

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO**N° 0017-2021-CD-OSITRAN**

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Verónica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2021
10:13:38 -0500

Lima, 21 de abril de 2021

VISTOS:

El recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2021-CD-OSITRAN; el Informe Conjunto N° 00059-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, norma que regula en su artículo 17 las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD/OSITRAN, se aprobó el Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán (en adelante, el Reglamento de Confidencialidad);

Que, con fecha 11 de mayo del 2011, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional, suscribió el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) con la Entidad Prestadora APM Terminals Callao S.A. (en adelante, el Concesionario o APMT);

Que, el 22 de octubre de 2020, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2020-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del Ositrán aprobó el inicio del procedimiento de revisión de oficio del factor de productividad aplicable a las tarifas máximas de los servicios regulados brindados en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (en adelante, TNM);

Que, en el marco de dicho procedimiento de revisión tarifaria mediante Carta N° 047-2021-APMTC/LEG recibida el 21 de enero de 2021, el Concesionario presentó la *"Propuesta de revisión tarifaria del Terminal Norte Multipropósito del Callao para el quinquenio 2021 – 2026"*;

Que, el 10 de febrero de 2021, en el marco del referido procedimiento de revisión tarifaria, a través de la Carta N° 083-2021-APMTC/LEG, el Concesionario presentó un Informe elaborado por Apoyo Consultoría denominado *"Opinión económica respecto de la competencia y potencial desregulación tarifaria del servicio de transbordo de contenedores"* mediante el cual el Concesionario expuso su posición sobre las condiciones de competencia que existirían en el mercado de dicho servicio. Asimismo, como adjuntos a la carta mencionada, remitió los documentos *"Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao Memoria Descriptiva Infraestructura CTR"* y *"APMT_Información sobre servicio de transbordo"*;

Que, mediante la carta señalada en el párrafo precedente, solicitó que se declare la confidencialidad bajo el supuesto de secreto comercial del Cuadro N° 2 *"Flujo Proyectado Servicio de Traslado 2021 – 2041"* incluido en la página 4 del archivo *"APMT_Información sobre servicio de transbordo"*, según lo establecido en el Reglamento de Confidencialidad. Cabe señalar que la solicitud de confidencialidad se encuentra dirigida a mantener la reserva de, entre otros, información referida a las proyecciones de volúmenes, ingresos y costos de los servicios de traslado para el periodo 2021 al 2041;

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/04/2021 09:03:57 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 21/04/2021 21:08:31 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 21/04/2021 17:45:19 -0500

Que, mediante el Memorando N° 072-2021-GAJ-OSITRAN del 15 de febrero de 2021, la Gerencia de Asesoría Jurídica comunicó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos que la solicitud de confidencialidad formulada por el Concesionario cumple con los requisitos de forma estipulados en el Reglamento de Confidencialidad;

Que, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2021-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 0036-2021-GRE-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, se dispuso denegar el pedido de confidencialidad formulado por APMT. Al respecto, es importante señalar que la notificación de la resolución e informe mencionados se produjo con fecha del 08 de marzo de 2021;

Que, mediante Escrito S/N recibido el 15 de marzo de 2021, el Concesionario interpuso recurso de reconsideración contra la denegatoria del pedido de confidencialidad dispuesta por la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2021-CD-OSITRAN;

Que, el 15 de abril de 2021, mediante Informe Conjunto N° 00059-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, se concluyó que correspondía declarar fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por el Concesionario;

Que, luego de la respectiva evaluación y deliberación, el Consejo Directivo del Ositrán manifestó su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 00059-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) en todos sus extremos, constituyéndolo como parte integrante de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de las funciones previstas en el Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 732-2021-CD-OSITRAN, de fecha 21 de abril de 2021;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2021-CD-OSITRAN, de conformidad con las consideraciones contenidas en el Informe Conjunto N° 00059-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), el mismo que constituye parte integrante de la presente resolución.

Artículo 2°.- Revocar lo dispuesto mediante el artículo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2021-CD-OSITRAN y, en su lugar, declarar la confidencialidad bajo el supuesto de secreto comercial del Cuadro N° 2 “Flujo Proyectado Servicio de Tránsito 2021 – 2041” incluido en la página 4 del archivo “APMT_ Información sobre servicio de tránsito”, adjunto a la Carta N° 083-2021-APMTC/LEG.

Artículo 3°.- Disponer que la confidencialidad indicada en el artículo 2° se mantenga hasta el 30 de junio del 2041. El Ositrán podrá evaluar el levantamiento de la confidencialidad de dicha información antes del término del plazo antes señalado en caso se iniciara un procedimiento de desregulación tarifaria del servicio de tránsito de contenedores, así como podrá levantar la confidencialidad de dicha información en caso pierda la condición de secreto comercial antes del término del plazo antes indicado, en aplicación del artículo 24 de Reglamento de Confidencialidad aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD/OSITRAN y sus modificatorias.

