

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA

Nº 013-2005-PD-OSITRAN

Lima, 30 de junio de 2005

El Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTO:

El Informe N° 043-05-GAL-OSITRAN, relativo a Solicitud de Lima Airport Partners S.R.L. (LAP), con relación a la cesión de posición contractual de Repsol Comercial S.A.C. (Recosac) a favor de la Refinería “La Pampilla” S.A. en el Contrato de acceso relativo al Servicio Esencial de recepción, Almacenamiento y Despacho de Combustible en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 22 de junio de 2005, Repsol Comercial S.A.C. (Recosac) y Refinería “La Pampilla”, remiten a ExxonMobil Aviación Perú S.A. (ExxonMobil), una comunicación en la que informan acerca de la cesión de posición contractual de Recosac a favor de Refinería “La Pampilla”, en el Contrato de Servicio de recepción, Almacenamiento y Despacho de Combustible en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH).
2. Con fecha 27 de junio de 2005, ExxonMobil Aviación Perú S.A. (ExxonMobil), remite a LAP, una comunicación en la que informan que Recosac les ha informado que cederá su posición contractual en el Contrato de Servicio de recepción, Almacenamiento y Despacho de Combustible en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” (AIJCH), a favor de la Refinería “La Pampilla”. Informan que dicha cesión entraría en vigencia el 1º de julio de 2005.
3. Asimismo, con el fin de no incurrir en actos que contravengan el Contrato de Operación y generar que LAP incurra en algún tipo de sanción administrativa, ExxonMobil consulta a LAP si la Refinería “La Pampilla” debe suscribir un contrato de acceso y sujetarse a lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN (REMA). Ello, en atención a que OSITRAN puede considerar, de acuerdo a sus funciones legales y su marco regulatorio, que el requerimiento de “La Pampilla” para acceder, en calidad de usuario intermedio, a las instalaciones del sistema de abastecimiento de combustibles en el AIJCH (Facilidades Esenciales), operadas (en virtud a un contrato de operación) por ExxonMobil, en calidad de Operador Secundario, con el fin de prestar el Servicio Esencial de Abastecimiento de Combustible en el AIJCH; debe sujetarse a los procedimientos establecidos en el REMA.

4. Con fecha 30 de junio de 2005, mediante facsímile recibido por OSITRAN las 2:54 p.m., LAP solicita a OSITRAN que otorgue una excepción a la aplicación del procedimiento de modificación de contrato de acceso prevista en el Artículo 76° del REMA, al amparo de lo establecido en el Artículo 67° de la misma norma. Ello, con el fin de evitar que de no autorizarse la cesión de posición contractual de Recosac a favor de Refinería “La Pampilla” (que debería llevarse a cabo el 1° de julio próximo), en el Contrato de Servicio de recepción, Almacenamiento y Despacho de Combustible en el AIJCH; se ponga en peligro la continuidad en la prestación del Servicio esencial de provisión de combustible para aviones en el referido aeropuerto.
5. Con fecha 30 de junio, entre las 9:00 a.m. y la 1:30 p.m., se llevó a cabo la cuarta sesión del Consejo Directivo de OSITRAN, correspondiente al mes de junio del presente año.

II. BASE LEGAL:

- Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (en adelante, TUO de concesiones), aprobado mediante D.S. N° 059-96-PCM, publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 1996.
- Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público; se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público; publicada en el Diario Oficial el 23 de enero de 1998.
- D.S N° 010-2001-PCM, Reglamento General de OSITRAN; publicada en el Diario Oficial el 07 de febrero de 2001.
- Contrato de concesión para la construcción, mejora, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.
- Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN (REMA), aprobado mediante Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN.

III. ANALISIS:

1. De acuerdo a lo establecido en el REMA, el Contrato de Servicio de Recepción, Almacenamiento y Despacho de Combustible en el AIJCH, que suscribió Repsol Comercial S.A.C. (Recosac) con ExxonMobil Aviación Perú S.A. (ExxonMobil), este último en calidad de Operador Secundario de LAP, con fecha 31 de julio de 2001; es un contrato de acceso. Ello, en atención a que en virtud a dicho contrato, se otorga a Recosac como Usuario Intermedio, el acceso al sistema de abastecimiento de combustibles en el AIJCH, que es infraestructura aeroportuaria de uso público calificada como Facilidad Esencial, de conformidad a lo establecido en el Anexo 2 del REMA, con el fin de que se preste el Servicio de Abastecimiento de Combustible en el AIJCH, servicio calificado como Servicio Esencial, también de acuerdo al Anexo 2 del REMA.
2. Asimismo, se debe considerar que el contrato de acceso a que se refiere el numeral precedente, se ha celebrado por el mérito del “Contrato de Operación”¹

¹ Adicionalmente, se debe considerar que de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Séptima del contrato de concesión del AIJCH, de manera ex – post a la celebración por parte de LAP, de los "Contratos de

de la Planta e instalaciones de Recepción, Almacenamiento, Despacho de Combustibles para aviones y construcción de Mejoras en el AIJCH; suscrito por LAP con ExxonMobil Aviación Perú S.A. (ExxonMobil), con fecha 11 de mayo de 2001.

3. En ese sentido, por el mérito de las obligaciones asumidas por LAP en el contrato de concesión del AIJCH y a lo establecido en el Artículo 13° del TUO de concesiones², "Ley aplicable" de obligatorio cumplimiento para LAP, dicha empresa concesionaria es responsable frente al Estado Peruano, por el cumplimiento del marco normativo regulatorio que le es aplicable, como Entidad Prestadora bajo la competencia de OSITRAN, lo cual comprende el cumplimiento del REMA por parte de LAP.
4. En ese orden de ideas, la cesión de la posición contractual de un usuario intermedio, en un contrato de acceso celebrado con relación a Facilidades Esenciales del AIJCH, cuya explotación económica está a cargo de LAP (por cuenta propia o de terceros); está plenamente sujeta a la aplicación del REMA, dado que *la cesión de posición contractual es una modificación del contrato de acceso*, de acuerdo al Artículo 76° del REMA, por lo que debe pasar por la aprobación previa de OSITRAN. Del mismo modo, dicho contrato de acceso está sujeto a la aplicación del REMA en cuanto a su celebración y ejecución.
5. Es el caso que la cesión de posición contractual a la que se ha hecho referencia, debe llevarse a cabo con fecha 1° de julio de 2005. De no llevarse a cabo en esa fecha, la continuidad en la prestación del Servicio Esencial de provisión de combustible a las aerolíneas en el AIJCH, se vería restringida, por el impedimento de Recosac de proveer el servicio a sus clientes receptores de combustible, como consecuencia de lo cual, las aerolíneas verían restringida la oferta de provisión de combustible en el AIJCH.
6. La situación descrita en los Numerales precedentes obliga a tener en consideración lo siguiente:
 - a) El Literal d) del Artículo 5° de la Ley N° 26917 establece que es objetivo de OSITRAN, fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, **en beneficio de los usuarios**. [el subrayado es nuestro]. En tal virtud, es

Operación" (tanto de Operaciones Principales, como No Principales, como es el caso del Contrato de Operación de la Planta de Combustible), OSITRAN puede ordenarle a LAP que deje sin efecto aquellas disposiciones de dichos contratos, que afecten las estipulaciones contractuales a las Leyes Aplicables que regulan la prestación de los servicios aeroportuarios, respecto al libre acceso al mercado.

² <<Artículo 13.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, **el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado.**>>

[el subrayado es nuestro]

conveniente que OSITRAN promueva el mantenimiento de las condiciones de competencia en los mercados bajo su competencia administrativa.

- b) La cesión de la posición contractual del Contrato de acceso (denominado “Contrato de Servicio de Recepción, Almacenamiento y Despacho de Combustible en el AIJCH”), celebrado entre Repsol Comercial S.A.C. (Recosac), con ExxonMobil Aviación Perú S.A. (ExxonMobil), este último en calidad de Operador Secundario de LAP, implica la asunción de todas las obligaciones y derechos de Recosac por parte de la Refinería “La Pampilla”, empresa matriz de Recosac. Con lo cual, si bien se cambia la persona jurídica que será el usuario intermedio interviniente en la mencionada relación de acceso, se trata de la permanencia del mismo grupo económico.
- c) El Artículo 67° del REMA establece que OSITRAN podrá aprobar, de oficio o a pedido de parte, por acuerdo de su Consejo Directivo, la existencia de excepciones generales o particulares al desarrollo del procedimiento y reglas previstas en el Capítulo II del Título III del REMA, (denominado “Procedimiento para la solicitud de acceso”). Ello procede cuando se considere que la aplicación del procedimiento resulta innecesaria para garantizar Acceso a las Facilidades Esenciales por la existencia de mecanismos más eficientes.
- d) El precitado Artículo 67° del REMA establece que la aprobación de las referidas excepciones por parte de OSITRAN está sujeta a la aplicación de los principios a que alude el Artículo 8° de la misma norma, cuyo literal d), relativo al “Principio de libre competencia y promoción de la inversión privada”; establece que el acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse sobre la base de una evaluación que establezca un *balance entre la incorporación de más competencia, y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura.*
- e) Existen razones urgentes de oportunidad y conveniencias de tipo corporativo de la empresa proveedora del combustible en el AIJCH a que se ha hecho referencia anteriormente; que generan la necesidad de celebrar la cesión de posición contractual de Recosac a favor de la Refinería “La Pampilla, en el contrato de acceso denominado “Contrato de Servicio de Recepción, Almacenamiento y Despacho de Combustible en el AIJCH”; con fecha 1° de julio próximo.
- f) El proyecto de modificación del REMA aprobado en sesión de Consejo Directivo de fecha 30 de junio, contempla la existencia del acceso temporal a las Facilidades Esenciales, lo que constituye la propuesta de un nuevo mecanismo que permite el acceso temporal, propuesta que se sustenta en la necesidad de que excepcionalmente y previa justificación, la competencia o prestación de servicios se produzca de inmediato, previo cumplimiento de requisitos generales. La racionalidad de esta propuesta es consistente con la solución que se plantea al problema que es materia de análisis en el presente caso.
- g) Dada la necesidad de celebrar la referida cesión de posición contractual el 1° de julio, no es posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, con el fin de evaluar y otorgar la autorización de la excepción

a la aplicación de lo establecido en el Artículo 76° del REMA, en lo que se refiere a la oportunidad de la aprobación de la modificación del contrato de acceso por parte de OSITRAN; al amparo de lo establecido en el Artículo 67° del REMA.

7. Como consecuencia de lo establecido y analizado en los numerales precedentes, se considera necesario y procedente, que el Presidente del Consejo Directivo ejerza la función a que se refiere el Literal h) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, para efectos de autorizar la aprobación ex – post de la cesión de posición contractual del contrato de acceso a que se ha hecho referencia. Ello, al amparo de lo establecido en el Artículo 67° del REMA (antes citado) y 76° de la misma norma. Al respecto, es necesario considerar que el literal h) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN establece a la letra lo siguiente:

<<Artículo 52.- El Presidente del OSITRAN.
(...)

h. En el caso de que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando a conocer de la adopción de dichas medidas en la sesión más próxima del Consejo Directivo.(...)>>.

[el subrayado es nuestro]

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Aprobar el acceso de la Refinería “La Pampilla “ S.A., al sistema de abastecimiento de combustibles en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, con el fin de que pueda brindar el Servicio Esencial de Abastecimiento de Combustible en dicho aeropuerto, por un plazo de veinte (20) días hábiles, en virtud a lo establecido en el Artículo 67° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN, en aplicación de lo establecido en el Literal d) del Artículo 5° de la Ley N° 26917; y en ejercicio de la facultad a que se refiere el Literal h) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN.

Artículo 2°.- Dentro del plazo antes mencionado, Refinería “La Pampilla” S.A. deberá presentar a OSITRAN la cesión de la posición contractual de Repsol Comercial S.A.C. a su favor, en el Contrato de acceso denominado “Contrato de Servicio de Recepción, Almacenamiento y Despacho de Combustible en el AIJCH”, relativo al Servicio Esencial de Recepción, Almacenamiento y Despacho de Combustible en el Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”.

Artículo 3°.- Declarar que en virtud a lo establecido en el contrato de concesión del AIJCH y a lo establecido en el Artículo 13° del Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por D.S N° 059-96-PCM; Lima Airport Partners S.R.L., es responsable frente al Estado Peruano, por el cumplimiento y aplicación del REMA, respecto a las Facilidades Esenciales que administra en el AIJCH, por cuenta propia o de terceros.

Artículo 4°.- Poner en conocimiento del Consejo Directivo de OSITRAN y sustentar la adopción de las decisiones a que se refiere la presente Resolución.

Artículo 5º.- Comunicar la presente resolución a la empresa concesionaria Lima Airport Partners S.R.L., a Repsol Comercial S.A.C., y a ExxonMobil Aviación Perú S.A.

Artículo 6º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente