



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 003

EXPEDIENTE N° : 015-2011-TSC-OSITRAN
APELANTE : VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA
EMPRESA PRESTADORA : AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C.
ACTO APELADO : Decisión contenida en la Carta AN-GG-C-11-147

RESOLUCIÓN N° 003

Lima, 27 de septiembre de 2011

SUMILLA: *En aplicación del principio de buena fe, cuando la entidad prestadora no informa expresamente cuáles son las únicas prestaciones que se brindan, se obliga a cumplir lo esperado por un consumidor razonable.*

Asimismo, no se puede declarar responsabilidad por daños, si este último no ha sido acreditado.

VISTO:

El Expediente N° 015-2011-TSC-OSITRAN referido al recurso de apelación interpuesto por el señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA (en lo sucesivo, el señor SALDAÑA o el apelante), contra la decisión contenida en la Carta AN-GG-C-11-147 emitida por AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. (en adelante, AUNOR o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Mediante reclamo de fecha 13 de abril de 2011, el señor SALDAÑA manifestó lo siguiente:
 - i.- En la misma fecha, en circunstancias en que canceló el peaje en la estación de peaje Huarmey, su automóvil se averió; por lo que solicitó la prestación del servicio de auxilio mecánico.
 - ii.- El señor Mario Loyola, dependiente de AUNOR, le indicó que no podía brindarse dicho servicio pues el Estado no había hecho entrega oficial de la vía.

Página 1 de 16



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

- iii.- Si AUNOR no presta el “servicio de atención de emergencia”, entonces el cobro del peaje es injustificado.
- 2.- Mediante Carta AN-GG-C-11-147 del 25 de abril de 2011, AUNOR desestimó el reclamo, sosteniendo que:
- i.- AUNOR sólo ha recibido de parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) las plazas de peaje de Virú, Vesique y Huarmey; en ellas, la entidad prestadora realiza actividades de recaudación a través de las casetas de cobro.
- ii.- El MTC no ha hecho entrega de los tramos de la calzada actual en condiciones de serviciabilidad, según lo establecido en la cláusula 7.10 del Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry – Empalme R01N (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión); por lo tanto, la prestación de servicios obligatorios establecidos en el mencionado documento, “no tiene efecto” (sic).
- iii.- El servicio de auxilio mecánico no forma parte de los servicios obligatorios que deberá implementar en cumplimiento de lo estipulado en la Cláusula 8.12 del Contrato de Concesión.
- 3.- El señor SALDAÑA cuestionó la decisión de AUNOR mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2011, señalando lo siguiente:
- i.- La entidad prestadora no brindó el servicio “de auxilio mecánico, de traslado de grúa” (sic).
- ii.- El contrato de concesión exige prestar auxilio mecánico y dar cobertura por muerte, invalidez y gastos de curación; muestra de ello es que dichos conceptos pueden ser exigidos a NORVIAL S.A. (en adelante, NORVIAL)
- iii.- AUNOR ha incumplido las cláusulas del contrato de concesión, y, además, ha incurrido en un ilícito penal, al haber cobrado por un servicio sin prestarlo.
- 4.- AUNOR elevó el expediente de reclamo el 18 de mayo de 2011 mediante Carta AN-GG-C-11-178, calificando el escrito de AUNOR, descrito en el numeral precedente, como un recurso de apelación.



