

**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° 0034-2022-CD-OSITRAN**
Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/08/2022
16:21:56 -0500

Lima, 11 de agosto de 2022

VISTOS:

La Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022 presentada por Salaverry Terminal Internacional S.A.; el Memorando N° 309-2022-GAJ-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán; el Informe N° 00069-2022-GRE-OSITRAN de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán; y,

CONSIDERANDO:

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 01 de octubre de 2018, se suscribió el Contrato de Concesión, celebrado entre el Estado de la República del Perú, en su calidad de Concedente, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) y Salaverry Terminal Internacional S.A. (en adelante, el Concesionario);

Que, mediante Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022, el Concesionario presentó a Proinversión, con copia a este Regulador y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), información relativa una operación de Endeudamiento Garantizado Permitido de refinanciamiento de deuda (en adelante, EGP), en el marco de lo dispuesto en las Cláusulas 1.19.1 y 9.3.1 del Contrato de Concesión;

Que, en la mencionada Carta, el Concesionario solicitó que los siguientes documentos: (i) resumen de los términos y condiciones financieros principales del EGP; y, (ii) Contrato de Préstamo, presentados adjuntos a dicha comunicación, sean declarados confidenciales en el marco de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS y el Reglamento de Confidencialidad;

Que, mediante el Memorando N° 309-2022-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica comunicó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos que la solicitud sobre confidencialidad formulada por el Concesionario cumple con los requisitos de forma estipulados en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad. En ese sentido, señaló que corresponde que el órgano competente emita pronunciamiento sobre el fondo de dicho pedido de confidencialidad;

Que, de conformidad con el literal b) del artículo 6 del referido Reglamento de Confidencialidad, uno de los criterios por los cuales se determina que la información puede declararse confidencial es aquel relacionado con el carácter de secreto comercial de la misma;

Que, el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad señala que el Consejo Directivo del Ositrán es el órgano competente para calificar la información considerada como secreto comercial o secreto industrial, tanto en primera como en segunda instancia. Dicha disposición es compatible con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM;

Que, el Informe N° 00069-2022-GRE-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos concluye que la información presentada por Salaverry Terminal Internacional S.A. contenida en los documentos (i) Resumen de los términos y condiciones financieros principales del EGP y (ii) Contrato de Préstamo, adjuntos a la Carta S/N recibida

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/08/2022 15:26:03 -0500Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/08/2022 14:07:02 -0500Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/08/2022 13:17:03 -0500

el 18 de julio de 2022, califican como información confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán;

Que, en el mencionado informe se concluye también que, dado que la divulgación de la información objeto de la solicitud de confidencialidad de manera previa a la suscripción del contrato de préstamo podría afectar el proceso de negociación con dicha entidad causando perjuicio a Salaverry Terminal Internacional S.A., se considera razonable que la información sea declarada confidencial hasta que dicha empresa suscriba el contrato de préstamo con la entidad financiera. Ello, sin perjuicio que el Consejo Directivo del Ositrán le pueda retirar dicho carácter antes del vencimiento del plazo señalado, si la misma pierde la condición de secreto comercial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad;

Que, luego de revisar y discutir el informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho informe, razón por la cual lo hace suyo y lo constituye 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;

De conformidad con el Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 772-2022-CD-OSITRAN, de fecha 10 de agosto de 2022;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar la confidencialidad bajo el supuesto de secreto comercial, respecto de la información presentada por Salaverry Terminal Internacional S.A. contenida en los documentos (i) Resumen de los términos y condiciones financieros principales del EGP y (ii) Contrato de Préstamo, adjuntos a la Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022.

Artículo 2°.- Disponer que se mantenga la confidencialidad de la información a que se refiere el artículo 1 de la presente Resolución hasta que Salaverry Terminal Internacional S.A. suscriba el contrato de préstamo con la entidad financiera. Ello, sin perjuicio de que, en aplicación del artículo 24 del Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias, el Consejo Directivo del Ositrán pueda determinar la pérdida del carácter confidencial.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 00069-2022-GRE-OSITRAN a Salaverry Terminal Internacional S.A., el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Proinversión.

Artículo 4°.- Disponer la difusión de la presente Resolución, así como del Informe N° 00069-2022-GRE-OSITRAN en el portal institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano (<https://www.gob.pe/ositrان>).

