



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo



Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 24/07/2024
16:51:40 -0500

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA

Nº 0050-2024-PD-OSITRAN

Lima, 24 de julio de 2024

VISTOS:

La Carta N°052-2024-STI/GG, recibida el 08 de julio de 2024; el Informe N°00082-2024-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, el 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 calidad de Concesionario (en adelante, el Concesionario o STI);

Que, mediante Carta N°052-2024-STI/GG, recibida el 08 de julio de 2024, el Concesionario presentó a Proinversión, con copia a este Regulador y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, información relativa a una operación de modificación de Endeudamiento Garantizado Permitido, 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) Anexo 1: las modificaciones al Contrato de Crédito contenidas en el proyecto de Segunda Adenda al Contrato de Crédito (Second Amendment to Loan Agreement); (ii) Anexo 2: las modificaciones al Contrato de Fideicomiso contenidas en la Primera Adenda a la Modificación Integral del Contrato de Fideicomiso en Administración y Garantía; y, (iii) Anexo 3: el resumen de las modificaciones de la Adenda al Contrato de Crédito a los términos financieros principales y las modificaciones contenidas en la Adenda al Contrato de Fideicomiso, 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 de Confidencialidad del Ositrán;

Que, mediante el Memorando N°00285-2024-GAJ-OSITRAN, recibido el 15 de julio de 2024, la Gerencia de Asesoría Jurídica informó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos que la solicitud presentada por el Concesionario cumple con los requisitos de forma previstos en el Reglamento de Confidencialidad; por lo que corresponde realizar la evaluación de fondo de dicha solicitud;

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, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad, en concordancia con el numeral 12 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el Consejo Directivo del Ositrán resuelve

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 24/07/2024 16:10:45 -0500

Visado por: CHOCANO PORTILLO Javier
Eugenio Manuel Jose FAU 20420248645
hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 24/07/2024 13:40:04 -0500

Visado por:
QUEJIA DE LA SOTTA, SANDRA
FLORELLA
20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 24/07/2024 13:18:58 -0500



las solicitudes de información confidencial referidas a secreto comercial o industrial, conforme a la normativa de la materia;

Que, mediante Informe N° 00082-2024-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió a la Gerencia General, su evaluación de la solicitud de confidencialidad de la información presentada el Concesionario;

Que, el citado Informe concluye que la información presentada por STI contenida en los siguientes documentos: (i) Anexo 1: las modificaciones al Contrato de Crédito contenidas en el proyecto de Segunda Adenda al Contrato de Crédito (Second Amendment to Loan Agreement); (ii) Anexo 2: las modificaciones al Contrato de Fideicomiso contenidas en la Primera Adenda a la Modificación Integral del Contrato de Fideicomiso en Administración y Garantía; y, (iii) Anexo 3: el resumen de las modificaciones de la Adenda al Contrato de Crédito a los términos financieros principales y las modificaciones contenidas en la Adenda al Contrato de Fideicomiso, adjuntos a la Carta N°052-2024-STI/GG, recibida el 08 de julio de 2024, califican como información confidencial bajo el supuesto de secreto comercial previsto en el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán;

Que, asimismo, dicho Informe concluye que, dado que la divulgación de la información contenida en los documentos señalados en el párrafo anterior de manera previa a la suscripción de las Adendas antes mencionadas podría afectar el proceso de negociación con la entidad financiera causando perjuicio a Salaverry Terminal Internacional S.A., se considera razonable que la información sea declarada confidencial hasta que dicha empresa suscriba las referidas Adendas con la entidad financiera. Ello, sin perjuicio que el Regulador le pueda retirar dicho carácter antes del vencimiento del plazo señalado, si dicha información pierde la condición de secreto comercial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad;

Que, el numeral 10 del artículo 9 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N°012-2015-PCM, establece que la Presidencia Ejecutiva tiene la función de adoptar medidas de emergencia, sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, con cargo a dar cuenta en la siguiente sesión;

Que, a la fecha el Consejo Directivo no puede sesionar por falta de quórum y, asimismo, existe una situación de emergencia dado que la falta de pronunciamiento dentro del plazo establecido podría afectar la adecuada atención de solicitudes en el marco del ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de los administrados, lo cual ha sido sustentado en el Informe N° 00082-2024-GRE-OSITRAN;

