

EXPEDIENTE : 176-2019-TSC-OSITRAN

APELANTE : ESMERALDA FLOR DE MARÍA GÓMEZ CONDE

ENTIDAD PRESTADORA : GYM FERROVÍAS S.A.

ACTOS APELADOS : Decisión contenida en la
Carta R-CAT-036658-2019-SAC del 25 de julio de 2019

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 29 de abril de 2020

SUMILLA: *Corresponde confirmar la resolución apelada que declaró improcedente el reclamo presentado por la usuaria, en la medida que el mismo no corresponde a un reclamo en atención a lo dispuesto por Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por la señora ESMERALDA FLOR DE MARÍA GÓMEZ CONDE (en adelante, la señora GÓMEZ o la apelante) contra la decisión contenida en la Carta R-CAT-036658-2019-SAC emitida por GYM FERROVÍAS S.A. (en adelante, GYM o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

1. El 13 de julio de 2019, la señora GÓMEZ presentó un reclamo ante GYM manifestando que al apersonarse al tren de la Línea 1 del Metro, la Entidad Prestadora regaló tarjetas para acceder al servicio, las cuales no tuvo tiempo de reclamar; motivo por el cual solicitó se le obsequiará una tarjeta nueva.
2. Mediante Carta R-CAT-036658-2019-SAC notificada el 20 de septiembre de 2019, GYM dio respuesta al reclamo presentado por la señora GÓMEZ declarándolo improcedente señalando que los hechos expuestos no constituían materia reclamable de acuerdo a lo señalado en el numeral VII.8 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos y Usuarios de GYM.

3. El 28 de septiembre de 2019, la señora GÓMEZ interpuso recurso de apelación contra la decisión contenida en la Carta R-CAT-036658-2019-SAC, reiterando lo señalado en su escrito de reclamo.
4. El 18 de octubre de 2019, GYM elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC) el expediente administrativo.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

5. Corresponde dilucidar en la presente resolución lo siguiente:
 - i. Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto por la señora GÓMEZ contra la decisión contenida en la Carta R-CAT-036658-2019-SAC.
 - ii. Determinar, de ser el caso, si corresponde amparar el reclamo presentado por la señora GÓMEZ.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

6. De conformidad con lo señalado en el numeral VII. 11 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de GYM (en adelante, el Reglamento de Reclamos de GYM)¹, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, Reglamento de Reclamos del OSITRAN)², 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.
7. Al respecto, de la revisión del expediente administrativo, se advierte lo siguiente:

¹ 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 sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas, cuando se trate de cuestiones de puro derecho, se sustenta 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 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".

² Reglamento de Atención 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".

- i.- La Carta R-CAT-036658-2019-SAC fue notificada a la señora GÓMEZ el 20 de septiembre de 2019.
 - ii.- El plazo máximo para que la señora GÓMEZ interpusiera su recurso de apelación vencía el 11 de octubre de 2019.
 - iii.- La señora GÓMEZ presentó su recurso de apelación el 28 de septiembre de 2019, esto es, dentro del plazo exigido normativamente.
8. De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³- (TUO de la LPAG), al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas a lo largo del procedimiento.
 9. Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

III.2 EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la función de solución de controversias y atención de reclamos

10. La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, señala que como organismo regulador el OSITRAN tiene, entre otras funciones, supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas de las entidades o actividades supervisadas, imponiendo las sanciones correspondientes en caso de verificarse incumplimientos, así como solucionar las controversias y reclamos presentados por los usuarios contra las entidades prestadoras bajo el ámbito de su competencia⁴.
11. El artículo 6 de la Ley 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreos (Ley de creación del OSITRAN), concordante con el artículo 10 del Reglamento General de OSITRAN (en adelante, el REGO)⁵, señalan entre las funciones del OSITRAN, la de la de solucionar las controversias y reclamos de los usuarios.
12. En cuanto a la función de solución de controversias y reclamos, el artículo 37 del REGO señala:

⁴ Léase la exposición de motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-Cd-OSITRAN mediante el cual se aprobó el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, que entró en vigencia el 11 de junio de 2011, mediante publicación realizada en el diario oficial "El Peruano".

⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias.

"Artículo 37.- Funciones de solución de controversias y atención de reclamos

El OSITRAN está facultado para resolver en la vía administrativa las controversias y reclamos, que dentro del ámbito de su competencia, surjan entre entidades prestadoras y entre estas y sus usuarios".

13. En lo que refiere a los órganos competentes para la atención y solución de reclamos interpuestos por los usuarios de la infraestructura de transporte de uso público, cabe señalar que el artículo 38 del REGO establece lo siguiente:

"Artículo 38.- órganos Competentes para el ejercicio de las funciones de Solución de Controversias y Atención de Reclamos

(...)

La Entidad Prestadora es competente en primera instancia para la solución de reclamos que presente un Usuario por los servicios prestados por ésta, así como por los reclamos que presente un Usuario intermedio, con relación al acceso a las Facilidades Esenciales, antes de la existencia de un Contrato de Acceso, de conformidad con el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público.

Los recursos contra lo resuelto por los Cuerpos Colegiados del OSITRAN y las Entidades Prestadoras, son resueltos en segunda y última instancia administrativa, por el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos del OSITRAN.

*Las normas sustantivas y procesales que rigen la solución de controversias y atención de reclamos, así como las materias que se sometan a consideración de los órganos competentes, se definen en el **Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias** que apruebe el Consejo Directivo.*

(...)"

[El resaltado y subrayado es nuestro]

14. Tal como se puede apreciar del dispositivo legal citado, se observa que las instancias competentes para resolver los reclamos de los usuarios de las infraestructuras de transporte de uso público son:
- a) EN primera instancia la propia Entidad Prestadora
 - b) En segunda y última instancia administrativa el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos del OSITRAN.
15. Ahora bien, en lo que respecta a la definición de reclamo, el literal b) del artículo 1 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN (en adelante, Reglamento de Reclamos) lo define de la siguiente manera:

"b) RECLAMO: La solicitud, distinta a una Controversia, que presenta cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una entidad prestadora que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN.

(...)"

[El resaltado y subrayado es nuestro]

16. En cuanto a la normativa de los procedimientos que rigen la atención y solución de reclamos, el artículo 2 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN establece lo siguiente:

"Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento

1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:

a) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de entidades prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;

b) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de entidades prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN.

(...)"

[El resaltado y subrayado es nuestro]

17. Como se aprecia, el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN indica expresamente que su objetivo y ámbito de aplicación son los reclamos de los usuarios relacionados con la prestación de servicios a cargo de las Entidades Prestadoras reguladas o supervisadas por el OSITRAN.

18. A propósito de la definición de reclamo, cabe señalar que el artículo 2, inciso 20) de la Constitución Política del Perú, reconoce a toda persona el derecho de formular peticiones a la autoridad competente y a recibir una respuesta, derecho que también se encuentra recogido en el artículo 117.2 del TUO de la LPAG, a través de la figura de la petición administrativa:

"Artículo 117.- Derecho de petición administrativa

(...)

117.2. El derecho de petición administrativa comprende las facultades de **presentar solicitudes en interés particular del administrado**, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia".

[El resaltado y subrayado es nuestro]

19. De lo expuesto, se desprende que el reclamo al que se refiere el Reglamento de Reclamos del OSITRAN, constituye un derecho de petición que los usuarios utilizan como mecanismo para exigir a las entidades que explotan infraestructuras de transporte de uso público, la satisfacción de un legítimo interés particular íntimamente vinculado al servicio prestado.
20. En esa línea, el artículo 33 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN prevé que los reclamos podrán recaer respecto de servicios regulados o servicios derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público que resultan responsabilidad de la Entidad Prestadora, siempre que se encuentren bajo la supervisión del OSITRAN. En ese sentido, dicho artículo establece que los reclamos deben estar, entre otros, sobre lo siguiente:

"Artículo 33.- Objeto del Procedimiento

El presente procedimiento administrativo tiene como objeto la solución de los reclamos que presenten los usuarios intermedios o finales ante las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios, referidos en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 de este reglamento.

(...)"

21. En ese orden de ideas, como se aprecia de los cuerpos normativos citados, este Tribunal es competente en segunda y última instancia administrativa para pronunciarse respecto de las solicitudes de los usuarios susceptibles de reclamo relacionados con asuntos vinculados a la facturación, calidad del servicio, daños o pérdidas, cualquier reclamo surgido en aplicación del REMA, defectos en la información brindada a los usuarios y los relacionados con el acceso a las infraestructuras que limiten el acceso individual a los servicios prestados por las Entidades Prestadora; siempre que estos deriven de la prestación o uso efectivo de servicios brindados por las Entidades Prestadoras reguladas o supervisadas por OSITRAN.

Sobre las atribuciones y deberes de la Entidad Prestadora

22. A través del Contrato de Concesión se le ha conferido a GYM en calidad de Entidad Prestadora, el derecho a la explotación de la infraestructura del transporte masivo en la Línea 1 del Metro de Lima, el que comprende la libertad de organizar la operación y funcionamiento del servicio. En contrapartida, se le ha encargado el deber de brindar el servicio de transporte respetando el marco de su Contrato de Concesión y demás leyes aplicables. En efecto, en el artículo 8 del Contrato de Concesión se aprecia lo siguiente:

"Derechos y Deberes del CONCESIONARIO

8.1. La Explotación por el CONCESIONARIO constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recupera su inversión, así como un deber, en la medida en que el CONCESIONARIO está obligado a la Conservación de los Bienes de la Concesión y prestar el Servicio a los Usuarios dentro de los Niveles de Servicio especificados en el Anexo 7 del presente Contrato y cumplimiento de las Leyes Aplicables.

EL CONCESIONARIO tiene derecho a disponer la organización del Servicio y a tomar las decisiones que considere más convenientes para su adecuada operación y funcionamiento, respetando los términos y condiciones del presente Contrato y las Leyes Aplicables.
(...).

EL CONCESIONARIO tiene derecho a explotar directa o indirectamente los Bienes de la Concesión, el Servicio y los Servicios Complementarios que crea conveniente, de acuerdo a lo establecido en este Contrato, en las Bases y Leyes Aplicables. Este derecho implica la libertad del CONCESIONARIO en la gestión y conducción del negocio, la cual incluye pero no se limita, a la administración y mantenimiento de la infraestructura, a la libertad de subcontratar servicios, la libertad de escoger al personal que contrato, las Bases y las Leyes Aplicables En tal sentido, el CONCESIONARIO es el único titular y responsable de los resultados económicos y de los riesgos que deriven de ello”.

[El subrayado es nuestro]

23. Asimismo, los artículos 7 y 22 del Reglamento de Usuarios establecen que los usuarios de la infraestructura de transporte de uso público y las Entidades Prestadoras tienen el derecho y la obligación, respectivamente, de respetar y recibir los servicios conforme a las especificaciones de calidad y cobertura establecidas en los contratos de concesión y las normas vigentes, conforme se aprecia a continuación:

"Artículo 7.- Derechos de los Usuarios

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

(...)

f. A la calidad y cobertura del servicio

A exigir de las Entidades Prestadoras la prestación de servicios de calidad y cobertura conforme a los niveles, establecidos en cada contrato de Concesión, las normas vigentes cuando corresponda”.

"Artículo 12.- Obligaciones de las Entidades Prestadoras

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 es nuestro]

24. En ese sentido, el literal l) del artículo 7 del Reglamento de Usuarios establece que la Entidad Prestadora no podrá limitar el uso de la infraestructura de transporte de uso público a las personas, siempre que estas cumplan con las normas vigentes, las establecidas en el contrato de concesión y las disposiciones relativas al uso de dicha infraestructura, lo que incluye el pago de la tarifa respectiva, conforme se aprecia a continuación:

"Artículo 7.- Derechos de los Usuarios

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

(...)

l. Al libre uso de la ITUP

Es el derecho a la utilización del tramo vial, ferroviario, bienes y servicios comprendidos en la Concesión, así como del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo. No podrá prohibirse o limitarse dicho uso a persona física o jurídica alguna, siempre que ésta cumpla con las normativas vigentes, las establecidas en cada contrato de concesión, las disposiciones relativas al uso de la ITUP, incluyendo las previstas en los respectivos contratos o mandatos de acceso, de tratarse de Usuarios Intermedios; y, de ser el caso, al pago de la Tarifa, Precio o Cargo correspondiente (...)".

[El subrayado es nuestro]

25. En línea con lo señalado, el artículo 34° del Reglamento de Usuarios establece que son medios de pago del servicio los siguientes:

"Artículo 34.- Medios de pago por el uso de la ITUP ferroviario y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo

El pago por el uso de la infraestructura ferroviaria, deberá ser efectuado en el momento y en las condiciones establecidas en los respectivos contratos de concesión y los tarifarios vigentes.

El concesionario del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo podrá prever que para la compra de la Tarjeta Inteligente para el uso del mismo, el pago se realice no solo en efectivo, sino también a través de tarjetas de crédito o débito. En el caso del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo el cobro podrá realizarse también por medio de máquinas expendedoras".

[El subrayado es nuestro]

26. En ese sentido, de los textos legales citados se desprende que en el ejercicio de la atribución de organizar la operación y funcionamiento del servicio conferida en el Contrato de Concesión, la Entidad prestadora está facultada para disponer los mecanismos o medidas que considere necesarias para recuperar su inversión, sin apartarse de las obligaciones que le correspondan conforme al referido contrato de concesión y las leyes aplicables.
27. Atendiendo a ello, se dispuso que para la utilización de la infraestructura de la Línea 1 del Metro de Lima resulta necesario que las personas cuenten con una tarjeta y abonen la tarifa respectiva, de conformidad a lo previsto en el artículo 34 del Reglamento de Usuarios previamente citado.

Sobre la solicitud de la señora GÓMEZ

28. Del expediente administrativo, se aprecia que la señora GÓMEZ presentó un escrito de reclamo ante GYM, manifestando que al comenzar a operar el tren de la Línea 1 del Metro de Lima, la Entidad Prestadora regaló tarjetas para acceder al servicio, no obstante lo cual no tuvo tiempo para reclamar aquella que le correspondía en ese momento, por lo que solicitó se le obsequiara una tarjeta nueva.
29. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal es competente para resolver en segunda y última instancia las pretensiones de los usuarios susceptibles de reclamo relacionadas con asuntos vinculados a los servicios prestados por las Entidades Prestadoras relacionados con la calidad del servicio, facturaciones o cobros, daños o pérdidas personales o a pertenencias, el acceso a la infraestructura; entre otros supuestos.
30. En el caso que nos ocupa, de los argumentos señalados por la señora GÓMEZ, no se verifica que estén relacionados al cuestionamiento de los servicios brindados por GYM alegándose que estos hayan sido prestados con alguna deficiencia de manera que se hubiera discutido su calidad o idoneidad, la realización de un cobro indebido o en exceso, la generación de un daño personal o patrimonial; o la negativa al acceso a la infraestructura.
31. En efecto, del escrito presentado por la señora GÓMEZ el 12 de septiembre de 2019, se verifica que solicitó se le otorgara una tarjeta de manera gratuita debido a que no pudo recibir alguna de aquellas que la Entidad estuvo regalando al inicio de las operaciones de uno de sus trenes, de lo que se desprende que la apelante no ha hecho referencia a ninguna situación relacionada con alguna deficiencia en la prestación o uso efectivo del servicio brindado por la Entidad Prestadora.
32. Se evidencia entonces que si bien presentó una solicitud a la Entidad Prestadora a fin de que se le entregara la referida tarjeta, no formuló una solicitud dirigida a la satisfacción de un interés legítimo particular vinculado a algún servicio concreto brindado insatisfactoriamente por GYM, en tanto que no está obligada a regalar tarjetas para el acceso a los vagones de la Línea 1, pues conforme se ha desarrollado precedentemente; a cambio de la prestación del servicio, tiene derecho al cobro de una tarifa.
33. En ese sentido, al no corresponder la solicitud de la señora GÓMEZ a hechos vinculados a la satisfacción de un interés particular relacionado con un servicio brindado por la Entidad Prestadora, no encaja dentro de la definición y alcance de reclamo previsto en los artículos 1 y 2 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN, ni los supuestos previstos en el artículo 33 del citado Reglamento
34. Por lo tanto, no resulta amparable el reclamo presentado por la señora GÓMEZ, correspondiendo confirmar lo resuelto por GYM en la Carta R-CAT-036658-2019-SAC.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁶;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión contenida en la Carta R-CAT-036658-2019-SAC mediante la cual GYM FERROVIAS S.A. declaró **IMPROCEDENTE** el reclamo del 11 de septiembre de 2019, presentado por la seora ESMERALDA FLOR DE MARÍA GÓMEZ CONDE.

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

TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución a la señora ESMERALDA FLOR DE MARÍA GOMÉZ CONDE y a GYM FERROVIAS 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, 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

NT 2020031617

⁶ **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

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