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

- 5.- Mediante Resolución N° 001 el Tribunal de Solución de Controversias (en lo sucesivo, el TSC) admitió el recurso, corriendo traslado a AUNOR, que absolvió el 17 de junio de 2011 solicitando que el TSC desestime el reclamo del señor SALDAÑA, alegando lo siguiente:
- i.- Por auxilio mecánico debe entenderse a la prestación que efectúan personas especialistas para resolver cualquier desperfecto o avería que le ocurra a un vehículo automotor (como por ejemplo una falla eléctrica, cambio de llantas, batería descargada).
 - ii.- En aplicación de la cláusula 8.12 del Contrato de Concesión, el servicio de auxilio mecánico no forma parte de los servicios obligatorios exigibles a AUNOR.
 - iii.- El apelante indica que no se le brindó el "*auxilio mecánico, de traslado de grúa*", lo cual difiere del objeto del reclamo, en el que solamente se indica que AUNOR no prestó el servicio de auxilio mecánico.
 - iv.- Al respecto, el traslado de vehículos averiados es un servicio obligatorio, según la cláusula 8.12. del Contrato de Concesión, que consiste en movilizar los carros averiados hasta la estación de atención más cercana dentro de una distancia máxima de 100 kilómetros.
 - v.- No obstante, ese servicio, así como todos los exigidos en la mencionada cláusula, no pueden prestarse si el MTC, no hace entrega de los tramos de la calzada actual con los índices de serviciabilidad exigidos en el anexo I del Contrato de Concesión.
 - vi.- En ese orden de ideas, AUNOR se encuentra imposibilitado de brindar todos los servicios exigidos por el Contrato de Concesión, siendo uno de ellos el traslado de vehículos averiados.
 - vii.- Sin embargo, en la infraestructura que fue entregada por el MTC, que consiste únicamente en las estaciones de peaje de Virú, Vesique, Huarmey y Fortaleza, sí se brinda otras prestaciones obligatorias, como son servicios higiénicos y habilitación de oficinas para uso de la Policía Nacional del Perú.
- 6.- El petitorio del señor SALDAÑA fue precisado mediante escrito de fecha 1 de julio de 2011, en el cual el recurrente solicitó que AUNOR le pague una indemnización ascendente a S/. 1 000 000,00 (un millón con 00/100 nuevos soles) más costas y costos del proceso; por cuanto, él y su familia



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

fueron expuestos a circunstancias peligrosas en la carretera, sin que sean auxiliados por AUNOR, lo que le ha causado agravio a su persona.

- 7.- Tal como consta en el acta suscrita por el Secretario Técnico, en la Audiencia Especial de Conciliación, llevada a cabo el 21 de julio de 2011, no pudo arribarse a ningún acuerdo, razón por la cual, con fecha 22 de julio de 2011 se realizó la vista de la causa en la que informaron oralmente ambas partes, quedando la causa al voto.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 8.- Las cuestiones en discusión son las siguientes:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación.
- ii.- Verificar si AUNOR prestó o no adecuadamente sus servicios.

III.- ANÁLISIS

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

- 9.- Del análisis del expediente, se puede establecer que el recurso de apelación del señor SALDAÑA versa sobre la no prestación de servicios de parte de AUNOR, así como por el daño que esto representó para él y su familia; subsumiéndose el pedido dentro de los supuestos recogidos en los literales b) y c) del artículo 7 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN¹; por lo que, en concordancia con el artículo 14 del mismo texto normativo², el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

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:

(...)

- b) *Los reclamos de usuarios relacionados con la calidad y oportuna prestación de dichos servicios".*
- c) *Los reclamos de usuarios relacionados con daños o pérdidas en perjuicio de los mismos, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de las Entidades Prestadoras".*

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.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

- 10.- Por otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 209 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), Ley N° 27444, al plantear una cuestión de derecho que debe dilucidarse.
- 11.- 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 LAS CUESTIONES DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la normativa aplicable

- 12.- El artículo 63 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código del Consumidor) prescribe que la protección al usuario de los servicios públicos regulados se rige tanto por las disposiciones de dicho cuerpo normativo como por las normas del sector, siendo el ente encargado de velar por su cumplimiento el organismo regulador³.
- 13.- 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 ley⁴.

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".

³ Código del Consumidor

"Artículo 63.- 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".

⁴ Ley N° 29158

"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".



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

- 14.- El señor SALDAÑA es un consumidor, de acuerdo a la definición establecida en el artículo IV del Título Preliminar del Código de Consumidor, 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 social⁵.
- 15.- 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.

Sobre el deber de información

- 16.- Sobre el particular, esta empresa En el presente caso, AUNOR es concesionaria de la Red Vial N° 04, tramo que comprende desde Pativilca hasta Trujillo (en adelante, la Red Vial N° 4), incluyendo el desvío hacia Salaverry. Como tal, está facultada a explotar económicamente la infraestructura, mediante el cobro de una tarifa a los usuarios, pero también está obligada a cumplir con sus compromisos de inversión y a prestar los servicios obligatorios en los niveles y bajo las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión⁶.
- 17.- La relación jurídica que existe entre AUNOR y el señor SALDAÑA consiste en que la primera es proveedora de la infraestructura y el segundo es el usuario de dicha prestación⁷. En ese contexto, AUNOR como concesionaria de la Red Vial N° 4 está obligada a la realización de determinados servicios que facilitan y son complementarios al uso de la

⁵ Código del Consumidor

"Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1.- Consumidores o usuarios

- 1.1.- 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".