Que, luego de revisar el Informe de vistos, la Presidencia Ejecutiva manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe N°00082-2024-GRE-OSITRAN, el cual constituye parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, en virtud 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 numeral 10 del artículo 9 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N°012-2015-PCM y sus modificatorias, así como sobre la base del Informe N°00082-2024-GRE-OSITRAN;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar la confidencialidad bajo el supuesto de secreto comercial, respecto de la información siguiente remitida por Salaverry Terminal Internacional S.A. mediante la Carta N°052-2024-STI/GG, recibida el 08 de julio de 2024:

- (i) Anexo 1: las modificaciones al Contrato de Crédito contenidas en el proyecto de Segunda Adenda al Contrato de Crédito (Second Amendment to Loan Agreement)
- (ii) Anexo 2: las modificaciones al Contrato de Fideicomiso contenidas en la Primera Adenda a la Modificación Integral del Contrato de Fideicomiso en Administración y Garantía;
- (iii) Anexo 3: el resumen de las modificaciones de la Adenda al Contrato de Crédito a los términos financieros principales y las modificaciones contenidas en la Adenda al Contrato de Fideicomiso.

Artículo 2°.- Disponer que se mantenga la confidencialidad de la información a que se refiere el artículo 1 de la presente Resolución hasta que se suscriban las Adendas con la entidad financiera; o, hasta que el Ositrán le retire dicho carácter cuando esta pierda la condición de secreto comercial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de 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.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N°00082-2024-GRE-OSITRAN a Salaverry Terminal Internacional S.A.

Artículo 4°.- Disponer la difusión de la presente Resolución, así como del Informe N°00082-2024-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/ositrán>).

Artículo 5°.- Dar cuenta de la presente resolución al Consejo Directivo, en su siguiente sesión.

Regístrese y comuníquese

Firmada por
VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo
Presidencia Ejecutiva

Visada por
JUAN CARLOS MEJIA CORNEJO
Gerente General
Gerencia General

Visada por
SANDRA QUEIJA DE LA SOTTA
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visada por
JAVIER CHOCANO PORTILLO
Jefe de la Gerencia de Asesoría Jurídica
Gerencia de Asesoría Jurídica

NT. 2024092134

INFORME N° 00082-2024-GRE-OSITRAN

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

De: **SANDRA QUEIJA DE LA SOTTA**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)

Asunto: Solicitud de confidencialidad de la información presentada por la Salaverry Terminal Internacional S.A. mediante la Carta N°052-2024-STI/GG.
Artículo 13 del Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante Ositrán

Fecha: 22 de julio de 2024

I. OBJETO

1. Emitir opinión con relación a la solicitud de confidencialidad formulada por Salaverry Terminal Internacional S.A. sobre determinada información presentada mediante la Carta N°052-2024-STI/GG, recibida el 08 de julio de 2024, en el marco del procedimiento de modificación de Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante, EGP).

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 o STI).
3. Mediante Carta N°052-2024-STI/GG, recibida el 08 de julio de 2024, el Concesionario presentó a Proinversión, con copia a este Regulador y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, información relativa una operación de modificación de 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) las modificaciones al Contrato de Crédito contenidas en el proyecto de Segunda Adenda al Contrato de Crédito (Second Amendment to Loan Agreement) (Anexo 1); (ii) las modificaciones al Contrato de Fideicomiso contenidas en la Primera Adenda a la Modificación Integral del Contrato de Fideicomiso en Administración y Garantía (Anexo 2); y, (iii) el resumen de las modificaciones de la Adenda al Contrato de Crédito a los términos financieros principales y las modificaciones contenidas en la Adenda al Contrato de Fideicomiso (Anexo 3), 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° 00285-2024-GAJ-OSITRAN, recibido el 15 de julio de 2024, 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.

III. ANÁLISIS

III.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° 00285-2024-GAJ-OSITRAN la Gerencia de Asesoría Jurídica (GAJ) ha señalado que la solicitud de confidencialidad presentada por el Concesionario a través de la Carta N°052-2024-STI/GG cumple con los requisitos de forma señalados en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán citado, correspondiendo al órgano competente emitir pronunciamiento sobre el fondo del pedido de confidencialidad formulado.

