



## COMENTARIOS AL NUEVO PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

Daniel HENOSTROZA DE LA CRUZ<sup>(\*)</sup> 

### SUMILLA

I. Sumilla; II. Sentido y finalidad de los organismos reguladores; III. Los organismos reguladores en el peru, y su funcion de solucion de reclamos; IV. Pronunciamientos del tribunal constitucional en materia de solucion de reclamos de usuarios: el deber de proteccion de los organismos reguladores; V. El reglamento de atencion de reclamos y solucion de controversias de ositran; VI. Principales aspectos del nuevo procedimiento de atencion de reclamos de usuarios de la infraestructura portuaria; VII. Palabras finales

### RESEÑA

“(…) Estamos convencidos de que el establecimiento de un procedimiento de solución de reclamos para los usuarios de la infraestructura portuaria, y de la infraestructura de transporte en general, fue una decisión adecuada, y ha beneficiado principalmente a los usuarios, quienes cuentan con una vía idónea, especializada y oportuna para la solución de sus reclamos. Esperamos que el Organismo Regulador mantenga una política de mejora continua de sus reglamentaciones, tomando en cuenta los elementos que aporte la diaria práctica procedimental”.

(\*) Abogado UNMSM, Programa de Alta Especialización en Finanzas y Derecho Empresarial - ESAN, Derecho Administrativo Económico - ESAN, Administración y Organización - ESAN, Post Titulo en Derecho Procesal - PUCP, Especialización en Concesiones - Colegio de Abogados de Lima. Consultor de instituciones y empresas del Sistema Portuario Nacional.

## COMENTARIO

### I. SUMILLA

1. Mediante Resolución N° 019-2011-CD-OSITRAN (publicada el 11/06/2011), el Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, aprobó el Nuevo Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, cuyo objeto comprende, entre otros tópicos, el establecimiento de las normas rectoras del procedimiento que cada Concesionario u Operador de la Infraestructura Portuaria, Aero-

portuaria, Vial y Ferroviaria del País (a los que dicho Reglamento denomina “Entidades Prestadoras”), debe implementar para investigar y resolver los Reclamos presentados por los Usuarios Intermedios y Finales de la Infraestructura sujeta a su administración.

2. En lo que concierne a la Infraestructura Portuaria, en las últimas semanas se han publicado los siguientes Reglamentos de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios, que han sido aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN:

OPERADOR PORTUARIO	REGLAMENTO APROBADO POR:
APM TERMINALS CALLAO (Terminal Norte)	Res. N° 042-2011-CD-OSITRAN
DP WORLD CALLAO (Muelle Sur)	Res. N° 070-2011-CD-OSITRAN
ENAPU	Res. N° 061-2011-CD-OSITRAN
TISUR (Matarani)	Res. N° 069-2011-CD-OSITRAN
TPE - PAITA	Res. N° 072-2011-CD-OSITRAN

3. En este sentido, seguidamente vamos a analizar los principales aspectos del Nuevo Procedimiento de Atención y Solución de Reclamos, haciendo especial incidencia a los tópicos relativos a los Usuarios de la Infraestructura Portuaria. Para ello, nuestras apreciaciones se sustentarán principalmente en las resoluciones y pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de OSITRAN, en su calidad de Organismo Regulador de la Infraestructura de Transporte en el Perú.

### II. SENTIDO Y FINALIDAD DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

1. Los estudiosos consideran que el primer organismo regulador fue la “**Interstate Commerce Commission (ICC)**”, cuerpo regulatorio creado

en los Estados Unidos de América, por la Ley de Comercio Interestatal de 1887, cuyo propósito original fue regular las tarifas ferroviarias, a fin de asegurar costos equitativos y combatir la discriminación tarifaria, además de regular otros aspectos del transporte ferroviario.

2. Como señala GASPAR ARIÑO, “**los organismos reguladores son un nuevo tipo de autoridad estatal que tienen su origen en los Estados Unidos, donde se crean a principios del Siglo XX**”. Asimismo, este autor precisa que “**en Europa e Iberoamérica son la exigencia obligada de los procesos de privatización y liberalización de los grandes servicios públicos**”<sup>(1)</sup>. Como veremos más adelante, esta afirmación es especialmente cierta en el caso peruano.

(1) ARIÑO ORTIZ, GASPAR, Sobre la naturaleza y razón de ser de los entes reguladores y el alcance de su poder reglamentario. En: REDAE - Revista Eletrónica de Direito Administrativo Económico, Número 10, maio, junho, julio 2007, Salvador - Bahia - Brasil (<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-GASPAR%20ARINO.pdf>)

3. En este sentido, ALBERTO BIANCHI considera que la formación de los “Entes Reguladores” se explica en función de la importancia que el Estado atribuye a determinada actividad económica. Así, cuando el Estado considera que una actividad es esencial para la Sociedad la califica como Servicio Público, y requiere controlarla para que sea prestada dentro de determinados límites, y para que se cumplan las metas comprometidas por el Operador Privado. A fin de lograr este propósito, el Estado puede optar por “ejercer el control por sí o encomendárselo a una persona estatal diferente; esto es, centralizada, siendo la autarquía la forma jurídica que aparentemente más indicada resulta a estos fines. Es indudable que cuando se ha optado por esta solución se persiguen además dos objetivos adicionales: independencia del poder político e idoneidad técnica. Además, este proceso de descentralización de la operación de control conduce naturalmente a la autonomía funcional del ente y a la delegación en él de todas las funciones que sean necesarias para el cumplimiento de este fin, entre ellas las funciones reglamentarias y jurisdiccionales”<sup>(2)</sup> (subrayado nuestro).

4. En este contexto, en opinión del citado autor, “los organismos reguladores reúnen las tres funciones básicas de un Estado. Así, dentro de la actividad o servicio regulado ejercen la función administrativa, la legislativa y la jurisdiccional. Y además lo hacen dentro de un ámbito físico sumamente extendido que, en algunos casos, abarca a todo el territorio nacional. De allí entonces que los entes reguladores se comporten realmente como un pequeño

Estado dentro de otro Estado”<sup>(3)</sup> (subrayado nuestro). Por tanto, para BIANCHI, “el Ente Regulador ocupa un sitio muy especial en la dinámica de fuerzas e intereses que se dan entre -al menos- los tres sectores directamente interesados en la prestación del servicio público, esto es: a) el Estado como concedente; b) el concesionario o licenciatario; y c) los usuarios, donde -en teoría- aquel debe mantenerse equidistante de los intereses de los tres y velar por la protección y el cumplimiento de los derechos y obligaciones que cada uno posee. Por ello, siguiendo los lineamientos establecidos en los Estados Unidos, se lo ha caracterizado como un “árbitro neutral” entre los tres sectores mencionados”<sup>(4)</sup> (subrayado nuestro).

### III. LOS ORGANISMOS REGULADORES EN EL PERÚ, Y SU FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE RECLAMOS

1. En nuestro país, la política de privatizaciones y concesiones desarrollada en la última década del siglo pasado<sup>(5)</sup>, hizo necesaria la creación de organismos que se encarguen de verificar el cumplimiento de los compromisos contractuales asumidos por los concesionarios de los servicios públicos e infraestructura de transporte<sup>(6)</sup>. La Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, señala en su Art.2° que: “son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera”. En opinión de JORGE DANOS ORDOÑEZ, “se trata pues

(2) BIANCHI, ALBERTO B., La Regulación Económica, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p.225.

(3) BIANCHI, ALBERTO B., La Regulación Económica, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p.219.

(4) BIANCHI, ALBERTO B., La Regulación Económica, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p.218.

(5) Sobre el origen y fundamentos de esta política en nuestro país, puede consultarse: HENOSTROZA DE LA CRUZ, DANIEL, El Arbitraje en los Contratos de Concesión de la Infraestructura Portuaria del Perú. En: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, Tomo 36, Junio 2011, pp.177-192.

(6) Nos referimos a OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN.

de entidades con personalidad jurídica de derecho público, dotadas de una organización, con presupuesto propio y autonomía dentro del marco de la ley. Conforme a nuestro diseño constitucional no pueden depender directamente del Presidente de la República, porque se requiere que toda entidad del Poder Ejecutivo esté adscrita a un Ministro para que sea el responsable político ante el Parlamento, razón por la que se les adscribe a la Presidencia del Consejo de Ministros, lo cual a la vez denota la importancia que se les asigna en la estructura de la administración pública<sup>(7)</sup>.

2. En este sentido, en nuestro país los Organismos Reguladores cuentan con la autonomía necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Así lo ratifica JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, al indicar que “el sistema regulatorio concebido en el marco de las privatizaciones y desarrollado en el periodo post-privatizaciones es definido por la doctrina como un sistema autosuficiente, caracterizado por sus funciones de supervisión, imposición de sanciones y resolución de reclamaciones mediante una intervención cuasi jurisdiccional”<sup>(8)</sup> (subrayado nuestro).

3. Ahora bien, de acuerdo con las fuentes consultadas, resulta evidente que el cumplimiento de las funciones confiadas por el Estado a los Reguladores amerita que dichos orga-

nismos cuenten con la potestad de resolver los conflictos que se susciten entre los Explotadores de la Infraestructura de Transporte y Servicios Públicos, y los Usuarios de dicha Infraestructura y/o Servicios, pues como explica JORGE DANOS ORDOÑEZ, “dicha función pone en evidencia el cambio del rol del Estado que ha pasado de ser prestador, gestor directo de las actividades calificadas como servicios públicos para desarrollar más bien el papel de regulador de las condiciones de prestación del servicio a cargo de empresas concesionarias particulares, contando entre sus instrumentos de regulación la potestad de resolución de controversias entre los diversos agentes del sector y sus clientes. En tal sentido, corresponde al ente regulador arbitrar entre intereses contrapuestos, es decir, articular los diferentes intereses de los prestadores con los de los clientes o usuarios a fin de armonizarlos con el interés público comprometido en la actividad de servicio público”<sup>(9)</sup> (subrayado nuestro).

4. Debe recordarse que los Art.138° y 139° inciso 1° de la Constitución Política del Estado atribuyen la potestad jurisdiccional de manera exclusiva al Poder Judicial, y excepcionalmente, al Arbitraje y al Fuero Militar - Policial<sup>(10)</sup>. Asimismo, es necesario tener en cuenta que los Organismos Reguladores forman parte del Poder Ejecutivo, por lo que están constitucio-

(7) DANOS ORDOÑEZ, JORGE, Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57 - Inversión Privada en Servicios Públicos, Año XIX, 2004, p.63.

(8) SANTISTEVAN DE NORIEGA, JORGE, Servicios Públicos, Regulación y Constitución. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57 - Inversión Privada en Servicios Públicos, Año XIX, 2004, p.57.

(9) DANOS ORDOÑEZ, JORGE, Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57 - Inversión Privada en Servicios Públicos, Año XIX, 2004, p.76-77.

(10) Constitución Política del Perú, Artículo 138°.- Función jurisdiccional.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. (...).

Artículo 139°.- Principios de la función jurisdiccional.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

nalmente impedidos de ejercer la función jurisdiccional. Es por ello que CARLOS MALCA Y XIMENA VELIT consideran que la función de solución de reclamos de usuarios, atribuida a estos Organismos, “es una manifestación de la **función cuasi-jurisdiccional** otorgada a los organismos reguladores con la finalidad de reducir los costos de transacción entre las relaciones de los usuarios con las entidades prestadoras”<sup>(11)</sup> (subrayado nuestro).

5. Por tanto, el fundamento constitucional de esta potestad no puede radicar en los artículos 138° y 139°; inciso 1° de la Constitución Política del Estado, sino que “el reclamo es un derecho que tiene su génesis en el artículo 2° inciso 20) de la Constitución Política del Perú, la cual reconoce que toda persona tiene derecho de formular peticiones por escrito ante la autoridad competente y a recibir respuesta, también por escrito, dentro del plazo legal”<sup>(12)</sup>.

6. Bajo estas premisas, la Ley N° 27332 señala en su Art.3° inciso f) que los Organismos Reguladores tienen la “**función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan**”. De modo especial, en lo referido a la Infraestructura de Transporte, la Ley N° 26917 - Ley de supervisión de la Inversión Privada en infraestructura de Transporte de uso público y promoción de los servicios de Transporte Aéreo, señala en su Art.7.1° inciso n) que OSITRAN tiene la función de “**expedir las directivas pro-**

cesales para atender y resolver reclamos de los usuarios, velando por la eficacia y celeridad de dichos trámites”.

7. En este contexto, las ventajas de otorgar esta potestad a los organismos reguladores han sido desarrolladas JORGE DANOS ORDOÑEZ, quien señala que: “se justifica la intervención de los organismos reguladores en la solución de los reclamos que los usuarios formulen frente a las empresas prestadoras en las siguientes razones:

(i) la asimetría de la información entre los usuarios y las empresas prestadoras;

(ii) los altos costos de acudir al Poder Judicial, muchas veces en reclamos de poco monto y

(iii) las restricciones que enfrentan los usuarios para poder cambiar de proveedor principalmente en aquellas actividades en las que operan monopolios naturales o no existen sustitutos plenamente similares”<sup>(13)</sup>.

8. En el mismo sentido, CARLOS MALCA y XIMENA VELIT señalan que: “la finalidad de estas funciones es reducir los costos de transacción entre las entidades prestadoras y usuarios, así como **otorgar predictibilidad a la solución de los conflictos**”<sup>(14)</sup> (subrayado nuestro), a lo que agregaríamos el alto grado de especialidad necesario para resolver estos conflictos, que involucran aspectos técnicos, económicos y jurídicos.

(11) MALCA, CARLOS Y VELIT, XIMENA, Los usuarios y las funciones de solución de reclamos y fiscalización de la infraestructura de transporte de uso público, En: OSITRAN, Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, N° 05, 2010, p.142-143.

(12) MALCA, CARLOS Y VELIT, XIMENA, Los usuarios y las funciones de solución de reclamos y fiscalización de la infraestructura de transporte de uso público, En: OSITRAN, Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, N° 05, 2010, p.142-143.

(13) DANOS ORDOÑEZ, JORGE, Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57 - Inversión Privada en Servicios Públicos, Año XIX, 2004, p.86.

(14) MALCA, CARLOS Y VELIT, XIMENA, Los usuarios y las funciones de solución de reclamos y fiscalización de la infraestructura de transporte de uso público, En: OSITRAN, Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, N° 05, 2010, p.142-143.

9. Por lo expuesto, podemos concluir junto con JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA, que el Sistema Regulatorio “es cerrado y de vocación garantista. Es cerrado porque cuenta con todos los mecanismos necesarios para resolver cualquier conflicto o controversia derivado de la ejecución de la interpretación o ejecución de las cláusulas contractuales y de la normativa sobre servicios públicos, no requiriéndose de la injerencia de entes extraños al sistema. Asimismo, tiene vocación garantista porque los elementos que forman parte del sistema regulatorio (contratos de concesión, contratos ley, entes reguladores, mecanismos de solución de conflictos) están diseñados para garantizar el pleno respeto de los intereses de los usuarios de los servicios públicos, así como la seguridad jurídica indispensable para el desarrollo de sus operaciones por parte de las empresas concesionarias, sin requerirse de algún elemento adicional para garantizar tales finalidades”<sup>(15)</sup> (subrayado nuestro).

#### IV. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS: EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

1. Antes de ingresar al análisis específico de articulado del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, es necesario indicar que el Tribunal Constitucional, en diversos pronunciamientos, se ha referido al DEBER ESPECIAL DE PROTECCIÓN DEL ESTADO A LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. En efecto, partiendo de lo dispuesto en el Art.65° de la Constitución, que señala que: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios”, el Supremo Intérprete de la Constitución ha señalado en la STC-0008-

2003-AI/TC, que “la Constitución reconoce el derecho de defenderse de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce el derecho de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor”.

2. Este derecho de los consumidores y usuarios tiene su origen en la razón de ser del Estado, que es el Respeto y Defensa de los Derechos Fundamentales. Así, en la STC 0858-2003-AA/TC, el Magno Tribunal ha señalado que “el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un “deber especial de protección” (subrayado nuestro).

3. Por tanto, en cumplimiento de este Deber, el Estado tiene la tarea de “establecer procedimientos apropiados para que, en su seno, los consumidores y usuarios puedan, mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos, solicitar la protección de aquellos derechos e intereses”, pues “como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Federal Alemán, “también es función de los respectivos órganos estatales competentes ponderar entre los diferentes derechos fundamentales que se contraponen entre sí y atender a las consecuencias negativas que podría tener una determinada forma de cumplir con el deber de protección.” (STC 0858-2003-AA/TC).

(15) SANTISTEVAN DE NORIEGA, JORGE, Servicios Públicos, Regulación y Constitución. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57 - Inversión Privada en Servicios Públicos, Año XIX, 2004, p.51.

4. Debe recalcar que este Deber es plenamente aplicable a los Organismos Reguladores, en principio, porque la sentencia citada en el párrafo anterior fue emitida en un caso seguido contra OSIPTEL (Organismo Regulador del Servicio Público de Telecomunicaciones), y además porque en la STC-2939-2004-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “El Constituyente ha tenido un especial interés de vincular a todos los entes que ejercen poder público en torno a la defensa de la persona humana y de su dignidad, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales. De manera indubitable se incluyen los organismos reguladores que, en el marco de los procedimientos administrativos que lleva a cabo, señalan que deben respetarse las garantías básicas de los derechos fundamentales de los que son titulares los particulares, entre ellos especialmente el derecho al debido proceso”.

5. Asimismo, para el caso concreto de OSITRAN, la Resolución N° 055-2009-TSC-OSITRAN ha reconocido que “los órganos competentes para resolver los reclamos son las propias entidades prestadoras y éste órgano colegiado, como primera y segunda instancia administrativa, respectivamente, por lo que, considerando que actúan como instancias administrativas, tienen “un deber especial de protección de los derechos de los usuarios de Infraestructura de Transporte de Uso Público en los procedimientos de reclamos”<sup>(16)</sup>.

6. En este sentido, si bien debemos reconocer que el Deber Especial de Protección de Estado a los consumidores y usuarios es plenamente

aplicable a los procedimientos de reclamos de usuarios de la Infraestructura Portuaria, también debemos considerar que los alcances de este Deber deben sujetarse a la Ley y a un marco de razonabilidad en su ejercicio. Como señala JUAN ESPINOZA ESPINOZA, “el “deber especial de protección” de los consumidores debe ser interpretado con suma cautela, a efectos de no generar una sobreprotección que incentive conductas negligentes (tanto de los usuarios como de los propios operadores jurídicos). (...). El “deber especial de protección” no puede hacer asumir competencias que no se tienen, contraviniendo la normatividad del sistema jurídico y, sancionar por lo que no se debe hacer, es simplemente una aberración<sup>(17)</sup>.”

6. En virtud de lo expuesto, es indudable que el Procedimiento de Atención de Reclamos tiene como referente ineludible el Deber de Protección, sin que ello implique sobredimensionar los alcances de esta exigencia, pues de otro modo, las soluciones que se dicten en estos procedimientos podrían degenerar en pronunciamientos ilegales, o lo que es peor, injustos.

## V. EL REGLAMENTO DE ATENCIÓN DE RECLAMOS Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE OSITRAN

1. Como ya se ha expresado, la Resolución N° 019-2011-CD-OSITRAN (publicada el 11/06/2011), ha aprobado el Nuevo Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias de OSITRAN, definiendo como Controversia a “el desacuerdo o conflicto de interés sobre asuntos de interés público, de hecho o de derecho del ámbito de competen-

(16) <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/EXP0552009TSC/Expediente%20N%20055-2009-TSC-OSITRAN.pdf>

(17) ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, Tutela Administrativa de los consumidores de los servicios públicos de infraestructura de transporte de uso público. En: OSITRAN, Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, N° 06, 2011, p.34-35.

cia de OSITRAN, que se suscita entre Entidades Prestadoras. También a aquellas que se susciten entre éstas y sus usuarios intermedios respecto del Contrato o del Mandato de Acceso” (Art.1º, inciso “a”).

2. De otro lado, el Reclamo es “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 de OSITRAN” (Art.1º, inciso “b”).

3. CARLOS MALCA y XIMENA VELIT explican que “el reclamo puede ser interpuesto por cualquier usuario de ITUP respecto de los servicios prestados por las entidades prestadoras, así también, durante los procedimientos de acceso antes de la suscripción de un contrato de acceso, los usuarios intermedios pueden reclamar contra las decisiones que tome la entidad prestadora. En cambio, las controversias se presentan entre entidades prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios (no finales) con relación al cumplimiento e interpretación de los contratos y mandatos de acceso. Otra diferencia es en el procedimiento: la primera instancia en el reclamo, es la propia entidad prestadora, en la controversia, el Cuerpo Colegiado, en ambos casos la segunda y última instancia administrativa es el TSC”<sup>(18)</sup> (Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN).

4. En este sentido, seguidamente nos centraremos en los principales aspectos del Procedimiento de Atención de Reclamos de Usuarios de la Infraestructura Portuaria.

## VI. PRINCIPALES ASPECTOS DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE ATENCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA

### VI.1. RESPECTO A LAS PARTES DEL PROCEDIMIENTO (ART.4º)

1. Las partes del Procedimiento son el Usuario y la Entidad Prestadora. El Usuario es la persona natural o jurídica que utiliza la Infraestructura Portuaria para prestar servicios a terceros (Usuario Intermedio: agentes marítimos, transportistas de pasajeros y de carga), o de manera final (Usuario Final: pasajeros, dueños de carga en transporte).

2. Se permite participar en el procedimiento, con calidad de parte, a las asociaciones de consumidores o usuarios en representación de sus asociados, y también en representación de los usuarios que les otorguen poderes para ello.

3. Adicionalmente, se permite la participación como parte cuando se actúe en representación de intereses colectivos, a los que el Informe Legal N° 022-2011-GAL, de la Gerencia Legal de OSITRAN, define como “intereses de un grupo de personas plenamente identificables (...), 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”<sup>(19)</sup>.

4. De otro lado, se entiende como Entidad Prestadora a la Empresa que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de la Infraestructura Portuaria de Uso Público, incluyendo a las Empresas y Entidades Públicas, y a los Concesionarios Privados.

(18) MALCA, CARLOS Y VELIT, XIMENA, Los usuarios y las funciones de solución de reclamos y fiscalización de la infraestructura de transporte de uso público, En: OSITRAN, Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, N° 05, 2010, p.142-143.

(19) <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/RESO019-INFORME022/Resolucion%20019%20INFORME%20N022-11-GAL.pdf>

5. En la medida que estas empresas o entidades ejercen actividades cuyo titular primigenio es el Estado, son Responsables de la Prestación de los Servicios asociados a la Explotación de la Infraestructura Portuaria, y por tanto, se encuentran sujetas a la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, pues conforme lo indica el Art.I, inciso 8° de esta norma, sus disposiciones son aplicables a “las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”.

## VI.2. RESPECTO AL RECLAMO Y SUS REQUISITOS (ART.33°)

1. El Reclamo es la Solicitud de un Usuario para satisfacer un interés particular vinculado a servicios prestados por la Entidad Prestadora, derivados de la explotación de la Infraestructura Portuaria, que tiene la calidad de Facilidad Esencial, y que se encuentra bajo competencia de OSITRAN.

2. La Facilidad Esencial es la parte de la Infraestructura Portuaria necesaria e insustituible para prestar aquellos servicios que son esenciales para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros. En este sentido, los reclamos pueden referirse a las materias establecidas en el Art.33° del Reglamento, siempre que se relacionen con una Infraestructura Portuaria calificada como Facilidad Esencial.

3. Entre dichas materias, el reclamo puede referirse a la facturación y el cobro de los servicios que ofrece la Entidad Prestadora, derivados de la explotación de la INFRAESTRUCTURA.

Es importante indicar que el Usuario no está obligado a pagar aquellos servicios que ha reclamado. La obligación de pagar se suspende mientras dure el procedimiento administrativo. Sin embargo, si el reclamo es desestimado en última instancia administrativa, el Usuario quedará obligado al pago de los intereses generados durante ese periodo, pues como lo indica el Informe N° 022-11-GAL-OSITRAN (de 31/05/2011), “es legítimo que se apliquen intereses a lo dejado de pagar por los usuarios al iniciar un reclamo, si éste es desestimado. Un ejemplo claro que el ordenamiento legal reconoce los intereses por el pago suspendido mientras se dilucida el derecho es el recogido por el artículo 537° del Código Procesal Civil”<sup>(20)</sup>.

4. El reclamo también puede referirse a Daños o pérdidas en perjuicio de los USUARIOS, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de los funcionarios y/o dependientes de la Entidad Prestadora. Al respecto, JUAN ESPINOZA ESPINOZA, precisa que, “si bien el Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN tiene competencia para determinar si hay responsabilidad por daños, éste no la tiene respecto de la fijación del quantum indemnizatorio”<sup>(21)</sup>. Así lo ha establecido el Precedente Vinculante fijado por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, mediante Resolución N° 001-2005-TSC/OSITRAN, en el cual se decide: “Establecer con carácter de precedente de observancia obligatoria que la competencia del Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, sólo lo autoriza a pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad de las entidades prestadoras, mas no sobre la valoración de dicha responsabilidad”.

(20) [http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/RESO019-INFORME022/Resolucion%20019% 20INFORME % 20N022-11-GAL.pdf](http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/RESO019-INFORME022/Resolucion%20019%20INFORME%20N022-11-GAL.pdf)

(21) ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, Tutela Administrativa de los Consumidores de los servicios públicos de infraestructura de transporte de uso público. En: OSITRAN, Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, N° 06, 2011, p.41.

5. Como explica JORGE DANOS ORDOÑEZ, el Ordenamiento Jurídico Peruano, la imposibilidad de que el Tribunal de OSITRAN fije el monto de la responsabilidad civil **“encuentra fundamento en que se trata de materia (la responsabilidad civil) de derecho común que sólo compete resolver ante instancias jurisdiccionales y no en sede administrativa. (...) De no existir regulación especial sobre la determinación de responsabilidad, el regulador no tiene potestad para pronunciarse sobre la materia”**<sup>(22)</sup>.

6. Un aspecto formal de sumo interés es que en los procedimientos de reclamo no hay Defensa Cautiva (Art.6°). La Resolución N° 005-99-CD-OSITRAN sustenta esta prescripción en que **“se evita imponer costos de transacción adicionales y, al mismo tiempo, refuerza el carácter eminentemente técnico del procedimiento conducente a la solución de controversias”**<sup>(23)</sup>.

7. Finalmente, el plazo para presentar el reclamo es de 60 días hábiles, desde la fecha en que se produjo el hecho, o desde que el usuario tomó conocimiento del mismo. En este último caso, el usuario deberá acreditar que no pudo conocer los hechos al momento en que se produjeron (Art.36°).

#### VI.4. CONCILIACIÓN (ART.23°)

1. Se ha previsto la posibilidad de que la Entidad Prestadora formule una propuesta conciliatoria al usuario. En este caso, el procedimiento se suspenderá por diez días, a fin de agotar la posibilidad de un acuerdo, sujeto a revisión por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN.

2. Como fundamento de este precepto, la Resolución N° 005-99-CD-OSITRAN justificó la incorporación de la conciliación en el procedimiento de atención de reclamos, habida cuenta que **“reduce significativamente los costos de transacción, tanto para el Estado como para las partes involucradas”**.

3. Es pertinente indicar que la conciliación sólo puede versar sobre derechos disponibles, y que el Reglamento no ha definido los alcances de esta expresión, por lo que es pertinente remitirnos al Informe N° 022-11-GAL-OSITRAN, en el cual la Gerencia Legal del Regulador ha señalado que: **“un derecho disponible es aquel cuyo titular puede disponer libremente por sí mismo, no afectando con ello el interés de terceros o el interés público”**. Por tanto, no es disponible lo relacionado con **“los bienes de la concesión, las facilidades esenciales, la caducidad del contrato de acceso que implique la afectación a la prestación de un servicio esencial a los usuarios finales”**<sup>(24)</sup>; y desde nuestro punto de vista, todo lo referido al Acceso a la Infraestructura Portuaria, a la Discriminación y otros aspectos referidos a derechos fundamentales, o que pudieran suponer una renuncia indubitable del Estado a su Deber Especial de Protección a los consumidores y usuarios.

#### VI.5. RESPECTO A LA RESOLUCIÓN DEL RECLAMO EN PRIMERA INSTANCIA, Y AL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO (ART.41°)

1. El reclamo debe ser resuelto por la Entidad Prestadora ante la cual fue presentado, dentro del plazo de 15 días hábiles siguientes a su presentación. Excepcionalmente, el plazo para

(22) DANOS ORDOÑEZ, JORGE, Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57 - Inversión Privada en Servicios Públicos, Año XIX, 2004, p.84.

(23) <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/R005-1999-CD/R005-1999-CD.pdf>

(24) <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/RESO019-INFORME022/Resolucion%20019%20INFORME%20N022-11-GAL.pdf>

resolver el reclamo podrá ampliarse a 30 días hábiles, cuando se trate de casos complejos, y previa declaración motivada.

2. Como señala JUAN ESPINOZA ESPINOZA, “el gran problema en los órganos reguladores es que la primera instancia es la propia empresa prestadora de los servicios (y no un órgano independiente, como lo sería la Comisión de Protección al Consumidor del INDECO-PI). En mi opinión, sería conveniente uniformar este tratamiento procesal y evitar la inexplicable situación de ser juez y parte, a nivel de justicia administrativa (de los derechos de los consumidores) de los órganos reguladores”<sup>(25)</sup>. Por ello, como una forma de compensación a esta situación, la normativa ha previsto la aplicación del Silencio Administrativo Positivo, por lo que, en el supuesto que la Entidad Prestadora no emita y notifique su pronunciamiento dentro de los plazos correspondientes, se entenderá que el reclamo es fundado.

3. Al respecto, la Resolución N° 005-99-CD-OSITRAN (que aprobó el primer Reglamento de Atención de Reclamos de OSITRAN), sustentó la aplicación del Silencio Administrativo Positivo en la primera instancia, considerando que: “**garantiza la eficacia en la atención de los mismos por parte de las Entidades Prestadoras, ya que su inacción ofrecerá como beneficio a los Usuarios el que se consideren fundados sus reclamos. De otra forma, las Entidades Prestadoras contarían con suficientes incentivos para dejar de resolver. No rige el mismo principio para los reclamos que debe resolver el OSITRAN en segunda instancia. Ello se debe al carácter de neutralidad asignado por Ley al OSITRAN**

**donde su inacción, como entidad que forma parte de la Administración Pública no puede beneficiar a una parte en perjuicio de otra”**<sup>(26)</sup> (subrayado nuestro).

4. Una cuestión adicional es el plazo a partir del cual debe aplicarse el Silencio Positivo. Por un lado puede entenderse que el plazo de 15 días hábiles debe incluir la emisión y notificación de la resolución. Sin embargo, por otro lado, puede entenderse que el plazo de 15 días sólo se refiere a la emisión de la resolución, y por tanto, la Entidad Prestadora cuenta con un plazo adicional de 05 días hábiles para notificar su pronunciamiento.

5. Al respecto, consideramos que esta interrogante queda resuelta con la redacción actual del Art.188.1 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala “**los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, al que se adicionará el plazo máximo señalado en el numeral 24.1 del artículo 24° de la presente Ley, la entidad no hubiere notificado el pronunciamiento respectivo**” (subrayado nuestro). Como ya lo hemos indicado, de acuerdo con el Art.24.1° de la Ley N° 27444, “**toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique**”.

6. Por lo demás, cualquier duda respecto a la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 en materia de Silencio Positivo, queda zanjada con la Resolución N° 058-2009-TSC-OSITRAN, en la cual se estableció lo siguiente:

(25) ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, Tutela Administrativa de los Consumidores de los servicios públicos de infraestructura de transporte de uso público. En: OSITRAN, Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, N° 06, 2011, p.34-35.

(26) <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/R005-1999-CD/R005-1999-CD.pdf>

“De acuerdo con el artículo 24 de la LPAG, las entidades prestadoras deben de notificar su decisión sobre los reclamos a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de haber sido emitida. No hacerlo dentro de estos plazos, se entenderá que el reclamo es resuelto a favor del usuario. (...).

De lo anotado, se entiende que LAP tenía 30 días de plazo para emitir su pronunciamiento sobre el reclamo de LARRIVIERE y 5 días adicionales para notificarlo.

Siendo esto así, es indiscutible que en el presente caso ha operado el silencio administrativo positivo a favor de la señora LARRIVIERE, por lo que su reclamo resulta ser fundado” (subrayado nuestro).

#### V.7. RESPECTO AL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA: PROCEDIMIENTO TRILATERAL

1. Si bien el procedimiento de reclamos en primera instancia, es de tipo clásico o lineal, en segunda instancia se convierte en un Procedimiento Trilateral, en el cual el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN investiga y resuelve el conflicto entre la Entidad Prestadora y el Usuario, quienes se encuentran en un plano de paridad frente a la Administración. En efecto, la Resolución N° 005-99-CD-OSITRAN ha señalado que “la Administración Pública, representada por el OSITRAN, actúa como un tercero respecto de la controversia que surge entre dos sujetos participantes del mercado. Ello diferencia estas controversias de los procedimientos administrativos típicos, de naturaleza bipartita, en los que la Administración actúa frente a un administrado”<sup>(27)</sup>.

2. En el mismo sentido se ha pronunciado JORGE DANOS ORDOÑEZ, al señalar que: “cuando el organismo regulador conoce en vía de apelación de las resoluciones de las empresas concesionarias, a través de su respectivo tribunal administrativo, nos encontramos frente a un procedimiento administrativo de tipo triangular, en el que como se ha referido anteriormente a propósito de la resolución de conflictos entre empresas, el órgano administrativo a cargo de resolver el reclamo debe articular los intereses privados contrapuestos -los del concesionario y el usuario- y armonizarlos con el interés público”<sup>(28)</sup> (subrayado nuestro).

3. Lo resuelto por el Tribunal agota la vía administrativa, por lo que el afectado con el pronunciamiento podrá acudir al Poder Judicial, a través del proceso contencioso administrativo.

#### V.8. TENDENCIAS Y CRITERIOS DEL TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DE OSITRAN

Finalmente, hemos considerado conveniente referirnos a algunos pronunciamientos del Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, que a nuestro modo de entender, reflejan la forma en la cual este órgano viene resolviendo los reclamos planteados por los Usuarios de la Infraestructura Portuaria

##### 1. CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO A LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS

Mediante Resolución N° 013-2008-TSC-OSITRAN, se ha establecido que “en los procedimientos de reclamos, las Entidades Pres-

(27) <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/R005-1999-CD/R005-1999-CD.pdf>

(28) DANOS ORDOÑEZ, JORGE, Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 57 - Inversión Privada en Servicios Públicos, Año XIX, 2004, p.90.

tadoras de la infraestructura de transporte de uso público tienen el onus probandi o carga de la prueba para demostrar que el servicio por el cual han cobrado o pretender cobrar, efectivamente ha sido brindado (...). Este criterio adoptado se sustenta en que tácticamente las Entidades Prestadoras se encuentran en mejores condiciones para generar la documentación que demuestre o acredite la conformidad o las observaciones de los usuarios en la prestación de los diferentes servicios”.

1.2. Es pertinente indicar que este criterio ya ha sido positivizado en el Art.33° inciso a) del Reglamento, y ha sido reiterado en la Resolución N° 005-2009-TSC-OSITRAN, que estableció que: “en los procedimientos de reclamo las entidades prestadoras tienen la carga de la prueba respecto de la acreditación de la prestación efectiva del servicio por el cual han cobrado o pretenden cobrar”.

## 2. SOLO PROCEDE EL COBRO DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS EFECTIVAMENTE PRESTADOS

2.1. Como se desprende del criterio fijado en el numeral anterior, si la Entidad Prestadora no demuestra la prestación del servicio facturado, no podrá hacer cobro de mismo, pues como señala la Resolución N° 005-2009-CD-OSITRAN, “la entidad prestadora solo puede requerir a la empresa usuaria el pago de un servicio efectivamente brindado”

## 3. SE PRESUME QUE LOS SERVICIOS PORTUARIOS HAN SIDO PRESTADOS A SOLICITUD DEL USUARIO

3.1. Mediante Resolución N° 009-2010-TSC-OSITRAN se ha señalado que: “La Entidad Prestadora solo puede requerir a la empresa usuaria el pago de un servicio efectivamente brindado, presumiéndose que éste se presta conforme a lo solicitado, salvo prueba en contrario”.

3.2. Conforme lo indica claramente el pronunciamiento, estamos frente a una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario, por lo que, si el usuario demuestra que se le prestó el servicio en contra de su voluntad, no procederá el pago por dicho concepto.

## 4. EL USO DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA CONSTITUYE UNA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD TÁCITA DE ACEPTACIÓN DE LAS TARIFFAS Y CONDICIONES DE LA ENTIDAD PRESTADORA

4.1. Mediante Resolución emitida en los expedientes acumulados N° 047-2009-TSC-OSITRAN y 048-2009-TSC-OSITRAN, se ha señalado que: “a pesar de estar prescrito en el tarifario que el uso de la infraestructura o servicios ofrecidos por (la Entidad Prestadora) constituye una manifestación de voluntad, de aceptación de las tarifas y condiciones contenidos en dicho tarifario, en sentido estricto, conforme con los artículos del Código Civil anteriormente citados, al no ser una declaración oral o escrita, este comportamiento resulta ser una manifestación de voluntad de la cual se infiere que el usuario desea utilizar el servicio y, en consecuencia, también acepta las condiciones del tarifario”.

4.2. Al conceptuarse el uso de la infraestructura como una aceptación tácita del tarifario y demás condiciones de servicio ofrecidas por la Entidad Prestadora, el Tribunal concluye que: “si el uso de la infraestructura y de los servicios brindados por ENAPU, deriva en este caso específico, de una manifestación de voluntad tácita, entonces, como bien señala el Código, ésta no se configurará si es que existe una declaración expresa en contrario” (subrayado nuestro), con lo cual se equilibran los intereses de la Entidad Prestadora y del Usuario.

## 5. VALOR PROBATORIO DE LOS INFORMES EMITIDOS POR LOS DEPENDIENTES DE LA ENTIDAD PRESTADORA

5.1. En la Resolución N° 005-2009-TSC-OSITRAN se ha relativizado la eficacia probatoria de los informes emitidos por los dependientes de la Entidad Prestadora, en los aspectos que podrían favorecer a esta última, señalándose que “estos documentos no pasan de ser meros dichos o afirmaciones de parte, es decir no constituyen medios de prueba idóneos que certifiquen fehacientemente cual fue el área utilizada en el servicio de ocupación del muelle de los pontones brindado (al usuario), puesto que no permiten verificar la conformidad o en su defecto, las posibles observaciones del usuario sobre la verificación de dicho servicio”. En consecuen-

cia, un informe de la Entidad Prestadora sin la conformidad o aceptación del Usuario, no podría producir prueba contra este último.

## VII. PALABRAS FINALES

Luego de haber efectuado nuestra revisión, estamos convencidos de que el establecimiento de un procedimiento de solución de reclamos para los usuarios de la infraestructura portuaria, y de la infraestructura de transporte en general, fue una decisión adecuada, y ha beneficiado principalmente a los Usuarios, quienes cuentan con una vía idónea, especializada y oportuna para la solución de sus reclamos. Esperamos que el Organismo Regulador mantenga una política de mejora continua de sus reglamentaciones, tomando en cuenta los elementos que aporte la diaria práctica procedimental.