⁶ Contrato de Concesión

- "2.1.- (...) Por el presente Contrato el CONCEDENTE transfiere al Concesionario la potestad de prestar el servicio a favor de los usuarios, para lo cual concede el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma. Para tal fin, el CONCESIONARIO deberá cumplir con los parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con los índices de servicialidad, previstos en el presente Contrato".

⁷ Código del Consumidor

"Artículo 45.- Contrato de consumo

El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica."



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N° 003

carretera, mientras que el señor SALDAÑA está obligado a pagar la tarifa como contraprestación.

- 18.- Los servicios obligatorios que debe prestar AUNOR, son -en términos del Contrato de Concesión- *"aquellos servicios básicos relacionados con el objeto específico de la Concesión y que son imprescindibles para el correcto funcionamiento de la misma"*⁸. Asimismo, la tarifa es *"el monto expresado en nuevos soles que el concesionario está obligado a cobrar a los usuarios por concepto de peaje. Este monto incluye el IGV y otros tributos que pueden generarse"*⁹.
- 19.- De acuerdo al literal d) de la cláusula 8.12 del Contrato de Concesión, uno de los servicios obligatorios que AUNOR debe brindar es el de traslado de vehículos averiados en la vía, hasta la estación de asistencia más próxima, no debiendo exceder de 100 kilómetros¹⁰.
- 20.- La cláusula 7.10 Contrato de Concesión señala que el sub-tramo en el que sucedió el hecho que dio lugar al reclamo, Santa-Pativilca, debía ser entregado por el Concedente en el primer trimestre del año 2010, con los índices de servicio exigidos en el anexo I del Contrato¹¹.

⁸ Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

"1.14.75.- Servicios Obligatorios

Comprenden aquellos servicios básicos relacionados con el objeto específico de la Concesión y que son imprescindibles para el correcto funcionamiento de la misma. Dichos servicios se encuentran contemplados en la Cláusula 8.12 del Contrato".

⁹ Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

"1.14.79.- Tarifa

Es el monto por cada Vehículo Ligero o, en el caso de Vehículos Pesados, por cada eje, expresado en Nuevos Soles, que el Concesionario está obligado a cobrar a los Usuarios por Concepto de Peaje. Este monto incluye el IGV y otros tributos que puedan generarse".

¹⁰ Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

"8.12.- Los servicios Obligatorios que deberá implementar o proporcionar el CONCESIONARIO, serán los siguientes:

Servicios que se implementaran en forma gratuita y según la regulación indicada en esta Cláusula:

(...)

d) Servicio de traslado de vehículos que hubieran resultado averiados en la vía, hasta la estación de servicio más próxima, no debiendo exceder de cien (100) kilómetros".

¹¹ Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

"7.10.- El CONCEDENTE entregará al CONCESIONARIO, para su Explotación y Conservación, los Tramos de la calzada actual cuando termine la ejecución de las Obras, en los siguientes plazos: Sub – Tramos Salaverry-Empalme R01N-Santa en el tercer trimestre del año 2009 y Santa – Pativilca, en el primer trimestre del año 2010 (De no haberse ejecutado totalmente, la entrega será de la parte concluida y la zona donde no se estén (sic) ejecutando trabajos, zona en la que la responsabilidad de conservación se limitará a la rutinaria). Para la entrega se seguirá el procedimiento indicado en las Cláusulas 5.15 a 5.20. El CONCEDENTE deberá hacer entrega de los Tramos antes indicados, con los Índices de Servicialidad exigidos en el Anexo I del Contrato, lo cual se dejará constancia en el Acta de Entrega Parcial de Bienes correspondiente".



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

- 21.- Sin embargo, la entrega de dicho sub-tramo (y de todos los demás) recién se efectuó el 14 de julio de 2011, según consta del Acta de Entrega de la Red Vial N° 4 suscrita por el MTC y AUNOR (folios 33-35)¹².
- 22.- Lo estipulado en la cláusula 8.12 revela que los servicios obligatorios debían empezar a brindarse por AUNOR en el plazo máximo de 180 días naturales, contados desde la recepción de cada sub-tramo.
- 23.- Si bien, al no haber recibido oficialmente la vía en la fecha del hecho que dio lugar al reclamo, AUNOR no tenía el deber –frente al concedente- de prestar los servicios denominados “obligatorios, también es cierto que tenía la obligación de informar de esta situación a sus usuarios.
- 24.- En efecto, el Contrato de Concesión establece que *“los derechos inherentes a los Usuarios, consistirán básicamente en la utilización de la vía, en la posibilidad de acceder a todos los servicios obligatorios y opcionales de la concesión, a recibir un servicio conforme a lo establecido en el Contrato y a encontrarse informado sobre las características del mismo, y los demás que contemplan las Leyes y Disposiciones Aplicables y otros que pudieren establecerse en el contrato y normas regulatorias”*¹³.
- 25.- Asimismo, el Código del Consumidor establece que los usuarios tienen *“derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.”*¹⁴.
- 26.- Además, el citado cuerpo normativo señala que tanto consumidores como proveedores deben guiar su conducta acorde con el principio de buena fe de confianza y lealtad¹⁵.

¹² La copia del Acta incorporada al expediente fue brindada a la Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias por la Gerencia de Supervisión del OSITRAN.

¹³ Contrato de Concesión de la Red Vial N° 04

Cláusula 8.6.

¹⁴ Código del Consumidor

“Artículo 1.- Derechos de los consumidores

1.1.- En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.”

¹⁵ Código del Consumidor

“Artículo V.- Principios





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

- 27.- En ese contexto, un proveedor que actúa con buena fe es aquel que informa adecuada y oportunamente de los servicios que debe brindar.
- 28.- Si un consumidor no es adecuadamente informado por la entidad prestadora, entonces es razonable que, en virtud del principio de la garantía implícita¹⁶, espere que el servicio que se brinda corresponde a los usos y costumbres del mercado, que vienen determinados por la forma en que se atiende a los usuarios en otros tramos viales de la Panamericana Norte y Sur, como los comprendidos entre Ancón – Pativilca y Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, a cargo de NORVIAL y Concesionaria Vial del Perú S.A., respectivamente.
- 29.- Complementando lo anterior, se aprecia de la observación del reverso de comprobante de pago expedido por AUNOR (folio 4), que únicamente aparecen indicaciones de seguridad para el usuario. Tampoco hay información en la página Web de la entidad prestadora sobre los servicios que se prestan en la Red Vial N° 4¹⁷.
- 30.- Asimismo, AUNOR no ha acreditado que por otros medios diferentes al comprobante de pago y la página Web, haya informado a sus usuarios

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:
(...)

5. Principio de Buena Fe.- En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular."

¹⁶ Código del Consumidor

"Artículo 20°.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

- Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.
- Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.
- Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado."

Al respecto, una de las maneras de cubrir las expectativas del consumidor se da a través de la garantía, que no es más que la asunción de responsabilidad del proveedor frente al consumidor, en caso el producto o servicio no satisfaga las expectativas antes mencionadas. Si no se delimita de manera expresa esta garantía, se aplicará la presunción de la garantía implícita, que se configurará en atención a los usos comerciales en cada caso particular.

¹⁷ <http://www.ohlconcesiones.com.pe/> (página web visitada el 15 de septiembre de 2011).



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

sobre los servicios que se encuentra obligada o no a prestar, en este caso el servicio de traslado de vehículo.