III.2 Justificación del pedido de confidencialidad

8. Mediante Carta N°052-2024-STI/GG recibida el 08 de julio de 2024, el Concesionario justificó su pedido de confidencialidad señalando que la información contenida en (i) las modificaciones al Contrato de Crédito contenidas en el proyecto de Segunda Adenda al Contrato de Crédito (Second Amendment to Loan Agreement) (Anexo 1); (ii) las modificaciones al Contrato de Fideicomiso contenidas en la Primera Adenda a la Modificación Integral del Contrato de Fideicomiso en Administración y Garantía (Anexo 2); y, (iii) el resumen de las modificaciones de la Adenda al Contrato de Crédito a los términos financieros principales y las modificaciones contenidas en la Adenda al Contrato de Fideicomiso (Anexo 3), es información comercial sensible cuya divulgación al mercado causaría perjuicios 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 Anexos 1 a 3, por un plazo de tres (3) años dado que se trata de información comercial sensible cuya divulgación al mercado causaría perjuicios a STI”.

[Subrayado agregado.]

III.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 información confidencial 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 del Ositrán establece que corresponde al Consejo Directivo del este Organismo Regulador actuar en primera y segunda instancia administrativa para resolver 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 Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.
11. Así, en la medida que el pedido de confidencialidad presentado por STI se sustenta en que la información se encuentra protegida por secreto comercial, corresponde al Consejo Directivo del Ositrán decidir sobre dicha solicitud. Para tal efecto, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos debe emitir opinión sobre dicha solicitud de confidencialidad, a efectos de que el Consejo Directivo adopte una decisión sobre el particular.

III.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”.

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”.

14. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, *“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. Cabe indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, a fin de determinar si la información

presentada por las Entidades Prestadoras califica como confidencial, se tendrá en consideración, entre otros, si la misma se encuentra protegida por el secreto comercial, tal como se cita a continuación¹:

“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. (...)”

[El subrayado es nuestro]

16. 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 misma 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 confidencial. Tal es el caso de la información que se encuentra protegida por el secreto comercial.

III.5 Sobre el carácter confidencial bajo el supuesto de secreto comercial

17. Cabe indicar que, ni el Reglamento de Confidencialidad, ni el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública² 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.
18. En tal sentido, resulta útil citar a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo de las Naciones Unidas, que 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.

¹ En la misma línea, el inciso 2 del artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece lo siguiente:

“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.

(...)”

² Publicado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS.

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

19. Por su parte, el artículo 40.2 del artículo 40 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 comercial:

“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”.*

20. Cabe señalar que, si bien el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán permite calificar determinada información bajo el criterio de secreto comercial, no proporciona contenido a dicho concepto. Teniendo en cuenta este vacío, se estima conveniente tomar como referencia los Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) del Indecopi⁴, los cuales definen el secreto comercial de la siguiente manera:

“(...) 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.

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 (...).”

21. Los Lineamientos de Confidencialidad de la CLC del Indecopi precisan también que no procede la declaratoria de confidencialidad si la información ha sido previamente divulgada. Al respecto, dichos Lineamientos señalan lo siguiente:

³ Ver: < <https://www.wipo.int/trademarks/es/> (último acceso: 17 de julio de 2024).

⁴ Aprobados mediante Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 13 de octubre de 2013.

“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”.

22. 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;

(...)

[Subrayado agregado.]

23. 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.

III.6 Del análisis de la solicitud de confidencialidad presentada por STI

24. Mediante la Carta N°052-2024-STI/GG recibida el 08 de julio de 2024, el Concesionario presentó, entre otra, la siguiente información respecto de la cual solicitó que se declare su confidencialidad:
- (i) Anexo 1: las modificaciones al Contrato de Crédito contenidas en el proyecto de Segunda Adenda al Contrato de Crédito (Second Amendment to Loan Agreement)
 - (ii) Anexo 2: las modificaciones al Contrato de Fideicomiso contenidas en la Primera Adenda a la Modificación Integral del Contrato de Fideicomiso en Administración y Garantía;
 - (iii) Anexo 3: el resumen de las modificaciones de la Adenda al Contrato de Crédito a los términos financieros principales y las modificaciones contenidas en la Adenda al Contrato de Fideicomiso.

Sobre si la información ha sido previamente divulgada

25. 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.
26. 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.

27. En esa línea, el artículo 3 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán 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.
28. En el presente caso, respecto a la previa divulgación, no se tiene evidencia de que la información objeto del pedido de confidencialidad 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.
29. 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 de la información materia de la solicitud.

30. Conforme lo indicado previamente, de acuerdo con 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.

(…)”

[Subrayado agregado.]

31. Adicionalmente, el Anexo I de los referidos Lineamientos establece los criterios para determinar si un tipo de información es confidencial o no. Así, por ejemplo, los siguientes tipos de información deben ser declarados confidenciales:

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 especificaciones técnicas de las negociaciones 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 del Indecopi, Anexo I.

32. 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.
33. 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 comercial⁵. 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.

III.7 Plazo de confidencialidad

34. El artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán 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.”

[El subrayado es nuestro]

35. Del artículo precedente puede advertirse que la información declarada confidencial mantendrá dicho carácter por el plazo que establezca el Regulador, a menos que dicha información ya no cumpla con las condiciones en virtud de las cuales fue declarada como tal, en cuyo caso el Regulador podrá modificar de oficio dicho plazo.
36. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, la resolución que declare la confidencialidad de la información en cuestión deberá señalar el plazo por el cual corresponderá mantener bajo reserva dicha información.
37. En tal sentido, para la determinación del plazo durante el cual corresponde mantener el carácter confidencial de la información objeto de evaluación en dicho caso, resulta relevante valorar el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, el Tribunal de Transparencia), a través de la Resolución N° 010300782019, de fecha 8 de marzo de 2019, a efectos de decidir en este

⁵ Este mismo criterio ha sido aplicado con anterioridad al Concesionario mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0060-2019-CD-OSITRAN.

caso concreto el plazo durante el cual la información debe ser mantenida como confidencial; y, por ende, el plazo durante el cual los usuarios no podrán acceder a dicha información.

38. 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 formulada por un administrado contra la decisión de este Organismo Regulador de denegar el acceso a determinada información proporcionada por una empresa concesionaria⁶, 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]

39. Como se puede observar 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 que le corresponderían al Estado en un escenario de prestación directa de servicios públicos.
40. En tal sentido, siguiendo el criterio del Tribunal de Transparencia antes citado, se destaca que ha sido el Concesionario 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.
41. En dicha línea, es importante resaltar que la información cuya confidencialidad es solicitada por STI, se trata de información relativa al financiamiento del diseño, financiamiento, ejecución de Inversiones, Conservación, Explotación y transferencia del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry establecidas en el Contrato de Concesión, para la prestación de servicios públicos que realiza en virtud de un contrato de concesión y por los cuales los usuarios asumen el pago de las tarifas. Más aun para dicho financiamiento, el Concesionario está requiriendo la aprobación de modificaciones contractuales que recaen sobre el derecho de concesión y garantías sobre los ingresos que esta genera.

⁶ En dicho caso, este Organismo Regulador consideró que los Estados Financieros presentados por la empresa concesionaria calificaban como confidenciales bajo el supuesto de secreto bancario y tributario, previsto en el numeral 2 del artículo 17 del TUO de la Ley N° 27806.

42. En este punto, cabe recordar que las modificaciones a los contratos de financiamiento con garantías del Estado son presentadas ante el Ositrán en atención al procedimiento estipulado en la cláusula 9.3.1 del Contrato de Concesión, por el cual este organismo regulador y el MTC emiten opinión técnica y Proinversión se pronuncia sobre su aprobación. Bajo dicho marco contractual, tratándose de entidades públicas sujetas a obligaciones de transparencia, la confidencialidad de la información no puede mantenerse si las circunstancias que dieron lugar a su calificación han desaparecido, máxime considerando que el criterio del Tribunal de Transparencia se basa en la decisión voluntaria de la empresa privada de participar en una función que en principio corresponde al Estado, con lo cual su EGP se aprueba en un procedimiento de naturaleza pública, lo que no ocurriría si sus operaciones de financiamiento estuvieran fuera del alcance de competencias estatales.
43. En el presente caso, como se señaló anteriormente, el Concesionario ha solicitado que la información objeto de la solicitud de confidencialidad se mantenga bajo reserva por un plazo de tres (03) años. Sobre el particular, STI señaló que la información contenida en los documentos materia de su solicitud constituye secreto comercial y versa sobre información sensible cuya divulgación al mercado le causaría perjuicios.
44. No obstante, STI 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. En tal sentido, considerando el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Transparencia, y dado que la divulgación de la información objeto de la solicitud de confidencialidad de manera previa a la suscripción de los contratos materia de la solicitud de confidencialidad podría afectar el proceso de negociación con la entidad financiera respecto del financiamiento que conforma su solicitud de modificación de EGP, causando perjuicio a STI, resulta razonable que la información sea declarada confidencial hasta que dicha empresa suscriba con la entidad financiera la Segunda Adenda al Contrato de Crédito y la Primera Adenda a la Modificación Integral del Contrato de Fideicomiso en Administración y Garantía que conforman su solicitud. 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 las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0043-2022-CD-OSITRAN de fecha 11 de agosto de 2022 y 0043-2022-CD-OSITRAN de fecha 06 de octubre de 2022, a través de las cuales se declaró la confidencialidad de determinada información que presentó el Concesionario para la aprobación de una operación de EGP.
46. Finalmente, cabe recordar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, 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. JUSTIFICACION DE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA

47. De conformidad con el artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Ositrán, corresponde al Consejo Directivo del Ositrán resolver las solicitudes de información confidencial referidas a secreto comercial o industrial, conforme a la normativa de la materia; no obstante, considerando que a la fecha este Organismo Regulador no cuenta con el quorum requerido para llevarse a cabo las sesiones de Consejo Directivo, conforme con lo señalado en el artículo 6 del mencionado ROF, no resulta posible que el presente informe pueda ser objeto de debate y aprobación por el Consejo Directivo de

OSITRAN y ser posteriormente notificado dentro del plazo legamente previsto para tal efecto.

48. Habiendo dicho ello, corresponde evaluar si la falta de aprobación del presente informe por parte del órgano competente calificaría como una situación de emergencia que justificaría la participación excepcional de la Presidencia Ejecutiva, en atención a lo previsto numeral 10 del artículo 9⁷ del ROF que establece la función de la Presidencia Ejecutiva del Ositrán de adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, con cargo a dar cuenta posteriormente a dicho colegiado.
49. En el presente caso, como consecuencia del análisis realizado en el presente informe, se ha identificado que para que la confidencialidad de la información solicitada por el Concesionario sea resguardada en el marco de su pedido de modificación de EGP, se requiere contar con la aprobación del Regulador de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán. En ese sentido, la falta de opinión al respecto conllevaría a que el público en general vea afectado su derecho de acceso a la información pública, en tanto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14 del mencionado Reglamento, la información materia de una solicitud de declaración de confidencialidad, será tratada como tal mientras no haya un pronunciamiento que señale lo contrario⁸.
50. En ese contexto, se estima pertinente poner a consideración de la Presidencia del Consejo Directivo del Ositrán la necesidad de aprobar el presente informe de opinión respecto de la solicitud de aprobación de EGP presentada por STI como una medida de emergencia.
51. En virtud de lo anteriormente expuesto, atendiendo a la imposibilidad fáctica para sesionar del Consejo Directivo y a la situación de emergencia identificada en el presente informe, esta Gerencia estima necesario someter a consideración de la Presidencia Ejecutiva, la aprobación del presente informe como una medida de emergencia, en el marco de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 9 del ROF del Ositrán.

V. CONCLUSIONES

52. De acuerdo con los fundamentos anteriormente expuestos, la siguiente información presentada por STI mediante la Carta C-LAP-GFPRI-2022-0006, en el marco de su solicitud de aprobación de modificación de EGP, califica 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:
 - (iv) Anexo 1: las modificaciones al Contrato de Crédito contenidas en el proyecto de Segunda Adenda al Contrato de Crédito (Second Amendment to Loan Agreement)
 - (v) Anexo 2: las modificaciones al Contrato de Fideicomiso contenidas en la Primera Adenda a la Modificación Integral del Contrato de Fideicomiso en Administración y Garantía;
 - (vi) Anexo 3: el resumen de las modificaciones de la Adenda al Contrato de Crédito a los términos financieros principales y las modificaciones contenidas en la Adenda al Contrato de Fideicomiso.

⁷ "Artículo 9.- Funciones de la Presidencia Ejecutiva
Son funciones de la Presidencia Ejecutiva, las siguientes:
(...)

10. Adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando cuenta sobre dichas medidas en la sesión siguiente del Consejo Directivo;
(...)"

⁸ "Artículo 14.- Tratamiento de la información durante el procedimiento.
La información materia de una Solicitud de Declaración de Información Confidencial, será tratada como tal mientras no quede consentida en la vía administrativa un pronunciamiento que declare lo contrario".

53. Asimismo, corresponde mantener el carácter confidencial de los documentos antes señalados hasta que STI suscriba las adendas que conforman su solicitud de aprobación de modificación de EGP.
54. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, corresponde al Regulador emitir pronunciamiento sobre el carácter confidencial de dicha información.

VI. RECOMENDACIÓN

En virtud de lo expuesto, se recomienda a la Gerencia General remitir el presente Informe a la Presidencia Ejecutiva para su aprobación.

Atentamente,

Firmado por
SANDRA QUEIJA DE LA SOTTA
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visado por
CLAUDIA CORNEJO AMEZAGA
Especialista Legal
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

NT 2024091722