Artículo 4°.- Notificar la presente resolución y el Informe Conjunto N° 00059-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) a la empresa APM Terminals Callao S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 5°.- Disponer la publicación de la presente resolución y del Informe Conjunto N° 00059-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) en el portal institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano(www.gob.pe/ositran).

Regístrese y comuníquese

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo

NT: 2021035248

INFORME CONJUNTO N° 00059-2021-IC-OSITRAN
(GRE-GAJ)

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/04/2021
20:10:40 -0500

Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR
07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 16/04/2021
06:28:20 -0500

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0010-2021-CD-OSITRAN

Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD/OSITRAN

Referencia : Escrito del 15 de marzo de 2021 presentado por APM Terminals Callao S.A. (NT: 2021023652)

Fecha : 15 de abril de 2021

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objetivo emitir opinión respecto del recurso de reconsideración presentado por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario) en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 0010-2021-CD-OSITRAN que denegó el pedido de APMT para que se declare la confidencialidad de determinada información que presentó a través de la Carta N° 0083-2021-APMTC/LEG, en el marco del procedimiento de revisión tarifaria iniciado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2020- CD-OSITRAN (en adelante, procedimiento de revisión tarifaria).

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 11 de mayo de 2011, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional, suscribió el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) con APMT.
3. El 22 de octubre de 2020, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2020-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del Ositrán aprobó el inicio del procedimiento de revisión de oficio del factor de productividad aplicable a las tarifas máximas de los servicios regulados brindados en el Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, TNM).
4. En el marco del mencionado procedimiento de revisión tarifaria, mediante Carta N° 047-2021-APMTC/LEG recibida el 21 de enero de 2021, el Concesionario presentó la *"Propuesta de revisión tarifaria del Terminal Norte Multipropósito del Callao para el quinquenio 2021 – 2026"*.
5. El 10 de febrero de 2021, en el marco del referido procedimiento de revisión tarifaria, a través de la Carta N° 083-2021-APMTC/LEG, el Concesionario presentó un Informe elaborado por Apoyo Consultoría denominado *"Opinión económica respecto de la*

Visado por: ROSALES MAYO Christian
Juan FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/04/2021 21:13:23 -0500

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/04/2021 21:11:27 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Daisy Melina FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/04/2021 20:20:57 -0500

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Eliana FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/04/2021 20:16:14 -0500

Visado por: ZAVALA MEDINA Josue
Mack Linder FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/04/2021 19:55:50 -0500

competencia y potencial desregulación tarifaria del servicio de transbordo de contenedores” mediante el cual el Concesionario expuso su posición sobre las condiciones de competencia que existirían en el mercado relevante de dicho servicio. Asimismo, como adjuntos a la carta mencionada, remitió los documentos *“Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao Memoria Descriptiva Infraestructura CTR”* y *“APMT_ Información sobre servicio de transbordo”*.

6. Mediante la señalada Carta N° 083-2021-APMTC/LEG, el Concesionario solicitó que se declare la confidencialidad bajo el supuesto de secreto comercial del Cuadro N° 2 *“Flujo Proyectado Servicio de Traslado 2021 – 2041”* incluido en la página 4 del archivo *“APMT_ Información sobre servicio de transbordo”*, según lo establecido en el Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD/OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Confidencialidad).
7. El 15 de febrero de 2021, mediante Memorando N° 072-2021-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica comunicó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos que la solicitud de confidencialidad formulada por APMT mediante Carta N° 083-2021-APMTC/LEG cumple con los requisitos de forma estipulados en el Reglamento de Confidencialidad.
8. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0010-2021-CD-OSITRAN de fecha 03 de marzo de 2021, el Consejo Directivo denegó el pedido de confidencialidad formulado por APMT a través de su Carta N° 083-2021-APMTC/LEG.
9. El 08 de marzo de 2021, mediante Oficio N° 032-2021-SCD-OSITRAN, se notificó al Concesionario la Resolución de Consejo Directivo N° 0010-2021-CD-OSITRAN, así como el Informe N° 0036-2021-GRE-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, el cual sustenta y forma parte integrante de la citada resolución.
10. El 15 de marzo de 2021, mediante Escrito S/N, el Concesionario presentó su recurso de reconsideración contra todos los extremos de la Resolución de Consejo Directivo N° 0010-2021-CD-OSITRAN de fecha 03 de febrero de 2021.
11. Como se ha indicado previamente, la Resolución de Consejo Directivo N° 0010-2021-CD-OSITRAN se sustenta en el Informe N° 00036-2021-GRE-OSITRAN emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, por lo que a través del presente informe dicha Gerencia emite opinión sobre el recurso de reconsideración interpuesto por APMT, a efectos que el Consejo Directivo de Ositrán se pronuncie sobre dicho recurso. Asimismo, considerando que la Gerencia de Asesoría Jurídica¹ es el órgano de asesoramiento responsable de brindar asesoría legal a la Alta Dirección y a los órganos del Ositrán, dicha Gerencia participa también en la elaboración del presente informe.

III. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

12. El artículo 17 del Reglamento de Confidencialidad establece que en caso se deniegue la solicitud de información confidencial, el administrado podrá presentar recurso de apelación en un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que sea elevado a la instancia superior correspondiente; asimismo, establece que el citado recurso de apelación deberá ser resuelto por el superior jerárquico en un plazo de cinco (5) días hábiles. Cabe indicar que, el Reglamento de Confidencialidad no desarrolla lo relativo a la interposición de recursos de reconsideración por parte de los administrados.

¹ Reglamento de Organización y Funciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM:

“Artículo 17.- Funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica

Son funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica, las siguientes:

(...)

2. Asesorar y brindar soporte legal a la Alta Dirección, así como a los demás órganos del OSITRAN, según corresponda;

(...)”

13. En el presente caso, el acto administrativo impugnado (esto es, la Resolución de Consejo Directivo N° 0010-2021-CD-OSITRAN) fue emitido por el Consejo Directivo del Ositrán, el cual no posee un órgano jerárquico superior. Siendo ello así, de conformidad con el artículo 219 de del Texto Único Ordenado de Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (el TUO de la LPAG), corresponde que la impugnación del citado acto administrativo se realice a través de un recurso de reconsideración ante el mismo órgano que lo emitió².
14. Asimismo, el artículo 219 del TUO de la LPAG antes citado señala que el recurso de reconsideración deberá sustentarse en nueva prueba, precisando que, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba. Por su parte, el artículo 221 del TUO de la LPAG establece que el escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124 de la misma norma.
15. En cuanto a los plazos aplicables para la interposición del recurso de reconsideración, en la medida que dicho aspecto no se encuentra desarrollado en el Reglamento de Confidencialidad, resulta preciso recurrir al artículo 218.2 del TUO de la LPAG, el cual establece un plazo máximo de quince (15) días hábiles para su interposición y un plazo de treinta (30) días hábiles para su resolución.
16. En síntesis, el recurso de reconsideración debe cumplir los siguientes requisitos concurrentes:
 - a) Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación.
 - b) Que se sustente en nueva prueba, salvo que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye única instancia.
 - c) Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
 - d) Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 124 del TUO de la LPAG.
17. Al respecto, APMT interpuso su recurso de reconsideración ante el mismo órgano que emitió dicha resolución, no siendo necesario que se sustente en nueva prueba, pues el Consejo Directivo constituye instancia única. Siendo ello así, se cumplen el primer y el segundo requisito.
18. Asimismo, considerando que la resolución impugnada fue notificada a APMT el 08 de marzo de 2021 y que el recurso de reconsideración fue interpuesto por el Concesionario el 15 de marzo de 2021, se verifica el cumplimiento del tercer requisito. Adicionalmente, el recurso de reconsideración interpuesto por APMT cumple con los requisitos de forma previstos en el artículo 124 del TUO de la LPAG, por lo que se cumple también el cuarto requisito.
19. En conclusión, el recurso administrativo interpuesto por APMT cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en el TUO de la LPAG.

IV. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

20. De la revisión del recurso de reconsideración interpuesto por APMT, se observa que ha formulado cuestionamientos referidos a los siguientes aspectos:

² Cabe indicar que, el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad establece que corresponde al Consejo Directivo decidir sobre los pedidos de confidencialidad vinculados al secreto comercial en primera y segunda instancia.

“Artículo 4.- Órganos encargados de calificar la información.-

(...)

La Gerencia General es la encargada de actuar en segunda instancia administrativa para determinar la información como confidencial a excepción de la información considerada como “secreto comercial” o “secreto industrial, en donde el Consejo Directivo de OSITRAN es competente para actuar en primera y segunda instancia.”