- 31.- Se puede concluir entonces, que la expectativa de un usuario razonable de una red vial concesionada consiste en recibir un servicio de buena calidad, superior al que brinda el Estado, máxime si en concesiones similares se aprecia una evidente mejora del servicio.
- 32.- Por ejemplo, del expediente se advierte que el señor SALDAÑA esperaba que AUNOR le preste auxilio mecánico, pues la concesionaria NORVIAL S.A. sí brinda dicho servicio así como el de traslado de vehículo averiado, lo cual está probado con el comprobante de pago anexo al recurso de apelación (folio 4) y en su página Web¹⁸. De igual manera, Concesionaria Vial del Perú S.A, empresa operadora de una red vial semejante, otorgada en la misma modalidad (autosostenible) que la Red Vial N° 4, ofrece los servicios de auxilio mecánico y remolque de vehículo¹⁹.
- 33.- Por ello, teniendo en cuenta los usos comerciales en las concesiones viales, es razonable que un usuario espere que cuando utiliza una carretera concesionada se preste el servicio de auxilio mecánico o de traslado de vehículos averiados hasta la estación de asistencia más cercana.
- 34.- No obstante, el servicio que recibió el señor SALDAÑA de parte de AUNOR distaba mucho de lo que podría esperar o prever un consumidor razonable.
- 35.- Por otro lado, se debe tener presente que AUNOR mantenía una relación contractual con el MTC, por la cual no estaba obligada aún a realizar dichas prestaciones, por incumplimiento de este de entregar la vía en los niveles de serviciabilidad previstos en el Contrato de Concesión.
- 36.- Ahora bien, a un consumidor razonable²⁰, no excesivamente racional ni tampoco descuidado, no podría exigírsele que conozca en detalle la

¹⁸ http://www.norvial.com.pe/ser_emergencias.htm (página web visitada el 15 de septiembre de 2011).

¹⁹ <http://www.coviperu.com/> (página web visitada el 15 de septiembre de 2011).

²⁰ "Hablar de un consumidor razonable no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario, es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias."

BULLARD, Alfredo, ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario, Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual N° 10, INDECOPI. En web: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/otonio2010/AlfredoBullard.pdf> (página web visitada el 20 de septiembre de 2011).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

relación contractual existente entre AUNOR y el MTC. Es verdad que en dicha relación ha existido incumplimiento por parte del Concedente y, por ello, la entidad prestadora está exonerada frente a éste de brindar el servicio de traslado de vehículos averiados; sin embargo, no es legítimo que aquella le traslade al usuario el costo de información sobre las prestaciones que está obligada a brindar.

- 37.- En resumen, la conducta esperada de AUNOR era suministrar información oportuna, veraz y adecuada respecto de las prestaciones que se efectúan en la Red Vial N° 4; lo que no sucedió.
- 38.- La falta de provisión de información por parte de AUNOR vulnera el derecho del consumidor de acceder a información oportuna, suficiente y veraz²¹ para tomar decisiones eficientes; en este caso, la asimetría informativa ha provocado que el señor SALDAÑA espere que se le preste un servicio al cual AUNOR no estaba obligada dentro de la relación jurídica con el MTC.
- 39.- En aplicación del Principio de Corrección de la Asimetría se debe entender que las normas del Código de Consumidor pretenden corregir el desequilibrio que existe entre proveedores y consumidores, que colocan a estos en una situación de desventaja frente a aquellos²².
- 40.- En este caso particular, cuando la entidad prestadora, por causas que son externas a la relación de consumo, no está obligada a cumplir con ciertas prestaciones, en concordancia con el principio de buena fe, tiene el deber de informar expresamente cuáles son las únicas que brindará, caso

²¹ Código del Consumidor

"Artículo 1.- Derechos de los consumidores

1.1.- En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b.- Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios".

²² Código del Consumidor

"Artículo V.- Principios

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

(...)

4.- Principio de Corrección de la Asimetría.- Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado."



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

contrario se entiende que se obliga a cumplir con lo esperado por un consumidor razonable.

- 41.- En consecuencia, AUNOR ha incumplido con su deber de información para con los usuarios, en específico con respecto al señor SALDAÑA.

Sobre la responsabilidad por daños

- 42.- Ahora bien, en la instancia de apelación del expediente aparece que el apelante solicita una indemnización de S/. 1 000 000,00 (un millón con 00/100 nuevos soles), por lo que si bien la imputación no es expresa, implícitamente el señor SALDAÑA está responsabilizando a AUNOR por los daños, por lo cual solicita reparación.

- 43.- Es pertinente aclarar que el TSC sólo es competente para determinar responsabilidad civil, pero no para estimar el monto de reparación por los daños²³.

- 44.- Al respecto, de acuerdo con el Código Civil, quien alega daños debe probar que estos se han producido²⁴. En ese sentido, para determinar responsabilidad por daños, previamente debe acreditarse su existencia,

- 45.- En el presente caso, no es posible declarar la responsabilidad civil de AUNOR por algún daño ocasionado al señor SALDAÑA al no haberse demostrado su existencia.