Regístrese y comuníquese

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo

NT: 2022080829

INFORME N° 00069-2022-GRE-OSITRAN

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

Asunto : Evaluación de solicitud de confidencialidad de la información presentada por Salaverry Terminal Internacional S.A. mediante Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022 (NT 2022072215)
Artículo 13 del Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante Ositrán

Fecha : 4 de agosto de 2022

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 04/08/2022
13:20:25 -0500

I. OBJETIVO

1. Emitir opinión respecto de la solicitud de confidencialidad presentada por Salaverry Terminal Internacional S.A. al Ositrán, con relación a la información remitida mediante Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022, en el marco del trámite de su solicitud de aprobación al Endeudamiento Garantizado Permitido.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 01 de octubre de 2018, se suscribió el Contrato de Concesión para la modernización y desarrollo del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry (en adelante, Contrato de Concesión), celebrado entre el Estado de la República del Perú, en su calidad de Concedente, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) y Salaverry Terminal Internacional S.A. (en adelante, el Concesionario).
3. Mediante Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022, el Concesionario presentó a Proinversión, con copia a este Regulador y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), información relativa una operación de Endeudamiento Garantizado Permitido de refinanciamiento de deuda (en adelante, EGP), en el marco de lo dispuesto en las Cláusulas 1.19.1 y 9.3.1 del Contrato de Concesión.
4. En la mencionada carta, el Concesionario solicitó que los siguientes documentos: (i) resumen de los términos y condiciones financieros principales del EGP; y, (ii) Contrato de Préstamo¹, presentados adjuntos a dicha comunicación, sean declarados confidenciales en el marco de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS y en el Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Confidencialidad).
5. Mediante el Memorando N° 309-2022-GAJ-OSITRAN, recibido el 20 de julio de 2022, la Gerencia de Asesoría Jurídica comunicó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos que la solicitud sobre confidencialidad formulado por el Concesionario cumple con los requisitos de forma estipulados en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad.² En ese sentido, señaló que corresponde que el órgano competente emita pronunciamiento sobre el fondo de dicho pedido de confidencialidad.

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Eliana FIR 43034136 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 04/08/2022 14:13:27 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Daysi Melina FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 04/08/2022 13:46:35 -0500

Visado por: GUTIERREZ DAMAZO
Jose Antonio FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 04/08/2022 13:24:36 -0500

¹ Cabe indicar que el Concesionario presenta dos (2) archivos del Contrato de Préstamo a través de los Anexos 2 (I) y Anexo 2 (II) de la solicitud de confidencialidad presentada mediante Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022.

² Con relación a la obligación de ingresar los documentos por Mesa de Partes en sobre cerrado a que se refiere el artículo 10 del Reglamento de Confidencialidad, la Gerencia de Asesoría Jurídica indicó que se encuentra disponible

Visado por: AMES SANTILLAN
Juan Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 04/08/2022 13:24:05 -0500

Visado por: CONDORI ARIAS
Harold FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 04/08/2022 13:12:39 -0500

III. ANÁLISIS

3.1 Evaluación de los requisitos de forma de la solicitud de confidencialidad

6. El artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán establece lo siguiente:

“Artículo 9.- Solicitud para la Declaración de Información Confidencial

La Solicitud para la declaración de Información Confidencial deberá indicar en forma clara y precisa como mínimo:

- a) Resumen o listado de la información presentada.*
- b) Motivo por el cual se presenta la información.*
- c) Razones por las cuales se solicita la declaración de documentación confidencial y el perjuicio que su divulgación causaría a la Entidad Prestadora o al tercero.*
- d) Período durante el cual la información debe ser mantenida como Confidencial, en caso de que sea posible determinar dicho período”.*

7. Como se ha indicado en la sección de antecedentes del presente Informe, mediante el Memorando N° 309-2022-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica ha indicado que la solicitud de confidencialidad presentada por el Concesionario cumple con los requisitos de forma señalados en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad; por lo que corresponde al órgano competente emitir pronunciamiento sobre el fondo de dicha solicitud, en aplicación del artículo 13 del mencionado Reglamento.