- (i) El carácter de secreto comercial de la información objeto del pedido de confidencialidad.
 - (ii) La aplicación del criterio desarrollado por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Ministerio de Justicia desarrollado en la Resolución N° 010300782019.
21. A continuación, se procederá a evaluar los cuestionamientos formulados por el Concesionario.
22. Con relación al argumento señalado en el **punto (i) precedente**, el Concesionario señala que, contrariamente a lo señalado en la resolución impugnada, la información objeto de su pedido de confidencialidad califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, fundamentalmente, por los siguientes argumentos:
- La información objeto de su pedido de confidencialidad comprende data referida a los ingresos vinculados con los movimientos de trasbordo; costos de operación, referidos a costos de estiba, costo *blue collar*, costos operativos, entre otras; utilidad operativa; flujo de caja operativa proyectado; análisis de sensibilidad a flujo de caja operativo proyectado (escenario pesimista y optimista revelando el factor que gatilla dichos escenarios).
- Según indica APMT, la información proporcionada describe la actuación a futuro de APMT con el propósito de percibir un determinado resultado cuantificado para cada año del periodo 2021 a 2041. Asimismo, señala que la información objeto de confidencialidad revela no solo el comportamiento a futuro de APMT, sino también la proyección esperada y la cuantificación del margen estimado que esperaría obtener en un periodo determinado (2021 a 2041).
- Además, indica que la información antes señalada contiene proyecciones detalladas para cada año del periodo antes indicado por escenarios de mercado relacionadas al servicio de transbordo. Así, señala que las proyecciones remitidas contienen escenarios optimistas y pesimistas durante el periodo 2021 a 2041, precisando el gatillo que genera dichos escenarios, lo que revela los factores de importancia para APMT en el desarrollo futuro de la prestación de servicios de transbordo. De este modo, según APMT, la divulgación de la información objeto de su pedido de confidencialidad permitiría a terceros anticipar la actuación de APMT en el mercado.
 - Adicionalmente, señala que la divulgación de la información objeto del pedido de confidencialidad permitiría a terceros conocer los costos y gastos en los que incurría APMT durante el periodo 2021-2041, para la prestación del servicio de transbordo que proyecta atender en ese periodo. Según indica, ello califica como secreto comercial, de acuerdo a lo establecido en los Códigos 5.2 y 5.3 de los Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, a partir de los cuales se establece que la información sobre los ingresos y el detalle de los márgenes de utilidad serán considerados como secreto comercial cuando estos *“poseen valor comercial, pues revela la situación económica de la empresa solicitante, así como su desempeño comercial”* y *“cuando permite inferir la evolución del desempeño y políticas comerciales de la empresa solicitante”*.
23. Con relación a los argumentos antes señalados cabe indicar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de Confidencialidad, las Entidades Prestadoras tendrán el derecho a solicitar que determinada información que presenten al Ositrán que consideren confidencial, sea declarada como tal, siendo responsabilidad de estas requerirlo de acuerdo con lo dispuesto en dicho Reglamento; y, en caso entreguen información al Ositrán sin formular un pedido de confidencialidad, la misma se considera

automáticamente de carácter público³, tal como se observa a continuación:

“Artículo 3.- Derecho a solicitar la confidencialidad de la información presentada.

*Las Entidades Prestadoras o los terceros tendrán el derecho a solicitar que determinada información que presenten a OSITRAN que consideren confidencial, sea declarada como tal, **siendo responsabilidad de éstas el requerirlo de acuerdo con lo dispuesto en el presente Reglamento.***

Corresponde a OSITRAN declarar que determinada información no es confidencial, a pesar de haberse solicitado que sea declarada como tal.”

“Artículo 8.- Información Pública.

*Toda información suministrada por las Entidades Prestadoras o por terceros que no haya sido solicitada como confidencial, **será pública.**”*

[Énfasis agregado.]

24. Asimismo, el artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad, establece que, a efectos de determinar si la información presentada por las Entidades Prestadoras califica como confidencial, se tomará en consideración, entre otros, si la misma califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial.

“Artículo 6.- Criterios para la clasificación de la información como confidencial.

A fin de determinar si la información presentada por las Entidades Prestadoras, o por terceros debe ser declarada como información confidencial, se tomarán en consideración los siguientes criterios:

(...)

*b. La información protegida por el secreto bancario, tributario, **comercial**, industrial, tecnológico y bursátil.*

(...)”

[Énfasis agregado.]

25. Cabe señalar que, el Reglamento de Confidencialidad no contiene un desarrollo sobre el concepto de secreto comercial. Siendo ello así, puede tomarse en consideración la

³ En la misma línea, la Directiva sobre confidencialidad del Indecopi (Directiva N° 001-2008/TRI-INDECOPI y sus modificatorias) señala lo siguiente:

3. Declaración de confidencialidad de la información.-

3.1. Al resolver respecto de la confidencialidad de la información, la autoridad competente deberá motivar su determinación al respecto, considerando:

(...)

b) La no divulgación lícita previa de la información pues sólo podrá considerarse confidencial aquella información que haya sido mantenida con cuidado o celo dentro del propio ámbito de conocimiento, incluso evitando haber estado disponible de alguna forma para terceros.

(...)

De igual forma, en los Lineamientos de Confidencialidad del Indecopi precisan también que la información cuya confidencialidad fue solicitada no ha debido ser previamente divulgada. Al respecto, se señala lo siguiente:

“v. Que la información no haya sido divulgada. Es decir, que la información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado. Para cumplir este requisito, el administrado debe haber mantenido con el debido cuidado la reserva de la información, impidiendo su divulgación y evitando que haya estado disponible de alguna forma a terceros que no hayan estado obligados legal o contractualmente a mantener la reserva de dicha información. Cabe resaltar que el cumplimiento de este requisito debe observarse incluso en la forma en que se presente la información a la Secretaría Técnica, la Comisión o la Sala. En ese sentido, cuando el administrado presente información escrita que considere confidencial, deberá colocar dicha información en un sobre cerrado y con la indicación “Información Confidencial” o “Confidencial” en un lugar visible de cada folio.

(...)

definición sobre secreto comercial desarrollada en los Lineamientos de Confidencialidad⁴ de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi⁵, en lo que resulte aplicable⁶.

“Se considera secreto comercial y secreto industrial a aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad económica de la empresa la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a ella. Por ejemplo, constituye secreto comercial la información relativa a la estrategia competitiva, la estructura de costos, los términos de negociación y las condiciones contractuales acordadas, entre otros.”

[Énfasis agregado.]

26. Considerando lo antes señalado debe indicarse que, en el presente caso, no se ha verificado que la información objeto del pedido de confidencialidad haya sido previamente divulgada por el Concesionario; por el contrario, se ha verificado que en la oportunidad que ingresó dicha información al Ositrán solicitó que la misma sea declarada confidencial. Es decir, se advierte que el Concesionario ha adoptado las medidas necesarias para mantener dicha información fuera del alcance de terceros.
27. Por otro lado, considerando los argumentos expuestos por el Concesionario en su recurso de reconsideración, debe indicarse que:
- Las proyecciones de ingresos, volumen, costos, utilidad y flujo de caja operativo revelan la participación de mercado y el desempeño comercial que APMT tiene previsto obtener por la provisión del servicio de transbordo de contenedores en los próximos veinte años.
 - El análisis de sensibilidad proporcionado revela los factores que, a juicio de APMT, generarían variaciones en la demanda de contenedores de transbordo y el flujo de caja operativo proyectado para los próximos veinte años en el TNM.
28. Así, la información objeto del pedido de confidencialidad se encuentra referida al futuro desempeño de APMT con relación a la prestación del servicio de transbordo de contenedores dentro de un periodo específico (esto es, 2021 a 2041), considerando escenarios (pesimistas y optimistas) para obtener dicho desempeño, y detallando los factores que serían relevantes para que se configuren dichos escenarios. La información

⁴ Dichos Lineamientos desarrolla criterios referidos para la evaluación de las solicitudes de confidencialidad que puedan presentar las empresas al Indecopi en el marco del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de conductas anticompetitivas.

“Artículo 32.- Información Confidencial

*32.1. A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Secretaría Técnica o la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un **secreto comercial** o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.*

La solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial será concedida, siempre que:

- a) Dicha información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;*
- b) Quienes tengan acceso a dicho conocimiento tengan la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,*
- c) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.”*

⁵ En la misma línea, la Directiva sobre confidencialidad del Indecopi (Directiva N° 001-2008/TRI-INDECOPI y sus modificatorias) señala lo siguiente:

“2. Información Confidencial

(...)

***Secreto comercial:* aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa;**

⁶ Cabe señalar que, puede tomarse en consideración los Lineamientos de Confidencialidad del Indecopi en la evaluación de las solicitudes de confidencialidad que presentan las Entidades Prestadoras en lo que resulte aplicable; ello, teniendo en cuenta que la información que presentan dichas entidades al Ositrán se encuentra vinculada a la prestación de servicios públicos derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, sea en virtud de título legal o contractual.

referida al desempeño que espera obtener APMT para cada año del periodo 2021 - 2041, constituye información que tiene un valor comercial para APMT, la cual se encuentra reservada al conocimiento de dicho Concesionario. En efecto, en el caso concreto, la información a los volúmenes de transbordo de contenedores que tiene previsto atender en un futuro determinado, así como los costos, ingresos, utilidad y flujo de caja operativo asociados a esa atención de demanda, es información que, a la fecha, se encuentra reservada al conocimiento de APMT.

29. Asimismo, de divulgarse dicha información podría generar un efecto desfavorable para el Concesionario, pues terceros podrían inferir la actuación que APMT prevé adoptar en relación al servicio de transbordo de contenedores en los próximos veinte años, y a partir de ello implementar estrategias que no habrían sido consideradas a partir de su propia eficiencia. Por tanto, la información antes señalada califica como secreto comercial de acuerdo con el literal b del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad⁷.
30. Con relación al **punto (ii) precedente**, en su recurso de reconsideración el Concesionario señala que se ha aplicado incorrectamente el criterio contenido en la Resolución N° 010300782019. En particular, alega lo siguiente:
- a) El caso evaluado por el citado Tribunal se encontraba referido a la información que presentó una empresa concesionaria en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria; mientras que, la información objeto el pedido de confidencialidad presentada por APMT se encuentra vinculada a una potencial desregulación tarifaria del servicio de transbordo, actividad de naturaleza distinta al procedimiento de revisión de oficio del factor de productividad aplicable a las tarifas máximas de los servicios regulados, que fuera iniciado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0056-2020-CD-OSITRAN.
 - b) El supuesto evaluado en la Resolución N° 010300782019 del Tribunal de Transparencia no sería similar al presente caso, pues la empresa concesionaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH) -evaluado en dicha resolución- no compite con otra empresa en el mismo espacio geográfico, como sí ocurre en el caso de los Muelles Sur y Norte que conforman el Terminal Portuario del Callao. APMT señala que no cuestiona el hecho de que determinada información sea o no de público acceso respecto de quienes así lo solicitan cuando esta no haya sido calificada como confidencial, sino, más bien, está en un supuesto distinto y anterior, pues cuestiona que se esté considerando como de público acceso aquella información que, por su carácter sensible debe ser tutelada, sobre todo cuando la información está relacionada con una posible desregulación del servicio.
 - c) El pronunciamiento emitido por el Tribunal de Transparencia no es precedente de observancia obligatoria, pues en la Resolución N° 010300782019 no se ha señalado que tenga dicho carácter ni se ha publicado en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1053; por lo que la sola referencia a dicho criterio no constituye motivación suficiente para aplicarlo en el presente caso.
 - d) Si bien el artículo 4 de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia de los Procedimientos Regulatorios señala que *“las empresas prestadoras y las organizaciones representativas de usuarios, así como toda persona, tienen el derecho a acceder a los informes, estudios, dictámenes, modelos económicos y memorias anuales que constituyan el sustento de las Resoluciones que fijan los precios regulados”*, debe tenerse en cuenta que el artículo 5 del citado dispositivo establece que, *“[l]a calificación de la información “confidencial” referida al secreto comercial o industrial de las empresas prestadoras de servicios públicos, deben constar en resolución*