Sobre la medida correctiva

- 46.- La Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en *Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción del Transporte Aéreo (Ley de Creación de OSITRAN)*, establece que OSITRAN puede adoptar medidas correctivas sobre las materias de su competencia²⁵.

²³ **Precedente Vinculante establecido mediante Resolución N° 001-2005-TSC-OSITRAN (Exp. N° 16-04-TR/OSITRAN: M&X Gricesa S.A.C. contra Empresa Nacional de Puertos S.A.) de fecha 21 de enero de 2005.**

"Artículo SEGUNDO: Establecer con carácter de precedente de observancia obligatoria que la competencia del Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN, sólo lo autoriza a pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad de las entidades prestadoras, mas no sobre la valoración de dicha responsabilidad (...)"

²⁴ **Código Civil**

"Artículo 1331.- Prueba de daños y perjuicios

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

²⁵ **Ley N° 26917**

"Artículo 7.- Funciones





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

- 47.- Considerando que, si OSITRAN es competente para conocer los reclamos de los consumidores o de los usuarios finales, tanto en materia de infracción de los derechos de idoneidad como de información y aplicar el Código de Protección y Defensa del Consumidor, resulta forzoso interpretar que puede dictar las medidas correctivas reguladas en dicho texto legislativo.
- 48.- El Código del Consumidor prescribe que se pueden dictar medidas correctivas de oficio²⁶. En el presente caso, es necesario evitar que, en el futuro, los usuarios de AUNOR tengan expectativas de que se le ofrezcan servicios que la entidad prestadora no brinda. En ese orden de ideas, es pertinente disponer que AUNOR informe a sus usuarios, en los comprobantes de pago, en su página web y/o en carteles próximos a las estaciones de peaje o en el trayecto de la vía concesionada cuáles son los únicos servicios que ofrece.
- 49.- Esta decisión tiene sustento en el literal f del artículo 116 del Código del Consumidor, que establece que se puede imponer cualquier medida que tenga el objeto de evitar la realización de la misma conducta infractora²⁷.

Sobre el cumplimiento de la presente resolución y la remisión del expediente

- 50.- Por otra parte, en la medida que AUNOR no ha probado que informa a sus usuarios, ni en su comprobante de pago, ni en su página web ni por

7.1.- Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes :

(...)

- c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas".

²⁶ **Código del Consumidor**

"Artículo 114.- Medidas correctivas

(...)

Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento.

Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte".

²⁷ **Código del Consumidor**

"Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias

Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

(...)

- f.- Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro."



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

otros medios, respecto de los servicios que presta, hay indicios razonables que acreditan que no estaría cumpliendo con su obligación de informar a los usuarios contenida en las disposiciones del Código del Consumidor y en la cláusula 8.6 del Contrato de Concesión²⁸; por lo que, corresponde informar a la Gerencia de Supervisión para que proceda conforme a sus atribuciones y determine si los hechos descritos constituyen infracciones sancionables²⁹.

²⁸ **Reglamento de Infracciones y Sanciones**

"Artículo 12.- Incumplir las condiciones o especificaciones de operación

La Entidad Prestadora que incumpla con las condiciones o especificaciones técnicas de operación estipuladas en el respectivo Contrato de Concesión o contenidas en la normativa que sobre tales materias dicten las autoridades competentes, de manera tal que:

(...)

12.2.- Limite el uso de la infraestructura o la prestación del servicio, o su calidad, o ponga en menor riesgo la seguridad de las personas, incurrirá en infracción grave;"

²⁹ **Reglamento General de Supervisión**

"Artículo 2.- Definiciones

Para efectos de este Reglamento entiéndase por:

(...)

n) 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 8.- 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".

Manual de Organización y Funciones, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN y modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2009-CD-OSITRAN

"Gerencia de Supervisión

Finalidad

Es el órgano responsable de supervisar la gestión de las entidades prestadoras relacionadas a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público verificando el cumplimiento de los estándares de servicios, el mantenimiento de la infraestructura así como las inversiones pactadas en los contratos de concesión.

(...).

Funciones Generales

(...)

13.- Supervisa el cumplimiento de los estándares de calidad establecidos en los contratos de concesión y en las normas aplicables.

(...)

16.- Actúa como instructor y administra los procesos administrativos sancionadores proponiendo a la Gerencia General las sanciones correspondientes, encargándose de la formación y custodia de los expedientes, así como el control de Sanciones Impuestas".



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

51.- Asimismo, deberá encargarse a esta gerencia la verificación el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución³⁰.

52.- En lo que respecta a las alegaciones del señor SALDAÑA sobre la comisión de delitos contra el patrimonio por parte de AUNOR, este colegiado se abstiene de emitir pronunciamiento alguno, por no ser de su competencia; quedando a salvo su derecho de acudir a las instancias pertinentes.

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 del OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión contenida en la Carta AN-GG-C-11-emitidas por AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. mediante la cual desestimó el reclamo de fecha 13 de abril de 2011 del señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA; y, en consecuencia, **DECLARAR FUNDADO** el reclamo presentado por el señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA por no haber cumplido AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. con su obligación de informar; quedando agotada la vía administrativa.

³⁰ Reglamento de Infracciones y Sanciones. Aprobado por Resolución de consejo directivo N° 023 – 2003 – CD/OSITRAN y modificado por las Resoluciones N° 077-2005-CD-OSITRAN 005-2007-CD-OSITRAN.

"Artículo 41º.- Incumplir las decisiones de OSITRAN

41.1.- La Entidad Prestadora incurrirá en infracción muy grave cuando incumpla las decisiones de OSITRAN que tengan por objeto:

41.1.1.- Permitir la utilización de la infraestructura, el Acceso a la misma, o la prestación de los servicios a que se encuentran obligados;

41.1.2.- Realizar las acciones necesarias que permitan la utilización de la infraestructura o la prestación de los servicios; o,

41.1.3.- Realizar las acciones necesarias para evitar poner en grave riesgo la seguridad e integridad de las personas o instalaciones;

41.2.- La Entidad Prestadora incurrirá en infracción grave cuando incumpla las decisiones de OSITRAN que tengan por objeto:

41.2.1.- Realizar las acciones necesarias para evitar que se limite el uso de la infraestructura o la prestación del servicio, o su calidad; o,

41.2.2.- Realizar las acciones necesarias para evitar que se ponga en riesgo menor la seguridad o integridad de las personas o instalaciones.

41.3.- La Entidad Prestadora incurrirá en infracción leve cuando incumpla las decisiones de OSITRAN que tengan por objeto:

41.3.1.- Ejecutar las obligaciones cuyo retraso no afecte el uso de la infraestructura o la prestación de los servicios; o,

41.3.2.- Realizar las acciones o evitar las omisiones que perjudiquen los intereses de los usuarios o el normal desenvolvimiento de las actividades de supervisión".



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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

AL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° 015-2011-TSC-OSITRAN

RESOLUCIÓN FINAL N 003

SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADO** el pedido del señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA de responsabilidad civil por daños de AUTOPISTA DEL NORTE S.A.e **IMPROCEDENTE** la solicitud de indemnización.

TERCERO.- DISPONER como medida correctiva que AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. informe a sus usuarios en los comprobantes de pago, en su página web y/o en carteles próximos a las estaciones de peaje o en el trayecto de la vía concesionada cuáles son los servicios que está obligada a cumplir, en el plazo máximo de siete días, de acuerdo con el último párrafo del artículo 52 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN³¹, encargándose a la Gerencia de Supervisión la verificación de su cumplimiento.

CUARTO.- REMITIR copia del Expediente N° 015-2011-TSC-OSITRAN a la Gerencia de Supervisión con la finalidad que actúe conforme sus competencias, de acuerdo con lo establecido en el considerando 47 de la parte considerativa de la presente resolución.

QUINTO.- PONER en conocimiento del señor VÍCTOR SALDAÑA BARBOZA y de AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. la presente resolución.

SEXTO.- 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

MAPS/CAMM

³¹ Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias.

"Artículo 52.- Resolución de segunda y última instancia

(...)

La Entidad Prestadora deberá cumplir lo ordenado en la Resolución dentro del plazo de 7 días contados a partir del día siguiente de la notificación. En caso el Tribunal fije un plazo, éste no podrá ser menor de siete (7) días, salvo en aquellos casos en que el Tribunal así lo determine de manera motivada. El incumplimiento de esta disposición será sancionado de conformidad al Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN."

