



INFORME N° 022-11-GAL-OSITRAN

Para : CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General

Asunto : Proyecto del nuevo Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias

Referencia : a) Memorando Circular N° 004-10-GG-OSITRAN
b) Nota 081-10-GAL-OSITRAN
c) Informe final del Consultor Dante Mendoza
d) Informe N° 010-11-GAL-OSITRAN

Fecha : 31 de mayo de 2011

I.- OBJETIVO.-

- 1.- Determinar la pertinencia de los comentarios de los interesados emitidos dentro del procedimiento de aprobación del nuevo Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias (en atención, el Reglamento de Reclamos); y en virtud de ello elaborar la nueva versión de dicho documento con los comentarios aceptados.

II.- ANTECEDENTES.-

- 2.- El Reglamento de Reclamos vigente fue aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-2004-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de enero de 2011.
- 3.- Posteriormente, fue modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2006-CD-OSITRAN publicada en el citado diario el 22 de diciembre de 2006. En esta modificación se agregaron los literales e) y f) y se reordenaron los literales desde el g) hasta el k) todos del artículo 7 del Reglamento de Reclamos. No obstante este cambio, los artículos 36, 56 y 71, que se remitían al artículo modificado, no fueron concordados; situación que fue advertida por la Oficina de Control Interno del OSITRAN, tal como consta en el Informe N° 002/2009/2/4732/OCI/OSITRAN, recomendando realizar las modificaciones correspondientes.
- 4.- Mediante Memorando Circular N° 004-10-GG-OSITRAN del 11 de marzo de 2010, la Gerencia General dispuso la revisión de los documentos normativos vigentes, entre los que se encontraba el Reglamento de Reclamos. Para cumplir con esta finalidad, el trabajo técnico estuvo bajo la conducción del Eco. Jorge Montesinos y contó con el apoyo de los siguientes profesionales del OSITRAN: Ximena Velit Poblete, Carlos Anibal Malca Maurologoitia, Mariela Aramburu García y Mayra Nieto Manga (en adelante, el grupo de trabajo), quienes se encargaron de la planificación de actividades, desarrollo, coordinación y revisión técnica de los informes de avance.
- 5.- Mediante Nota N° 081-10-GAL-OSITRAN, de fecha 20 de mayo de 2010, la Gerencia de Asesoría Legal (GAL), requirió la contratación de un consultor con el objeto que, en coordinación con el grupo de trabajo, revise y elabore un proyecto de modificación del

reglamento de reclamos y solución de controversias del OSITRAN; formulándose los respectivos términos de referencia.

- 6.- En cumplimiento de los términos de referencia, el consultor presentó dos informes. El primero contenía el análisis e identificación de los aspectos a corregir en el reglamento vigente; y el segundo, un informe final con su propuesta normativa y el sustento respectivo.
- 7.- Con fecha 29 de marzo de 2011 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución N° 011-2011-CD-OSITRAN mediante la cual se autorizó la publicación del proyecto del Reglamento de Reclamos.
- 8.- Con fecha 13 de abril de 2011 se realizó la Audiencia Pública para exponer los fundamentos y absolver dudas del público en general respecto del proyecto publicado. En la misma fecha se recibieron los comentarios vía correo electrónico y por escrito de Lima Airport Partners S.R.L. y CONUDFI, respectivamente.
- 9.- Con fecha 22 de abril y 3 de mayo de 2011, vía correo electrónico se recibieron los comentarios del señor Dante Abraham Botton Girón.

III.- ANÁLISIS

- 10.- El detalle de los comentarios y la respuesta a cada uno de ellos forman parte de la matriz que se adjunta. Sin embargo, a continuación se detallará los principales comentarios presentados por los interesados y se fundamentará si es procedente o no su incorporación.

III.1.- Principales comentarios

- 11.- Los principales comentarios de LAP con las respectivas respuestas son los siguientes:

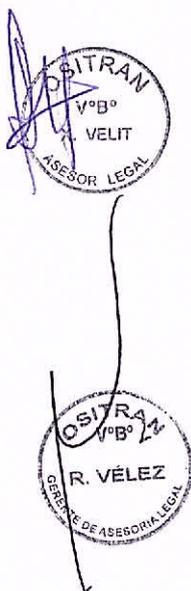
- i.- ***Con relación al artículo 1 solicitan precisar qué constituye, exactamente, un "derecho indisponible" de una Entidad Prestadora o Usuario Intermedio, que pudiera estar ventilándose en un procedimiento de reclamación.***

Un derecho disponible es aquél cuyo titular puede disponer libremente por sí mismo, no afectando con ello el interés de terceros o el interés público.

En tal sentido, el artículo establece la posibilidad que las controversias entre usuarios intermedios y entidades prestadoras que versen sobre derechos disponibles pueden someterse al arbitraje; contrario sensu, las relacionadas con derechos indisponibles deben ser tramitadas vía el procedimiento de solución de controversias, entre otros ejemplos se tienen: los relacionados con los bienes de la concesión, las facilidades esenciales, la caducidad del contrato de acceso que implique la afectación de la prestación de un servicio esencial a los usuarios finales.

- ii.- **Respecto a los literales a) y b) del artículo 2, se entiende los servicios regulados por OSITRAN también son supervisados por dicha entidad.**

En efecto, los servicios cuyos precios o cargos son fijados por OSITRAN también son supervisados por éste; sin embargo existen servicios que no son regulados



pero también son objeto de supervisión. La característica de estos servicios es que ambos se derivan de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, que como sabemos es el sistema compuesto por las obras civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o que permiten el intercambio modal, siempre que sea de uso público, a las que se brinde acceso a los USUARIOS y por los cuales se cobre una prestación.

Al respecto el Reglamento General de Tarifas del OSITRAN reconoce expresamente en su artículo 10 que existen dos regímenes tarifarios, a saber:

- 1.- Régimen tarifario supervisado.- Régimen tarifario bajo el cual las Entidades Prestadoras pueden establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios que presten en condiciones de competencia en los mercados respectivos. Este régimen tarifario es aplicable de manera general a la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, sin perjuicio de la aplicación del régimen tarifario regulado, de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.
- 2.- Régimen tarifario regulado.- Régimen tarifario bajo el cual las Entidades Prestadoras pueden establecer y modificar libremente las Tarifas de los servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, sin exceder las Tarifas Máximas que hayan sido fijadas en sus respectivos contratos de Concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por OSITRAN, conforme a lo establecido en el presente Reglamento.

Este régimen es aplicable de manera exclusiva a la prestación de servicios derivados de la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público por parte de las Entidades Prestadoras, en los casos en que dicha prestación no se realice en condiciones de competencia en el mercado. Dicho régimen es aplicable, sin perjuicio de la aplicación de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSITRAN.

En tal sentido, los servicios que pueden ser objeto de reclamo pueden ser tanto los regulados como los supervisados siempre y cuando se deriven de la explotación de la infraestructura de uso público que sirva para el intercambio modal o la prestación de servicios de transporte.

- iii.- ***Con relación a los principios aplicables se debe hacer una referencia a lo contenido sobre ellos en la LPAG (artículo IV del Título Preliminar) y en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (artículo 64).***

Se acepta la sugerencia de referirse no solo a los principios de la LPAG, sino también a los principios del Código del Consumidor. Sin embargo, no sólo se debe limitar a los del artículo 64 de este Código, que es aplicable específicamente a los usuarios de los servicios públicos, sino también a los principios generales recogidos en el artículo V de su título preliminar. Además se precisa que los principios de este código se aplican a los reclamos de los usuarios que caen bajo su protección.

Respecto de los principios citados, es preferible que no se eliminen, tal como sugiere LAP, pues a pesar de la remisión expresa a la LPAG y al Código de



Consumidor, se consideran que estos principios son los que mayor aplicación tienen dentro de los procedimientos de reclamos y controversias.

En razón de ello se agrega que sin perjuicio de los principios anteriormente señalados, los que se describen son especialmente aplicables a todos los reclamos, sean de usuarios que se encuentran bajo la protección del código del Consumidor o no, como podría ser por ejemplo una aerolínea o una naviera. Se agregan los principios de buena fe en los procedimientos, responsabilidad y eliminación de exigencias costosas, por resultar pertinente, conforme lo sugiere LAP y porque son aplicables tanto a usuarios que caen bajo la protección del Código del Consumidor como los que no están dentro de esta tutela

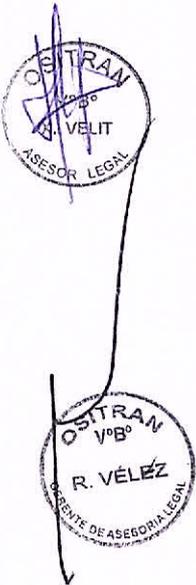
- iv.- ***El tercer párrafo del artículo 4 aparentemente regula la figura del "tercero administrado" previsto en el artículo 6o de la LPAG. Asimismo, se cuestiona la posibilidad que se alegue el interés subjetivo y colectivo para iniciar un procedimiento de reclamos o controversias. Debe precisarse la figura del "tercero interesado".***

Respecto al comentario sobre los *terceros administrados*, de acuerdo con el artículo 6o de la LPAG, estos son los que teniendo un interés legítimo son incorporados de oficio o a petición de parte a un procedimiento administrativo ya iniciado. Esta figura no es la recogida en el proyecto de Reglamento, pues se refiere expresamente a los interesados que pueden iniciar un procedimiento de reclamos o controversias y no a un tercero que se incorpore a uno ya iniciado. En ese sentido, se mantiene la frase en "*calidad de partes*" y se rechaza la propuesta por LAP, en calidad de "*terceros administrados*".

Por otro lado, la frase "*interés subjetivo*" que se sugiere eliminar; si bien no resulta necesario, a efectos de seguir lo establecido en la LPAG se cree conveniente hacer referencia únicamente al interés legítimo, considerando, además que este último ya queda subsumido en el primero.

Con relación a la eliminación de la referencia a intereses colectivos, debe recordarse que estos se refieren a los intereses de un grupo de personas plenamente identificables, a diferencia de los difusos. En ese orden de ideas, no sólo las asociaciones de consumidores pueden recurrir a los procedimientos de reclamos en nombre de sus asociados o de los usuarios que le otorguen el respectivo poder; también puede pasar que varios usuarios que se consideren afectados de manera conjunta por una acción de las entidades prestadoras se hagan representar por una sola persona natural o jurídica. En ese sentido, no se acepta la eliminación de este supuesto, pero si la precisión que la parte que inicie el procedimiento administrativo debe acreditar la debida representación.

El término "*terceros interesados*", puede sugerir que este tenga algún interés legítimo en el procedimiento administrativo de reclamos o controversias; sin embargo, la finalidad de este artículo es otorgar la posibilidad a aquellos que no tengan un interés directo en el procedimiento que entreguen información desean colaborar aportando información útil que permita tomar una decisión con mayor elementos de prueba. Para este tipo de intervención no se requiere que se acredite interés personal, pues a diferencia de los procesos civiles, en este tipo de procedimientos también está involucrado el interés público que corresponde al OSITRAN salvaguardar. En ese sentido, se cambia el término interesado por



coadyuvante pero no se acepta la sugerencia de condicionarlo a la acreditación de un interés personal.

- v.- ***Debe reconocerse la posibilidad que los órganos de primera instancia, especialmente, las Entidades Prestadoras declararen inadmisibilidad de los reclamos.***

Sobre la posibilidad de declarar inadmisibles no se acepta la sugerencia, pues, conforme con el artículo 38 del Reglamento, existe la obligación de las mesas de partes de observar el incumplimiento de los requisitos de forma, debiéndole otorgar un plazo de dos días al administrado para subsanar, de acuerdo con el artículo 125 de la LPAG y en caso de incumplimiento se tiene por no presentada la solicitud. Este plazo se está agregando en el artículo 38

- vi.- ***Respecto del recurso de apelación indican que este debe ser dirigido a la misma entidad que emitió el acto quien debe elevarlo al superior jerárquico para que éste –no la primera instancia- admita o rechace a trámite dicho recurso.***

De acuerdo con el artículo 209 de Ley N° 2744, el recurso de apelación se presenta ante la autoridad que emitió el acto y esta debe elevarlo al superior jerárquico y tal como señala, Morón Urbina comentando este artículo "No cabe por parte del órgano recurrido, ninguna acción de juzgar la admisibilidad o no del recurso, realizar informes para el superior, ni cualquier acción adicional que no sea presentar el caso al superior jerárquico". En ese sentido, se recoge la observación hecha por LAP.

- vii.- ***Debe mantenerse el plazo actual de dos (2) años para conservar los expedientes. No existe motivo que justifique ampliar el plazo de 2 a 5 años.***

Con relación al tiempo, es razonable que se mantenga por lo menos cuatro años el expediente, que es el plazo que tiene el OSITRAN para ejercer su potestad sancionadora, puede suceder que algún expediente de reclamo deba ser analizado para determinar algún incumplimiento sancionable. En consecuencia, se cambia el tiempo de conservación cinco a cuatro años.

- viii.- ***La habilitación de un registro en línea debe constituir una posibilidad y no una obligación de las Entidades Prestadoras.***

Se debe mantener como obligación el registro de reclamos en línea, pues ayudará al OSITRAN a llevar una mejor supervisión respecto del cumplimiento de atención de reclamos

- ix.- ***La obligación del Cuerpo Colegiado o del Tribunal de Solución de Controversias de emitir su pronunciamiento aún cuando hubiera operado el silencio administrativo negativo, podría traer inseguridad jurídica para el administrado en el caso de que, por ejemplo, éste hubiera acudido a la vía judicial ante la falta de pronunciamiento del Tribunal y luego este órgano emita una resolución en sentido distinto a la resolución que se cuestiona en la vía judicial.***

Se acepta comentario, pues cuando se hace valer el silencio administrativo negativo la autoridad pierde competencia para pronunciarse

- x.- *En el caso de que el reclamo involucrase la suspensión del cobro de una contraprestación al Usuario, si dicho reclamo hubiera sido declarado infundado, improcedente o inadmisibles mediante resolución firme, el reclamante debe estar obligado a pagar los intereses moratorios devengados diariamente desde la presentación del reclamo respectivo.*

Es legítimo que se apliquen intereses a lo dejado de pagar por los usuarios al iniciar un reclamo, si este es desestimado. Un ejemplo claro que el ordenamiento legal reconoce los intereses por el pago suspendido mientras se dilucida el derecho es el recogido en el artículo 537 del Código Procesal Civil

Este supuesto es reconocido por otros organismos reguladores dentro de su procedimiento de reclamos, por ejemplo en el artículo 11 de la Directiva de reclamos del OSIPTEL

- xi.- *Los reclamos debe necesariamente presentarse por escrito. La formulación de reclamos por vía telefónica podría generar graves problemas de cara a la formalidad que para los mismos recoge este propio reglamento.*

Los reclamos presentados vía telefónica son permitidos y han sido implementados por muchas empresas como por ejemplo los bancos, las tiendas comerciales, etc. La finalidad es facilitar al usuario interponer su reclamo y que este sea atendido. Con relación al cumplimiento de los requisitos del numeral 2 no se exige que estos sean remitidos en físico, salvo algunos casos específicos como la entrega de poderes de representación, para los cual se agrega un apartado precisando que para el caso de reclamos vía telefónica, se otorga un plazo de dos días para cumplir con dicha exigencia. Con relación a la firma, cuando se interponen vía telefónica no es exigible este requisito.



- xii.- *Debe otorgarse un plazo para subsanar incumplimiento de requisitos que deben acompañarse a los escritos que inician reclamos o controversias.*

Es procedente este plazo para subsanar; en consecuencia, se agrega en el artículo 38 que sin perjuicio de la obligación de la mesa de partes, la Entidad Prestadora dentro de los dos días hábiles puede solicitar el cumplimiento de algún requisito exigido.



- xiii.- *Debería mantenerse un único plazo para la emisión de la resolución por parte de la Entidad Prestadora. Este plazo único debería ser el que actualmente se tiene: 30 días hábiles. Incluso la determinación de si un supuesto específico se ajusta a un precedente obligatorio, puede tomar un poco de tiempo.*

Se ha establecido una diferencia de plazos La regla general es que se resuelva en 15 días, salvo que sean muy fáciles de solucionar, en tal razón, la Entidad Prestadora, teniendo en cuenta los precedentes vinculantes debe resolverlos de manera inmediata o puede que se necesite un mayor plazo, considerando la complejidad del asunto. Esta última posibilidad que el reclamo se resuelve en 30 y no en 15 días se entiende que es una decisión de la Entidad Prestadora pero que debe ser motivada y de la redacción queda clara dicha situación. En consecuencia no se acepta comentario



- xiv.- *Ante la falta de pronunciamiento tanto de los Cuerpos Colegiados, en los procedimientos de controversias, como de las Entidades Prestadoras, en los procedimientos de reclamos, debe aplicar el silencio administrativo negativo, no hay justificación para su distinción.*

No se acepta comentario puesto que en el caso del Cuerpo Colegiado se trata de un proceso Trilateral supuesto en el cual, de acuerdo con la primera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N° 29060, no aplica el silencio administrativo positivo. En cambio el procedimiento de reclamos seguido en primera instancia ante la Entidad Prestadora es lineal y, por regla general, aplica el silencio positivo

- xv.- *No encontramos razón que justifique que, cuando el OSITRAN implemente su centro de arbitraje, toda controversia tenga que ser decidida necesariamente en dicho centro. Una vez que se cuente con la constancia de "no interés público" las partes debería poder optar por llevar su controversia a la sede arbitral que les sea más conveniente, y no verse forzadas a hacerlo ante el propio OSITRAN.*

La obligación del OSITRAN de actuar como árbitro esta prevista en el literal l) del numeral 7.1 del artículo 7 Ley 26917, según el cual es función del OSITRAN actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas prestadoras de servicios; de éstos entre sí y las de carácter patrimonial que pudieren surgir entre el Estado y los concesionarios.

En ese sentido, se recoge la posibilidad que el OSITRAN implemente su centro de arbitraje, mientras ello sucede se faculta a las partes para recurrir a cualquier centro de arbitraje legalmente establecido. No obstante lo acotado, es claro que mientras sean materias arbitrables, las partes pueden recurrir al OSITRAN o cualquier otro centro de conciliación.

- 12.- Los comentarios de CONUDFI con las respectivas respuestas son los siguientes:

- i.- *El Título II especifica que pueden ser partes del procedimiento entre otros, los gremios de consumidores, en representación de sus asociados. Al respecto, se solicita que se incluya también a los gremios de usuarios, toda vez que la limitación al consumidor final limita a los usuarios importadores y exportadores a ser representados a través de sus gremios, más aún si se considera que el regulador protege los intereses.*

La posibilidad que este tipo de asociaciones participen en los procedimientos en representación de sus asociados se encuentra prevista en el tercer párrafo del artículo 4, cuando califica como partes a aquellos que representan intereses colectivos, que como dijimos, son aquellos que pertenecen a un grupo plenamente identificable. En tal razón, el supuesto que CONUDFI propone ya está previsto, por lo que no procede que se efectúe cambio alguno.

- ii.- *Al referirse en el artículo 33, sobre que el reclamo puede recaer, respecto de servicios derivados de la explotación de infraestructura de uso público, si están regulados bajo la supervisión de OSITRAN. Debería aplicarse el procedimiento de reclamos de usuarios así estos servicios estén directa o indirectamente vinculados a la explotación de infraestructura o de empresas-vinculadas a empresas reguladas-que presten servicios no regulados.*



Como se señaló en el literal ii del numeral 12 del presente informe, pueden ser objeto de reclamos los servicios específicamente regulados y aquellos que por estar en competencia no son regulados pero sí supervisados. En ambos casos los requisitos son que se deriven de la explotación de la infraestructura de uso público y que permitan prestar un servicio de transporte o faciliten el intercambio modal.

En virtud de lo señalado, la propuesta de CONUDFI se encuentra plenamente establecida en el artículo 2 del proyecto.

- iii.- *Si este reglamento recoge la posibilidad de que el organismo regulador pueda celebrar convenios de cooperación institucional con asociaciones de consumidores reconocidas y registradas a fin de obtener un porcentaje de las multas impuestas o que de existir imposibilidad fáctica de devolver el dinero a los consumidores o usuarios, se destine parte de ello al reclamante. Siempre que el reclamante represente intereses difusos.*

Considerando que este reglamento no regula la facultad de imponer sanciones, el comentario no es pertinente.



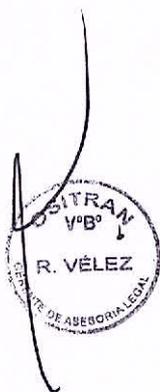
- 13.- Los comentarios del señor Dante Botton con las respectivas respuestas son los siguientes:

- i.- *Debería especificarse expresamente que las empresas prestadoras de servicios son las que están obligadas a probar la intensidad de uso de los servicios (por decirlo de algún modo). Por último, acorde con esta inversión de la prueba, y con la finalidad que la empresa no evada su obligación de probar, debería indicarse que en caso no cumpla con su obligación de probar el uso, entonces se tomará como cierto lo manifestado por el usuario en este aspecto.*

Considerando los argumentos expuestos y el hecho que han existido varias resoluciones del Tribunal de Solución de Controversias sobre este tema y que otros reguladores aplican esta figura de la carga dinámica de la prueba, resulta procedente que se incorpore en el Reglamento de Atención de Reclamos. Esta situación beneficia a los usuarios de no tener que adjuntar pruebas sobre hechos que son más fáciles ser producidas por las entidades prestadoras. Este supuesto se incorpora en el artículo 34.

- ii.- *Las empresas que OSITRAN supervisa tienen la obligación de tener libro de reclamos, en todo caso, de ser así, deberían recogerlo como una forma de reclamar; en el artículo 37 del proyecto publicado recogen diversas formas de presentar reclamos incluso por web, pero no hacen referencia a la posibilidad de utilizar el libro de reclamos.*

Se incorpora expresamente la posibilidad de interponer reclamos vía el cuaderno de reclamo, esto de acuerdo con el Código del Consumidor y el D.S. N° 01-2001-PCM.



IV.- CONCLUSIONES

Dentro de las sugerencias no recogidas tenemos las siguientes:

- i.- Que las entidades prestadoras, como órganos de primera instancia se pronuncien sobre admisión de los reclamos.
- ii.- Que los reclamos sólo se refieran a servicios regulados económicamente.
- iii.- Que se elimine la posibilidad de OSITRAN de participar como árbitro.
- iv.- Que se exista un plazo de 30 días para resolver.
- v.- Que aplique el silencio administrativo negativo cuando la entidad prestadora no se pronuncie dentro del plazo.

Analizados los comentarios de los interesados los principales cambios al proyecto de Reclamos son los siguientes:

- 
- i.- Se agregan los principios de buena fe en los procedimientos, responsabilidad y eliminación de exigencias costosas.
 - ii.- Con relación al "tercero interesado" es cambiado por el de "tercero coadyuvante".
 - iii.- Se establece un plazo de subsanación de los reclamos y controversias de acuerdo con el artículo 165 de la Ley N° 27444.
 - iv.- El tiempo de conservación de los expedientes se modifica de cinco a cuatro años.
 - v.- Se establece que el Tribunal de Solución de Controversias es el órgano competente para admitir los recursos de apelación.
 - vi.- Se establece que cuando opera el silencio administrativo negativo, los órganos administrativos pierden competencia para pronunciarse.
 - vii.- Se recoge la carga dinámica respecto de los servicios prestados por las Entidades Prestadoras. Esto significa que estas tienen la obligación de probar que el servicio se brindó de manera idónea y conforme con las normas que lo rigen.
 - viii.- Se establece la posibilidad de reclamar utilizando el Libro de reclamos, dando cumplimiento al Código del Consumidor.



V.- RECOMENDACIÓN

- 14.- Se recomienda al Consejo Directivo que mediante resolución, cuyo proyecto se adjunta, apruebe el "Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias", que incorpora para lo cual se somete a su consideración la respectiva exposición de motivos y la propuesta normativa elaborada por la GAL que incorpora los comentarios y

sugerencias conforme el detalle de la matriz de comentarios, que de ser aprobadas deberán ser publicadas en el diario oficial "El Peruano".

Atentamente,



ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal



CARLOS A. MALCA MAUROLAGOTIA
Asesor Legal II



XIMENA VELIT POBLETE
Asesor Legal I

CAMM/gvz
Reg.Sal.GAL N° 11696-11
Ref. 4738-10-GG