3.2 Justificación del pedido de confidencialidad

8. Mediante Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022, el Concesionario justificó su pedido de confidencialidad señalando que la información contenida en (i) el resumen de los términos y condiciones financieros principales del EGP y (ii) el Contrato de Préstamo, es información comercial sensible cuya divulgación al mercado causaría perjuicios irreparables al Concesionario. Específicamente, el Concesionario señaló lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN que aprobó el Reglamento para la determinación, ingreso, registro y resguardo de la Información Confidencial presentada ante OSITRAN y la Directiva sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobada mediante Resolución Ministerial 201-2009-MTC/01, solicitamos que se mantenga confidencial la información contenida en los documentos listados en el párrafo siguiente por un plazo de tres (3) años dado que se trata de información comercial sensible cuya divulgación al mercado causaría perjuicios irreparables a STI.”

[Énfasis y subrayado agregado.]

3.3 Órgano competente para resolver el pedido de confidencialidad

9. De acuerdo con el numeral 7 del artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM del 28 de febrero de 2015 (en adelante, ROF), la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos tiene como función resolver las solicitudes de confidencialidad no referidas a secreto comercial o industrial, en el ámbito de sus competencias, conforme a la normativa de la materia.
10. Por su parte, el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad establece que corresponde al Consejo Directivo actuar en primera y segunda instancia administrativa para resolver

la Mesa de Partes Virtual (MPV) para la presentación de documentos. Asimismo, dicha Gerencia advierte que la información presentada por el Concesionario a través de la MPV fue registrada en el Sistema de Gestión Documentaria (SGD) como documento confidencial, por lo que carece de sentido y resultaría contrario al principio de informalismo previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General exigir al administrado la presentación de la misma información en un sobre cerrado.

los pedidos de confidencialidad que versen sobre secreto comercial o industrial. Dicha disposición es concordante con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 7 del ROF.

11. Así, en la medida que el pedido de confidencialidad presentado por el Concesionario se sustenta en que la información se encontraría protegida por secreto comercial, corresponde al Consejo Directivo decidir sobre dicha solicitud. Para tal efecto, teniendo en cuenta que la información objeto del pedido ha sido presentada en el marco de un procedimiento de aprobación de EGP, corresponde a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos emitir opinión sobre dicha solicitud de confidencialidad, a efectos de que el Consejo Directivo adopte una decisión sobre el particular.

3.4 Marco normativo para evaluar el pedido de confidencialidad

12. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de Confidencialidad, las Entidades Prestadoras o los terceros tendrán el derecho a solicitar que determinada información que presenten al Ositrán que consideren confidencial sea declarada como tal, siendo responsabilidad de estas el requerirlo de acuerdo con lo dispuesto en dicho Reglamento, tal como se cita 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”.

[Énfasis y subrayado agregado.]

13. En línea con lo dispuesto en el artículo 3 antes citado, el artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad establece que, en caso las Entidades Prestadoras o terceros proporcionen información al Ositrán sin formular un pedido de confidencialidad, dicha información será considerada pública, conforme se observa a continuación:

“Artículo 8.- Información Pública.

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

[Énfasis y subrayado agregado.]

14. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Reglamento de Confidencialidad, “se considera información confidencial la cual, debido a su contenido, no resulta conveniente su divulgación en el mercado o aquella que por norma legal sea considerada como tal, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 6° del presente Reglamento”.
15. Por su parte, el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad establece como uno de los supuestos por los cuales la información puede ser declarada confidencial, aquella información que se encuentre protegida por secreto comercial. Específicamente, dicho artículo señala lo siguiente:

“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 y subrayado agregado.]

16. Dicha disposición se encuentra en línea con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS (en adelante, TUO de la Ley de Transparencia). En efecto, el artículo 3 del citado TUO recoge el principio de publicidad, según el cual, toda información que posee una entidad del Estado se presume pública, estando dicha entidad obligada a entregar la referida información a las personas que la soliciten.

“Artículo 3.- principio de publicidad

Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad.

Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta Ley.

En consecuencia:

*1. **Toda información que posea el Estado se presume pública**, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente Ley.
(...)”*

[Énfasis y subrayado agregado.]

17. No obstante, el artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia precisa que el derecho de ejercicio de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de información confidencial, la cual comprende, entre otros, aquella protegida por el secreto comercial:

“Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

*El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:
(...)*

*2. La información protegida por el **secreto** bancario, tributario, **comercial**, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente”.*

[Énfasis y subrayado agregado.]

