fin de determinar si GYM estaría cumpliendo adecuadamente las obligaciones antes mencionadas¹⁰.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN¹¹;

¹⁰ **Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones(...)

g) Órgano Supervisor: Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras".

"Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y el mantenimiento de la misma. Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

(...)

d) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad de los servicios correspondientes a cada tipo de infraestructura;

e) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidas contractualmente para la infraestructura de transporte;

(...)

k) Verificar el cumplimiento de cualquier otra obligación de naturaleza análoga que resulte exigible a las Entidades Prestadoras".

¹¹ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

**SE RESUELVE:**

PRIMERO.- REVOCAR la decisión contenida en la Carta R-CAT-011732-2015-SAC mediante la cual GYM FERROVÍAS S.A. desestimó el reclamo de fecha 21 de junio de 2015 presentado por el señor ISRAEL FRANCISCO ROMERO SALDAÑA, declarándolo FUNDADO; quedando así agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- REMITIR copias del expediente N° 127-2015-TSC-OSITRAN a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución al señor ISRAEL FRANCISCO ROMERO SALDAÑA y a GYM FERROVÍAS S.A.

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

Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta

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

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables (...)

*La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:
Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
Integrar la resolución apelada;
Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda".*

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa.

Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia".