

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL

Nº 005-2000-GG-OSITRAN

Lima, 28 de agosto del 2000

PROCEDIMIENTO DE OFICIO

EXPEDIENTE Nº 001-2000-GG-OSITRAN

CUMPLIMIENTO DE LA CLAUSULA 6.7º DEL CONTRATO DE CONCESION

CORRESPONDIENTE AL FERROCARRIL CENTRAL

FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A.

La Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN;

VISTOS:

El Informe Nº 004-00-DTIV-OSITRAN de fecha 22 de junio del 2000 notificado a la empresa concesionaria el 3 de julio del 2000, mediante el cual el Jefe de la División Técnica de Infraestructura Vial y Ferroviaria pone en conocimiento de la Gerencia General los resultados de las labores de supervisión del Contrato de Concesión correspondiente al Ferrocarril del Centro en lo concerniente al cumplimiento de la cláusula 6.7º;

La carta Nº 078-2000/GG-JR de fecha 14 de julio del 2000 mediante el cual el Gerente General de la empresa concesionaria Ferrovías Central Andina S.A. formula sus descargos al Informe antes mencionado; y

Los escritos y actuaciones complementarias efectuados con ocasión del presente procedimiento y

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, corresponde a OSITRAN entre otras consideraciones, regular y supervisar el cumplimiento de los Contratos de Concesión referidos a la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, para tal efecto el artículo 6.3º del mismo marco normativo, establece que la atribución fiscalizadora de OSITRAN comprende la potestad de imponer sanciones a las Entidades Prestadoras que explotan la infraestructura de transporte de uso público por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión;

Que, el inciso c) del artículo 7.1º de la Ley mencionada expresamente establece como función de OSITRAN adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas;

Que, asimismo, la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Concesión correspondiente al Ferrocarril del Centro suscrito por la empresa Ferrovías Central

Andina S.A. con el Estado Peruano denominada "Supervisión del Contrato" precisa que corresponderá a OSITRAN la supervisión de la ejecución y cumplimiento del Contrato, de conformidad con lo previsto en el mismo y en las Leyes Aplicables;

Que en dicha cláusula se precisa además que OSITRAN también se encuentra facultado para imponer al Concesionario las multas o sanciones que correspondan al Contrato sin perjuicio de aquellas que correspondan según las leyes aplicables;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN se aprobó el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN;

Que, en el Título III del referido Reglamento se contempla el procedimiento administrativo sancionador y se determina como órganos competentes para imponer sanciones en primera instancia a la Gerencia General de OSITRAN y a los Cuerpos Colegiados de OSITRAN en aquellas controversias que le correspondan resolver;

Que, en el presente caso, mediante el Informe de **VISTOS** se da cuenta de las labores de supervisión realizadas por la División Técnica de Infraestructura Vial y Ferroviaria en lo concerniente al cumplimiento adecuado de lo dispuesto en la cláusula 6.7° del Contrato de Concesión suscrito por la empresa Ferrovías Central Andina S.A. con el Estado Peruano;

Que, la cláusula 6.7° del Contrato de Concesión mencionado establece lo siguiente:

"Contratación de operarios que pertenecen a Enafer. El Concesionario determinará libremente el número de trabajadores que requiera contratar para desarrollar sus actividades; sin embargo, los puestos de personal operario serán obligatoriamente cubiertos con los trabajadores operarios que se encontraban en la planilla de Enafer al 31 de diciembre de 1998, declarando expresamente el Concesionario que conoce la relación de los trabajadores operarios en planilla de Enafer a la fecha antes indicada. En cuanto a la contratación de funcionarios, directivos y personal administrativo se estará a lo establecido en las Bases, este Contrato y en las Leyes aplicables.

La contratación del personal operario podrá ser efectuada en forma directa o indirecta, de acuerdo a las necesidades del Concesionario y respetando la legislación nacional. Si se presentara un número de candidatos mayor al número de puestos requeridos por el Concesionario, éste último tiene derecho a seleccionar con quienes contará; si el número de candidatos fuera menor al número de puestos requeridos por el Concesionario, éste último podrá completar sus requerimientos con quienes estime conveniente.

El personal operario que contrate directa o indirectamente el Concesionario y que hubiese laborado en Enafer, no podrá percibir una suma menor a la del total de los ingresos que dicho trabajador hubiese estado percibiendo mensualmente al término del año 1998 y deberá permanecer contratado al menos hasta el vencimiento del primer Año de la Concesión. Transcurrido el citado plazo, se extingue la obligación del Concesionario de contratar y mantener contratado al personal operario que laboró para Enafer al 31 de diciembre de 1998.

El plazo indicado anteriormente no le impide al Concesionario extinguir el vínculo laboral de un trabajador, por cualquiera de las modalidades establecidas en las Leyes Aplicables. En caso sea necesario contratar un sustituto, el Concesionario deberá ocupar la vacante con otro personal operativo que laboró para Enafer al 31 de diciembre de 1998, en las mismas condiciones establecidas en este numeral y por un plazo mínimo equivalente al que restaba al trabajador cuya relación se extinguió para cumplir el primer Año de Concesión.

Que, en cumplimiento de las labores de supervisión de la obligación en mención, la División Técnica de Infraestructura Vial y Ferroviaria, solicitó a la empresa Ferrovías Central Andina S.A, mediante Carta N° 002-2000/DTIV-OSITRAN de fecha 12 de enero del 2000, complementada mediante Carta N° 034-00-DTIV-OSITRAN de fecha 21 de marzo del 2000, alcance la relación de trabajadores operarios contratados en forma directa o indirecta por la empresa;

Que, mediante comunicación de fecha 18 de enero del 2000 complementada mediante carta N° 0010/00-GG-JR del 28 de marzo del 2000, la empresa concesionaria dando cumplimiento al requerimiento mencionado hizo llegar a OSITRAN la relación de trabajadores operarios contratados directa e indirectamente por ella;

Que, con dicha información la División Técnica de Infraestructura Vial y Ferroviaria teniendo en consideración lo dispuesto en las circulares números 014, 025 y 047 que forman parte del Contrato de Concesión de conformidad con lo dispuesto expresamente en el mismo procedió a efectuar el cotejo respectivo de la relación de trabajadores proporcionadas por la empresa concesionaria con la relación de trabajadores operarios que declararon conocer y que se encontraba en la Sala de Datos, cuya copia fuera remitida a OSITRAN mediante comunicación N° CEEN(28.10.99)E-644 de CEPRI ENAFER suscrita por el señor René Calderón, miembro de dicha CEPRI;

Que, como consecuencia de dicho cotejo, la referida División Técnica encontró que 47 trabajadores de la relación proporcionada por la empresa no se encontraban en la relación de la Sala de Datos por lo que procedió a requerir a la empresa concesionaria para que presente el sustento adecuado que dichos trabajadores fueron contratados en atención a lo dispuesto en la cláusula 6.7 del Contrato;

Que, en atención a dicho requerimiento la empresa Ferrovías Central Andina S.A. mediante Carta N° 314-2000/GAF de fecha 10 de abril del 2000, presentó documentación sustentatoria que acreditaba que dichos trabajadores pertenecieron a Enafer, pero sin acreditar que los mismos hayan figurado en la relación de la Sala de Datos ni que éstos tuvieran la condición de operarios;

Que, por el contrario, dicha documentación acreditaba que efectivamente los trabajadores mencionados pertenecieron a Enafer pero en calidad de funcionarios y empleados y que únicamente se acogieron al beneficio del cese voluntario dispuesto en la Ley N° 26120;

Que, como consecuencia de ello, la División Técnica de Infraestructura Vial y Ferroviaria emitió el Informe de **VISTOS** considerando que existía un incumplimiento a la obligación contractual respecto de 46 trabajadores que se encuentran mencionados en el mismo, considerándola como Infracción Grave y por lo tanto recomendaba la

imposición de una sanción equivalente al 1% del Ingreso Bruto del mes anterior obtenidos por la empresa de conformidad con lo dispuesto en el Anexo N° 9 del Contrato;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN la Gerencia General mediante Carta N° 056-00-GG-OSITRAN del 28 de junio del 2000, puso en conocimiento de la empresa Ferrovías Central Andina S.A. el Informe de **VISTOS** para que emita los descargos que estime convenientes;

Que, en atención a ello, mediante la Carta de **VISTOS** la empresa Ferrovías Central Andina S.A remite sus descargos y fundamenta los mismos de la siguiente manera:

“Como se ha visto, el contrato no identifica a los trabajadores “operarios” con los trabajadores obreros. De haberlo querido así, el contrato hubiera señalado expresamente el término obreros y no habría utilizado el término “operario” que, como ya se dijo, incluía tanto a obreros como a empleados.”

“Además, lo expuesto se sustenta en las respuestas dadas en las Circulares Nos. 14 y 70 que formaban parte de las Bases de la Licitación Pública Internacional y en las cuales se determinaban las condiciones de contratación de personal ex ENAFER S.A. “

“Así, en la respuesta contenida a la primera pregunta de la Circular No. 14 se señala: ‘...En la Sala de Datos se encontrará a disposición de los adquirentes, la relación de los trabajadores que califican como personal “operario ...”’

“Adicionalmente, la Circular N° 70, en su primer párrafo, se refiere a la obligación del postor adjudicatario de acreditar a la fecha de cierre el personal “operario” de ENAFER S.A. que hubiese contratado. Cumplimos oportunamente con presentar la relación del caso y no recibimos objeción alguna en esa oportunidad; consecuentemente, nuestra representada lo consideró como un asunto cerrado. “

Que, mediante Carta N° 065-00-GG-OSITRAN de fecha 24 de julio del 2000, la Gerencia General de OSITRAN citó a la empresa mencionada para que a través de sus representantes pudieran exponer oralmente sus descargos;

Que, en dicha diligencia realizada el 09 de agosto del 2000 en las oficinas de OSITRAN, los representantes de la empresa mencionada señalaron que los trabajadores materia del procedimiento no serían personal contratado por ella sino por la empresa operadora Ferrocarril Central Andino S.A., la misma que de conformidad con el Contrato de Concesión no estaría en la obligación de contratar trabajadores operarios de la planilla de Enafer por lo que no procedía imponer sanción alguna;

Que, mediante Carta N° 0126/00-GG-JO de fecha 23 de agosto del 2000, la empresa concesionaria presentó copia de las planillas y las boletas de pago de los trabajadores contratados tanto por ella como por la empresa Ferrocarril Central Andino S.A., así como un disquete con la relación de trabajadores de Enafer a junio de 1998, que según su propia manifestación le fuera entregada por el ex CEPRI ENAFER;

Que, de las boletas de pago y planillas presentadas queda acreditado que 26 de los 46 trabajadores materia del presente procedimiento fueron contratados por la empresa Ferrocarril Central Andino S.A. en tanto que los 20 restantes fueron contratados por la empresa Ferrovías Central Andina S.A., según lo que se indica en el Anexo N° 1 de la presente Resolución;

Que, de la relación presentada por la empresa concesionaria en disquete se desprende que todos los trabajadores materia del presente procedimiento a excepción de 3 trabajadores contratados por la empresa Ferrovías Central Andina S.A. y 1 contratado por la empresa Ferrocarril Central Andino S.A. figuran en la relación de trabajadores de Enafer a junio de 1998;

Que, habiéndose agotado todas las diligencias establecidas en el presente procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, corresponde a esta Gerencia emitir pronunciamiento;

Que, el pronunciamiento en el presente caso pasa por determinar si, en atención a lo mencionado, la empresa Ferrovías Central Andina S.A. ha incumplido o no la obligación establecida en la cláusula 6.7° del Contrato de Concesión;

Que, en ese sentido, debe tenerse presente que la referida cláusula dispone expresamente que *“el Concesionario determinará libremente el número de trabajadores que requiera contratar para desarrollar sus actividades; sin embargo, los puestos de personal operativo serán obligatoriamente cubiertos con los trabajadores operarios que se encontraban en la planilla de Enafer al 31 de diciembre de 1998, declarando expresamente el Concesionario que conoce la relación de los trabajadores operarios en la planilla de Enafer a la fecha antes indicada”*;

Que, asimismo, la referida cláusula dispone que la contratación de personal operativo podrá ser efectuada en forma directa o indirecta por la empresa de acuerdo a sus necesidades y respetando la legislación nacional;

Que, de otro lado, la cláusula dispone que la obligación de contratar trabajadores operarios de la planilla de Enafer al 31 de diciembre de 1998 es una obligación vigente durante el primer año de concesión, es decir, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de cierre;

Que, adicionalmente a ello, a efectos de dar cumplimiento adecuado a lo dispuesto en dicha cláusula las Circulares N° 014, 025 y 047 que forman parte integrante del Contrato establecen que la relación de trabajadores operarios que las empresas concesionarias deberán tener en cuenta es la relación que se encontraba y se encuentra en la Sala de Datos;

Que, como consecuencia de lo mencionado, la obligación referida consistía en que la empresa concesionaria, en caso contrate trabajadores operarios contrate a los trabajadores operarios que se encontraban en la planilla de Enafer al 31 de diciembre de 1998 y cuya relación estaba en la Sala de Datos;

Que, en el presente caso, de la documentación presentada por la empresa Ferrovías Central Andina S.A. y de los argumentos expuestos en los descargos se desprende que en el caso de los 26 trabajadores contratados por la empresa Ferrocarril Central Andino S.A. señalados en el Anexo N° 1 de la presente Resolución,

no existiría la obligación contractual por cuanto dicha empresa no presta ningún servicio a la empresa concesionaria sino que por el contrario realiza la operación del transporte de carga y de pasajeros que la empresa concesionaria expresamente está prohibida de efectuar;

Que, en ese sentido, teniendo en consideración lo mencionado en ningún supuesto de trabajadores contratados por la empresa Ferrocarril Central Andino S.A. para el transporte de carga y de pasajeros puede considerarse incumplida la obligación por no ser posible para la empresa concesionaria realizar la misma en virtud al Contrato de Concesión, tal como lo dispone la cláusula 6.3º del Contrato;

Que, en el caso de los 20 trabajadores contratados por la empresa Ferrovías Central Andina S.A., según lo que se indica en el Anexo N° 1 de la presente Resolución, si existe la obligación mencionada tanto en la contratación directa como indirecta que ésta efectúe;

Que, en ese sentido, de la documentación presentada por la empresa concesionaria vía disquete se desprende que la misma contempla una relación de trabajadores de Enafer al mes de junio de 1998 y no la relación de trabajadores de Enafer al 31 de diciembre de 1998, por lo que la misma no puede servir de base ni de sustento para el cumplimiento adecuado de la cláusula;

Que, como consecuencia de ello, de la información presentada por la empresa concesionaria no queda demostrado que los 20 trabajadores contratados por la empresa Ferrovías Central Andina S.A. referidos en el Informe de **VISTOS** y según las boletas de pago y libros de planilla tengan la calidad de trabajadores operarios de la planilla de Enafer al 31 de diciembre de 1998 de conformidad con la relación de la Sala de Datos que declaró conocer;

Que, asimismo, de dicha documentación queda claro únicamente que 17 de dichos trabajadores pertenecieron a Enafer en el mes de junio de 1998, que se sometieron al cese voluntario dispuesto en la Ley N° 26120 y que tuvieron la calidad de empleados y funcionarios;

Que, adicionalmente a ello, el argumento de los descargos referido a la calificación de operarios carece de significación pues de conformidad con lo dispuesto en las Circulares y el Contrato de Concesión los trabajadores operarios que se debían contratar más allá de sí eran obreros o no eran los que figuraban como operario en la relación de la Sala de Datos;

Que, finalmente en cuanto a la remisión de la relación de trabajadores presentada por la empresa concesionaria a la fecha de cierre cabe precisar que la recepción de la misma no implica en modo alguno la conformidad con su contenido tal como lo pretende sostener la referida empresa sino el simple cumplimiento de una obligación formal, más aún si el control de la cláusula en mención desde la fecha de cierre es un control posterior a cargo de OSITRAN;

Que, teniendo en consideración lo mencionado la empresa Ferrovías Central Andina S.A. no ha cumplido adecuadamente la obligación establecida en la cláusula 6.7º del Contrato por haber contratado a los 20 trabajadores operarios mencionados en el Anexo N° 1 de la presente Resolución, en el Informe de **VISTOS** y según la documentación presentada por ella debido a que los mismos no tenían la calidad de

trabajadores operarios de la planilla de Enafer al 31 de diciembre de 1998 de conformidad con la relación de la Sala de Datos;

Que, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en las normas legales y contractuales, corresponde a esta Gerencia imponer la sanción correspondiente sin perjuicio de exigir el cumplimiento de la obligación incumplida;

Que, en ese sentido, a efectos de imponer la sanción cabe señalar que el Anexo N° 9 del Contrato establece una tipificación de infracciones y sus correspondientes sanciones;

Que, teniendo en consideración que la obligación incumplida por la empresa Ferrovías Central Andina S.A. no constituye una infracción reiterada ni se encuentra en ninguno de los otros supuestos contenidos en el Anexo N° 9 del Contrato para calificar la misma como infracción muy grave, corresponde apartarse de la recomendación dispuesta por la División Técnica en el Informe de **VISTOS** y calificar a la infracción como una infracción leve y por tanto amonestar a la empresa concesionaria;

Por lo expuesto se **RESUELVE**:

Primero: Declarar que la empresa Ferrovías Central Andina S.A. ha incumplido la cláusula 6.7° del Contrato de Concesión que tiene suscrito con el Estado Peruano al haber contratado directa e indirectamente a 20 trabajadores operarios que no eran trabajadores operarios de la planilla de Enafer al 31 de diciembre de 1998, según Anexo N° 1 de la presente Resolución, de conformidad con la relación que declararon conocer.

Segundo: Disponer una amonestación a la empresa Ferrovías Central Andina S.A. con carácter de Pre Aviso por el incumplimiento detectado.

Tercero: Exigir el cumplimiento de la cláusula 6.7° del Contrato de Concesión en los términos dispuestos en el Contrato y en las Leyes Aplicables, en las contrataciones de personal operario que la empresa Ferrovías Central Andina S.A. realice en forma directa o indirecta desde la fecha de esta resolución hasta que se extinga la obligación señalada en dicha cláusula.

Cuarto: Poner en conocimiento la presente Resolución al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en su calidad de Concedente.

Cinco: Encargar a División Técnica de Infraestructura Vial de OSITRAN adoptar las acciones necesarias para que lo dispuesto en la presente resolución se cumpla.

CECILIA BALCAZAR SUAREZ
GERENTE GENERAL DE OSISTRAN