18. Por tanto, de acuerdo con la normativa antes citada, la regla general es que la información que poseen las entidades del Estado, incluyendo aquella entregada por parte de los administrados, tiene carácter público; sin embargo, la normativa admite excepciones destinadas a proteger, tanto a la entidad, como a los administrados, de daños que podrían ser causados por la divulgación de cierta información. Tal es el caso de la información que se encuentra protegida por el secreto comercial.
19. Dicho esto, a continuación, se procederá a analizar si la información presentada por el Concesionario califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, como ha sido alegado por dicho administrado.

3.5 Sobre el carácter confidencial bajo el supuesto de secreto comercial

20. Cabe indicar que ni el Reglamento de Confidencialidad, ni el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establecen una definición de lo que constituye un secreto comercial. Siendo ello así, corresponde remitirse a definiciones y conceptos desarrollados en la normativa y lineamientos que existen sobre la materia.
21. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo de las Naciones Unidas, ha señalado lo siguiente respecto al secreto comercial:

“Por lo general, toda información comercial confidencial que otorgue a una empresa una ventaja competitiva y sea desconocida para otros puede estar protegida como secreto comercial. Los secretos comerciales abarcan tanto la información técnica, tal como la información relativa a los métodos de fabricación, los datos de prueba de productos farmacéuticos, los diseños y dibujos de programas informáticos, como la información comercial, tal como los métodos de distribución, la lista de proveedores y clientes y las estrategias publicitarias.

Un secreto comercial también puede ser una combinación de elementos, que por separado forman parte del dominio público, pero cuya combinación, que se mantiene en secreto, constituye una ventaja competitiva.

Otros ejemplos de información que puede estar protegida por secretos comerciales incluyen la información financiera, las fórmulas y las recetas, y los códigos fuente”.³

[Énfasis y subrayado agregado.]

22. Por su parte, el artículo 40.2 del Decreto Legislativo N° 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, señala lo siguiente respecto a la información que califica como secreto comercial⁴:

“Artículo 40°.- Información confidencial. -

(...)

40.2. De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:

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

[Énfasis y subrayado agregado.]

23. Por su parte, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), aprobó Lineamientos sobre Confidencialidad⁵, señalando lo siguiente con respecto al secreto comercial:

“(...) 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. Por su parte,

³ Ver <<https://www.wipo.int/tradesecrets/es/>> (Último acceso: 4 de agosto de 2022).

⁴ De manera similar a lo establecido en el artículo 40.2 del Decreto Legislativo 1044, el artículo 32.1 del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Representación de Conductas Anticompetitivas, establece lo siguiente:

“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 Aprobados mediante la Resolución 027-2013/CLC-INDECOPI.

constituye secreto industrial aquella información referida a la descripción detallada de los insumos o fórmulas y del proceso productivo, entre otros.

Por otro lado, se considera que la divulgación de determinada información puede causar una **eventual afectación, en general, cuando los competidores de un administrado pueden obtener una ventaja competitiva de acceder a ella**. Por ejemplo, información sobre estrategias para ingresar a un determinado mercado (...).

[Énfasis y subrayado agregado.]

24. Los Lineamientos de Confidencialidad del Indecopi precisan también que no procede la declaratoria de confidencialidad si la información ha sido 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”. (...)

[Énfasis y subrayado agregado.]

25. En la misma línea, la Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales 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**;

(...)

[Énfasis y subrayado agregado.]

26. En ese sentido, de acuerdo con la normativa y lineamientos anteriormente desarrollados, para que una información se encuentre protegida por el secreto comercial, debe tratarse de información cuya importancia para el desarrollo de la actividad económica de la empresa la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros. Asimismo, posee un valor comercial, efectivo o potencial, por lo que su divulgación podría generar que terceros adquieran una situación de ventaja competitiva que no habría sido adquirida por su propia eficiencia.

3.6 Del análisis de la solicitud de confidencialidad

27. Mediante la Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022, el Concesionario presentó, entre otra, la siguiente información respecto de la cual solicitó que se declare su confidencialidad:

- (i) Resumen de los términos y condiciones financieros principales del EGP
- (ii) Contrato de Préstamo⁶

⁶ Comprende el Anexo 2 (I) y el Anexo 2 (II) de la solicitud de confidencialidad presentada por el Concesionario a este Regulador mediante Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022.

Sobre si la información ha sido previamente divulgada

28. Como se mencionó en el capítulo precedente, para que la información presentada por los administrados sea declarada confidencial, entre otros, ella no debe haber sido previamente divulgada, pues, claramente, de haber ocurrido ello, la información no podría tener carácter confidencial.
29. Asimismo, respecto a la información para la cual se solicita su confidencialidad, los administrados muestran una actitud de reserva. Al respecto, dicha actitud se observa incluso a partir de la forma en la que dicha información ingresa a la Administración Pública, por ejemplo, señalando y protegiendo el carácter confidencial de la información proporcionada.
30. En esa línea, el artículo 3 del Reglamento de Confidencialidad establece que es responsabilidad del administrado solicitar que la información proporcionada sea declarada confidencial pues, de lo contrario, dicha información recibirá el tratamiento de información pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de dicha norma.
31. En el presente caso, respecto a la previa divulgación, no se tiene evidencia de que la información haya sido divulgada con anterioridad. De igual manera, se observa que el Concesionario ha adoptado la debida diligencia al presentar la información al Ositrán, solicitando – en la oportunidad que ingresó la información – que la misma sea declarada confidencial.
32. En consecuencia, con base en las fuentes de información disponibles, no se tiene evidencia que la información objeto de la solicitud de confidencialidad haya sido previamente divulgada y, por el contrario, se observa la actitud del Concesionario de mantener en reserva dicha información.

Sobre la evaluación del secreto comercial

33. Conforme lo indicado previamente, de acuerdo a los Lineamientos de Confidencialidad del Indecopi, constituye secreto comercial la información relativa a los términos de negociación. Al respecto, el mencionado documento señala expresamente lo siguiente:

*“(…) 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. Por su parte, constituye secreto industrial aquella información referida a la descripción detallada de los insumos o fórmulas y del proceso productivo, entre otros.
(…)”*

[Énfasis y subrayado agregado.]

34. Asimismo, el Anexo I de los mencionados Lineamientos de Confidencialidad del Indecopi establece los criterios para determinar si determinada información es o no confidencial. Así, se establece que los detalles y especificaciones técnicas de las negociaciones puede ser información considerada como confidencial:

Lista ilustrativa de información que podría ser considerada confidencial

TIPO DE INFORMACIÓN	JUSTIFICACIÓN
Contratos (adendas, cláusulas adicionales, convenios, condiciones contractuales en general).	Cuando revela condiciones comerciales específicas entre la empresa solicitante y sus clientes o proveedores.
Proyectos de Inversión / Cifras de inversiones futuras.	Cuando las decisiones futuras de inversión pueden reflejar una estrategia comercial destinada a generar una ventaja competitiva, que incluye detalles y

	<u>especificaciones técnicas de las negociaciones</u> e inversiones de la empresa solicitante. No se otorgará confidencialidad cuando dicha información haya sido formulada de manera genérica, como, por ejemplo, la intención de ampliar locales sin indicar su ubicación o fecha de ampliación, o la simple mención de incrementar el nivel de producción o la capacidad instalada.
--	--

Fuente: Lineamientos sobre confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, Anexo I.

35. Así, de la revisión de los documentos antes señalados, se advierte que los mismos contienen información relativa a los términos de negociación específicos entre el Concesionario y una entidad financiera para la suscripción de un contrato de préstamo. Cabe señalar que, de divulgarse la información antes indicada, podría causarse un perjuicio al Concesionario, pues podría afectarse el proceso de negociación con dicha entidad financiera.
36. Siendo ello así, los documentos antes indicados contienen información que, siguiendo los Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, califican como información confidencial bajo el supuesto de secreto comercial⁷. Por tanto, la información antes señalada debería ser calificada como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán.

3.7 Plazo de confidencialidad

37. El artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad establece lo siguiente:

“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.

*De ser el caso, **OSITRAN, de oficio**, también podrá modificar el plazo de confidencialidad cuando la información ya no cumpla con las condiciones en virtud a la cual fue declarada como tal. En este caso, sólo puede ser determinada por el Gerente General mediante resolución expresa. (...)*

Del mismo modo, para el caso en que el Consejo Directivo haya calificado la información confidencial como consecuencia de información relativa al secreto comercial e industrial, le corresponderá a este órgano determinar la pérdida de la calificación de confidencial.”

[Énfasis y subrayado agregado.]

38. Del artículo precedente puede advertirse que la información declarada confidencial mantendrá dicho carácter por el plazo que el Ositrán establezca, a menos que dicha información ya no cumpla con las condiciones en virtud de las cuales fue declarada como tal, en cuyo caso el Ositrán podrá modificar el plazo, de oficio.
39. Asimismo, para la determinación del plazo durante el cual correspondería mantener el carácter confidencial de la información objeto de evaluación, resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, el Tribunal de Transparencia). Así, en su Resolución N° 010300782019, de fecha 8 de marzo de 2019, emitida con motivo de la apelación

⁷ Este mismo criterio ha sido aplicado con anterioridad al Concesionario mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0060-2019-CD-OSITRAN.

formulada por un administrado contra la decisión de este Organismo Regulador de denegar el acceso a determinada información proporcionada por una empresa concesionaria, el Tribunal de Transparencia señaló lo siguiente:

(...)

En el caso que nos ocupa, resulta evidente la posición monopólica de Lima Airport Partners S.R.L. en la prestación del servicio público de infraestructura aeroportuaria a través del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, razón por la cual OSITRAN actúa como organismo regulador no solo de la calidad del servicio prestado, sino también con [sic] garante de la fijación de las tarifas de los servicios prestados, debiendo advertir que, a diferencia de las empresas que decidieron no intervenir en el negocio de la bolsa de valores, ha sido la empresa privada quien decidió voluntariamente participar de una función que en principio le corresponde al Estado, de modo que actuando bajo la figura de concesión presta hoy un servicio de naturaleza pública, y en tal medida, le corresponde asumir los beneficios económicos del negocio así como los pasivos, deberes y obligaciones que le corresponderían al Estado en un escenario de prestación directa de servicios públicos.

(...)"

[Énfasis y subrayado agregado.]

40. Como se puede apreciar del texto citado, de acuerdo con el criterio desarrollado por el Tribunal de Transparencia, considerando que es la empresa privada la que decide participar voluntariamente de una función que en principio le corresponde al Estado, le corresponde asumir los beneficios económicos del negocio, así como los pasivos, deberes y obligaciones a cargo del Estado en un escenario de prestación directa de servicios públicos.
41. En tal sentido, siguiendo el criterio del Tribunal de Transparencia antes citado, considerando que el Concesionario ha decidido voluntariamente participar de una función que en principio le corresponde al Estado, el Concesionario debe asumir no solo los beneficios económicos del negocio, sino también los pasivos, deberes y obligaciones que conllevan la prestación directa de los servicios públicos, como si fuese el propio Estado el que se encontrara brindándolos.
42. En el presente caso, el Concesionario solicita que la información se mantenga en reserva por un plazo de tres (3) años. Específicamente, la empresa señala lo siguiente:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN que aprobó el Reglamento para la determinación, ingreso, registro y resguardo de la Información Confidencial presentada ante OSITRAN y la Directiva sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobada mediante Resolución Ministerial 201-2009-MTC/01, solicitamos que se mantenga confidencial la información contenida en los documentos listados en el párrafo siguiente por un plazo de tres (3) años dado que se trata de información comercial sensible cuya divulgación al mercado causaría perjuicios irreparables a STI."

[Énfasis y subrayado agregado.]

43. Como se puede apreciar, si bien el Concesionario solicitó que se mantenga la confidencialidad de la información antes indicada por un periodo de tres (3) años, no ha fundamentado las razones por las cuales sería necesario mantener la confidencialidad de dicha información durante ese plazo, o los perjuicios que se le causaría de divulgarse dicha información antes del vencimiento de ese plazo.
44. Por lo expuesto, en línea con los recientes pronunciamientos emitidos por el Consejo Directivo y en concordancia con el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Transparencia, resulta razonable mantener el carácter confidencial de la información hasta la suscripción del contrato de préstamo por parte del Concesionario con la entidad

financiera en el marco del EGP⁸. Ello, en la medida que la divulgación de la información cuya confidencialidad ha sido solicitada de manera previa a la suscripción del contrato de préstamo, podría afectar el proceso de negociación del Concesionario con los prestamistas. Luego de ello, siguiendo el criterio del Tribunal de Transparencia, dicha información debe contar con un carácter público, en tanto constituye documentación que sustenta las operaciones para la prestación de un servicio público, cuyo tratamiento debe ser similar al que aplicaría respecto de la documentación que sustenta la actividad del propio Estado en el marco de la prestación de un servicio público.

45. Cabe señalar que similar criterio se ha venido aplicando en recientes pronunciamientos emitidos por el Consejo Directivo del Ositrán. Tal es el caso de la Resolución de Consejo Directivo N° 0060-2019-CD-OSITRAN de fecha 20 de diciembre de 2019⁹, a través de la cual se declaró la confidencialidad de determinada información que presentó el Concesionario para la aprobación de una operación de Endeudamiento Garantizado Permitido¹⁰.
46. Finalmente, cabe recordar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad, el Consejo Directivo del Ositrán puede establecer la pérdida del carácter confidencial de la información antes señalada cuando ya no se cumplan las condiciones en virtud de las cuales fue declarada como tal.

IV. CONCLUSIONES

47. De acuerdo con la revisión efectuada por la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán, Salaverry Terminal Internacional S.A. ha presentado su solicitud de confidencialidad cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad, por lo que procede la evaluación de fondo de dicha solicitud.
48. La información presentada por Salaverry Terminal Internacional S.A. contenida en los documentos (i) Resumen de los términos y condiciones financieros principales del EGP y (ii) Contrato de Préstamo, adjuntos a la Carta S/N recibida el 18 de julio de 2022, califican como información confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán.

⁸ La cláusula 1.19.47 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"1.19.47. Endeudamiento Garantizado Permitido

Consiste en el endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento o crédito, emisión de valores mobiliarios y/o préstamos de dinero, todos ellos, otorgados por cualquier Acreedor Permitido bajo cualquier modalidad, cuyos fondos serán destinados al cumplimiento de las Inversiones Obligatorias o de las Inversiones en Función a la Demanda objeto de este Contrato, incluyendo cualquier renovación, reprogramación o refinanciamiento de tal endeudamiento que se encuentre garantizado por un(os) Acreedor(es) Permitido(s)"; cuyos términos financieros principales, comprendiendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización u otros términos similares, cuenten con la conformidad de PROINVERSIÓN, previa opinión técnica del REGULADOR y opinión del CONCEDENTE, conforme a lo dispuesto en la Cláusula 9.3.1 del presente Contrato."

⁹ Notificada al Concesionario a través del Oficio N° 0225-2019-SCD-OSITRAN de fecha 23 de diciembre de 2019. Cabe señalar también que, cumplido el plazo por el cual se declaró la confidencialidad de la información, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0028-2020-CD-OSITRAN se dispuso levantar el carácter confidencial de la misma. Esta última resolución fue notificada al Concesionario a través del Oficio N° 0081-2020-SCD-OSITRAN de fecha 26 de mayo de 2020.

¹⁰ De manera similar se abordaron también los pedidos de confidencialidad que solicitó una concesionaria aeroportuaria respecto de información que presentó para la aprobación de una operación de Endeudamiento Garantizado Permitido, de conformidad con lo dispuesto en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 041-2020-CD-OSITRAN y N° 048-2020-CD-OSITRAN. Cabe señalar también que, una vez cumplido el plazo por el cual se declaró la confidencialidad de la información, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 055-2020-CD-OSITRAN se dispuso levantar la confidencialidad de las mismas.

Cabe mencionar que las resoluciones previamente citadas se encuentran disponibles en el portal web del Ositrán: <https://www.ositrان.gob.pe/antior/resoluciones/cd/>

49. Dado que la divulgación de la información objeto de la solicitud de confidencialidad de manera previa a la suscripción del contrato de préstamo podría afectar el proceso de negociación con dicha entidad causando perjuicio a Salaverry Terminal Internacional S.A., se considera razonable que la información sea declarada confidencial hasta que dicha empresa suscriba el contrato de préstamo con la entidad financiera. Ello, sin perjuicio que el Consejo Directivo del Ositrán le pueda retirar dicho carácter antes del vencimiento del plazo señalado, si la misma pierde la condición de secreto comercial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad.
50. De conformidad con el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad, corresponde al Consejo Directivo declarar la confidencialidad de la información antes señalada, toda vez que el pedido de confidencialidad versa sobre secreto comercial.

V. RECOMENDACIÓN

51. En virtud de lo expuesto, se recomienda a la Gerencia General remitir el presente Informe al Consejo Directivo del Ositrán, para su consideración.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

Adj.: Proyecto de Resolución visado por la Gerencia de Asesoría Jurídica

NT: 2022078020