⁷ Cabe señalar que, en su recurso de reconsideración, el Concesionario formuló otros argumentos para sustentar que la información en cuestión califica como secreto comercial. Considerando que sobre la base del análisis de los argumentos antes citados se considera que la información en cuestión califica como secreto comercial de conformidad con el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad, carece de objeto analizar los demás argumentos formulados por APMT sobre este aspecto.

*motivada expedida por el Consejo Directivo del Organismo Regulador*⁸. Según indica, dicha norma especial prevé una limitación al deber de proporcionar información a los administrados, mediante la tutela de información de carácter sensible que califique como secreto comercial e industrial.

31. Con relación a lo señalado en el **punto (a) precedente** cabe indicar que, si bien el caso evaluado por el Tribunal de Transparencia versa sobre la información presentada en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria, debe indicarse que en el citado pronunciamiento el Tribunal destacó la importancia que los usuarios pudieran tener acceso a la información que obra en el expediente tarifario, considerando que, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas del Ositrán (aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN), los usuarios tiene derecho a participar en los procedimientos de fijación, revisión y desregulación tarifaria, pudiendo, incluso, interponer recurso impugnativo contra la decisión que adopte el Regulador sobre la decisión que adopte el Regulador⁹.
32. Por tanto, no es correcto afirmar, como sostiene el Concesionario, que el criterio desarrollado por el Tribunal de Transparencia en la Resolución N° 010300782019 únicamente pueda ser tomado en cuenta en la evaluación de pedidos de confidencialidad referidos a información presentada en el marco de procedimientos de revisión tarifaria.
33. Sin perjuicio de ello, en el presente caso, deberá tenerse en consideración que, como indica el Concesionario, si bien la información ha sido presentada en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, la misma ha sido proporcionada con un fin distinto a este, es decir, para una potencial desregulación tarifaria del servicio de transbordo; sin embargo, a la fecha, no se ha dado inicio formal a un procedimiento de desregulación tarifaria¹⁰ para el referido servicio.
34. En cuanto al **punto (b) precedente**, el Concesionario alega que su caso sería distinto al de la empresa concesionaria del AIJCH evaluado por el Tribunal de Transparencia, pues a diferencia de dicha empresa, APMT enfrentaría competencia con otra empresa en el mismo espacio geográfico (la empresa concesionaria del TMS). Al respecto, cabe señalar que, en el caso concreto del servicio de transbordo, si bien a juicio de APMT dicho servicio

⁸ Haciendo alusión a un extracto del dictamen de la Ley N° 28838, APMT señala que la razonabilidad de lo dispuesto el artículo 5 de la citada Ley, es que *“la transparencia no debe ir en contra de la divulgación de información privilegiada. Esto se explica por el hecho de que las empresas de servicios públicos son empresas privadas y compiten entre sí, a diferencia del Estado, que es la empresa pública, y, por lo tanto, la empresa de todos (...)”*. En esa línea, APMT sostiene que no es posible equiparar la transparencia de la información requerida a una entidad pública con la que es solicitada a una empresa del sector privado, aun cuando ésta última preste un servicio público, en situaciones en las que la empresa privada se encuentra compitiendo con otros agentes del mercado, situación que resulta particularmente importante para el caso de APMT.

⁹ En la Resolución N° 010300782019, el Tribunal de Transparencia señala lo siguiente:

“Cabe añadir, por otro lado, que el artículo 73° -Medios Probatorios- del Reglamento General de Tarifas, modificado por el Artículo Primero de la Resolución N° 003-2012-CD-OSITRAN, señala que “Frente a las Resoluciones que aprueban la fijación, revisión o desregulación de Tarifas relativas a los servicios prestados por las Entidades Prestadoras, (...); las Entidades Prestadoras o las Organizaciones Representativas de Usuarios podrán interponer Recurso de Reconsideración ante el Consejo Directivo del OSITRAN. (...)”

Cabe indicar que, tanto en el marco del Reglamento General de Tarifas del Ositrán aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN (artículos 18, numeral 10, artículo 73), como en el nuevo Reglamento General de Tarifas del Ositrán aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0003-2021-CD-OSITRAN, el cual rige para la tramitación de los procedimientos de fijación, revisión y desregulación tarifaria que se inicien luego de la entrada en vigencia de esta última norma (Artículo V, numeral 9, artículo 43), se contemplan mecanismos de participación de los usuarios en el marco de los procedimientos de desregulación tarifaria, quienes podrían interponer, incluso, recurso impugnativo contra la decisión que adopte el Regulador en el marco de dicho procedimiento. Ello, toda vez que, en un escenario en el cual el Regulador determinara la desregulación de un servicio, las Entidades Prestadoras determinarían el precio que luego será asumido por los usuarios.

¹⁰ **RETA.-**

Procedimiento de desregulación tarifaria: *Procedimiento administrativo a través del cual se determina si el servicio sujeto al régimen tarifario regulado pasa al régimen supervisado, cuando se verifique que el servicio en cuestión se presta en condiciones de competencia en el mercado.*

se brindaría en condiciones de competencia, a la fecha, este Regulador no ha dispuesto el inicio de un procedimiento de desregulación tarifaria, siendo presupuesto de este justamente el indicio de la existencia de dichas condiciones.

35. Respecto al **punto (c) precedente**, el Concesionario señala que el artículo 5 de la Ley N° 27838 contempla la calificación de la información confidencial referida al secreto comercial o industrial de las Entidades Prestadoras, mediante resolución motivada expedida por el Consejo Directivo de Organismo Regulador.
36. Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 2¹¹ de la Ley N° 27838, que establece el objeto de la citada ley, señala que la misma se emite con la finalidad de garantizar que la función reguladora sea ejecutada con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económicos, y establecer los mecanismos que garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas, mediante el acceso a toda la información utilizada por los Organismos Reguladores. Dicha ley no comprende los procedimientos de desregulación de tarifas¹².
37. En la medida que, como ha señalado el Concesionario, la información objeto del pedido de confidencialidad ha sido presentada para una potencial desregulación tarifaria del servicio de transbordo, y que, a la fecha, no se ha iniciado un procedimiento de desregulación para dicho servicio, en este caso no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N° 27838.
38. En relación al **punto (d) precedente** cabe señalar que, en el Informe N° 0036-2021-GRE-OSITRAN que sustenta la resolución impugnada, el Ositrán no ha acudido a una mera referencia del pronunciamiento del Tribunal de Transparencia como si se tratara de un precedente de observancia obligatoria, carácter que, efectivamente, no posee, sino que, hizo suyos los criterios desarrollados en la Resolución N° 010300782019 emitida por el Tribunal de Transparencia, al resolver la solicitud de confidencialidad formulada por APMT. Aun cuando el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Transparencia no constituya precedente de observancia obligatoria, ello no es impedimento para que el Ositrán adopte dicho criterio al resolver los pedidos de confidencialidad que formulen las Entidades Prestadoras.
39. En el Informe N° 00036-2021-GRE-OSITRAN se explicaron las razones por las cuales se consideraba razonable seguir el criterio desarrollado por dicho Tribunal en la evaluación del pedido de confidencialidad formulado por APMT. Así, se tuvo en cuenta que, aun cuando se enmarcan en procedimientos distintos -acceso a la información pública y solicitud de confidencialidad-, ambos casos versan sobre si la información presentada por una Entidad Prestadora en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria cuenta o no con el carácter confidencial. Si fuese lo primero, estaría fuera del acceso público.
40. De esta manera, en el Informe N° 00036-2021-GRE-OSITRAN, en línea con el criterio del Tribunal de Transparencia se consideró que, dado que la información en cuestión fue presentada por el Concesionario en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, resulta relevante que todos los usuarios puedan acceder a la información que obra en el expediente tarifario, de modo que puedan ejercer su derecho a participar en el procedimiento.

¹¹ **"Artículo 2.- Objeto de la norma**

La presente Ley tiene por objeto garantizar que la función reguladora sea ejecutada con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económicos, y establecer los mecanismos que garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas, mediante el acceso a toda la información utilizada por los Organismos Reguladores."

¹² Sin perjuicio de ello, de manera coherente con las reglas de transparencia y participación previstas en la Ley N° 27838 para los procedimientos referidos a la determinación de tarifas reguladas, tanto en Reglamento General de Tarifas del Ositrán aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN, como en el nuevo Reglamento General de Tarifas del Ositrán aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0003-2021-CD-OSITRAN, el cual rige para la tramitación de los procedimientos de fijación, revisión y desregulación tarifaria que se inicien luego de la entrada en vigencia de esta última norma, se contemplan mecanismos de transparencia y participación en el marco de los procedimientos de desregulación tarifaria.

41. Ahora bien, como ha indicado el Concesionario en su recurso de reconsideración, si bien la información ha sido presentada en el marco del procedimiento de revisión tarifaria -en cuyo marco se determinará el factor de productividad aplicable para los servicios regulados que se brindan en el TMN, el cual estará vigente hasta el 30 de junio de 2026-, dicha información ha sido presentada a iniciativa propia del Concesionario con miras a una potencial desregulación tarifaria del servicio de transbordo, y no para que sea considerada en la determinación del factor de productividad antes mencionado.
42. Al respecto, considerando que la información califica como secreto comercial, que ha sido presentada para una potencial desregulación tarifaria del servicio de transbordo, y que, a la fecha, este Regulador no ha dispuesto el inicio de un procedimiento de desregulación tarifaria para dicho servicio, se considera que no resulta imprescindible que dicha información sea de público acceso para efectos del procedimiento de revisión tarifaria en trámite.
43. En efecto, teniendo en cuenta el criterio desarrollado por el Tribunal de Transparencia en el sentido que, en principio, los usuarios deberían poder tener acceso a la información que sea relevante para la determinación que adopte el Regulador en el marco de un procedimiento tarifario, dado que la información en cuestión ha sido presentada para una potencial desregulación tarifaria del servicio de transbordo de contenedores, se considera que podría ser más relevante que los usuarios pudieran tener acceso a dicha información en caso se iniciara un procedimiento de desregulación tarifaria para dicho servicio¹³, debiendo reiterarse que, a la fecha, ello no ha ocurrido.
44. Por último, de acuerdo con el artículo 24¹⁴ del Reglamento de Confidencialidad, el Consejo Directivo debe establecer el plazo durante el cual se mantendrá el carácter confidencial otorgado. Al respecto, cabe señalar que, en su solicitud de confidencialidad, el Concesionario pidió que el carácter confidencial se mantenga por un periodo indefinido, debiendo mencionarse que, dicho aspecto no ha sido desarrollado en el recurso de reconsideración interpuesto por APMT.
45. Sobre el particular, considerando que la información objeto de pedido de confidencialidad involucra información sobre proyecciones correspondientes al periodo 2021 a 2041, resulta razonable que la confidencialidad de la información se mantenga hasta el 30 de junio de 2041¹⁵. Sin embargo, en línea con lo antes expuesto, en caso se iniciara un procedimiento de desregulación tarifaria del servicio de transbordo, este Regulador podrá evaluar si resulta necesario levantar la confidencialidad de dicha información antes del término del plazo antes señalado; asimismo, podrá levantar la confidencialidad si antes del término del plazo antes indicado la citada información pierde la condición de secreto comercial. Ello, en aplicación del artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad.

V. CONCLUSIONES

46. El Concesionario ha interpuesto su recurso de reconsideración cumpliendo con los requisitos establecidos en el TUO de la LPAG.
47. De acuerdo con los fundamentos expuestos en el presente informe corresponde declarar fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A.

¹³ Como se ha indicado previamente, el procedimiento de desregulación tarifaria cuenta con etapas que aseguran mecanismos de transparencia y participación de los usuarios. Así, entre otros, contempla etapa de publicación de propuesta tarifaria, audiencia pública, recepción de comentarios, impugnación.

¹⁴ **“Artículo 24.- Plazo para mantener la información en la condición de confidencial.**
*La pérdida de la calificación de confidencialidad de la información, se efectúa cuando se vence el plazo otorgado.
(...)
Del mismo modo, para el caso en que el Consejo Directivo haya calificado la información confidencial como consecuencia de información relativa al secreto comercial y industrial, le corresponderá a este órgano determinar la pérdida de la calificación de confidencial.
(...)”*

¹⁵ El plazo de la concesión culmina el 30 de junio de 2041.

contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0010-2021-CD-OSITRAN; en consecuencia, declarar la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, del Cuadro N° 2 “*Flujo Proyectado Servicio de Traslado 2021 – 2041*” incluido en la página 4 del archivo “*APMT_ Información sobre servicio de traslado*”, presentado por APMT a través de su Carta N° 083-2021-APMTC/LEG del 10 de marzo de 2021.

48. Asimismo, corresponde que la confidencialidad de la información antes indicada se mantenga vigente hasta el 30 de junio de 2041. El Ositrán podrá evaluar si resulta necesario levantar la confidencialidad de dicha información antes del término del plazo antes señalado en caso se iniciara un procedimiento de desregulación tarifaria del servicio de traslado de contenedores; asimismo, podrá levantar la confidencialidad si antes del término del plazo antes indicado la citada información pierde la condición de secreto comercial. Ello, en aplicación del artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad.

VI. RECOMENDACIÓN

49. Se recomienda a la Gerencia General remitir el presente informe al Consejo Directivo del Ositrán para su consideración y, de ser el caso, su aprobación.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI

Gerente de Asesoría Jurídica

NT: 2021033453