

Resolución de Gerencia General

Nº 058-2009-GG-OSITRAN

Lima, 26 de octubre de 2009

VISTOS:

El escrito de fecha 19 de octubre de 2009, presentado por Cosmos Agencia Marítima SAC (en adelante, COSMOS); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

- 1.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público (en lo sucesivo, el REMA), con fecha 06 de junio de 2009 la Empresa Nacional de Puertos S.A. (en adelante, ENAPU), publicó en el diario oficial "El Peruano" un extracto de las solicitudes presentadas por CORMIN CALLAO S.A.C., PERUBAR S.A. y COSMOS para la instalación de las fajas transportadoras móviles para el embarque de minerales a granel en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, TPC), esto con la finalidad que los interesados en brindar el mismo servicio presenten sus solicitudes en el plazo de diez días hábiles.
- 2.- El 18 de junio de 2009 COSMOS reformuló la solicitud original presentada el 12 de junio de 2008, requiriendo la ampliación de una a dos fajas transportadoras herméticas de las mismas características descritas en la primera solicitud de acceso.
- 3.- A través de la Carta Nº 066-2009 ENAPU S.A./GC, de fecha 26 de junio de 2009, ENAPU comunicó a COSMOS que la subasta sería el mecanismo empleado para determinar el acceso para brindar el servicio de transporte de minerales mediante fajas herméticas, considerando que se habían presentado seis solicitudes de acceso con un requerimiento de once fajas y que en el Muelle 3B pueden operar dos fajas de manera simultánea y el parqueadero del TPC tiene capacidad para tres.
- 4.- El 15 de julio de 2009, ENAPU publicó la Resolución de Gerencia General Nº 385-2009 ENAPU S.A./GG mediante la cual aprobó las Bases para la Subasta Pública de Acceso Nº 001/200/ENAPU S.A. (en adelante, la Resolución que aprobó las bases), con el objeto de seleccionar a los tres usuarios intermedios que proveerán el servicio de embarque de concentrados minerales mediante el uso de las fajas transportadoras.
- 5.- Adicionalmente, dichas bases señalan que la subasta será convocada de modo tal que se otorgue el acceso al máximo número de solicitantes que sea posible de acuerdo con la

infraestructura disponible. En ese sentido, los postores únicamente podrían presentarse ofertando como máximo una faja.

- 6.- Con fecha 17 de julio de 2009, COSMOS interpuso recurso de reconsideración contra la resolución que aprobó las bases, por considerar que se les está denegando parcialmente el acceso, puesto que sólo se permite que cada usuario concurse por una de las tres fajas transportadoras, cuando habían solicitado acceso para dos (numeral 3 de las bases).
- 7.- Mediante Resolución de Gerencia General N° 421-2009-ENAPU S.A./GG, ENAPU declaró improcedente el recurso de reconsideración mencionado, por estimar que este medio impugnativo no era la vía idónea para cuestionar o solicitar la modificación de las bases de un procedimiento de acceso, el cual sólo es posible a través de la consultas u observaciones.
- 8.- Notificado dicho pronunciamiento, COSMOS interpuso recurso de apelación contra la mencionada resolución a fin que el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC) revoque lo decidido por ENAPU. Adicionalmente solicito, como petición accesorio, que se suspenda la subasta.
- 9.- El 18 de agosto de 2009 COSMOS solicitó al TSC que, dentro del procedimiento del recurso de apelación, declare la confidencialidad del informe denominado "*Opinión Técnica sobre las Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio de Embarque de Minerales mediante Fajas Herméticas Móviles en el Terminal Portuario del Callao*" elaborado por Inteligencia Marítima Financiera S.A.C.
- 10.- A través del Oficio N° 926-2009-ENAPU S.A./GG, de fecha 24 de agosto de 2009, ENAPU elevó el expediente administrativo a OSITRAN, con la finalidad que el TSC emita pronunciamiento sobre la impugnación de COSMOS.
- 11.- Mediante Resolución de fecha 9 de septiembre de 2009, en el expediente N° 003-2009-TSC-OSITRAN, el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN declaró IMPROCEDENTE el recurso de apelación interpuesto por COSMOS contra la Resolución de Gerencia General N° 421-2009-ENAPU S.A./GG y dispuso REMITIR el expediente administrativo a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN a fin de que tome conocimiento y, de considerarlo pertinente, evalúe las consideraciones formuladas por COSMOS a las bases de la Subasta Pública para el Acceso de Fajas Transportadoras Herméticas Móviles al Amarradero 3B del Terminal Portuario del Callao y se pronuncie sobre el pedido de confidencialidad de la "*Opinión Técnica sobre las condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio de Embarque de Minerales mediante Fajas Herméticas Móviles en el Terminal Portuario del Callao*" elaborada por Inteligencia Financiera S.A.C.

- 12.- Mediante Oficio N° 3305-09-GS-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2009, notificado el 24 de septiembre de 2009, la Gerencia de Supervisión comunicó a COSMOS la IMPROCEDENCIA de su solicitud de confidencialidad.

II.- DEL ACTO MATERIA DE IMPUGNACIÓN

- 13.- Mediante Oficio N° 3305-09-GS-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2009, notificado el 24 de septiembre de 2009, la Gerencia de Supervisión comunicó a COSMOS lo siguiente:

"f) Neptunía S.A. empresa postora al Proceso de Subasta Pública N° 001-2009-ENAPU S.A. para el acceso de Fajas Transportadoras Herméticas Móviles en el Amarradero 3-B, en su solicitud de intervención de OSITRAN presentado en mesa de partes con el N° de registro 15048 de fecha 18 de agosto del presente año, en su segunda página comentario, hace referencia en forma amplia sobre el contenido de la Opinión Técnica (Confidencial) que adjunta, señalando las conclusiones, las alternativas, los factores de competencia que debe tenerse presente, los cargos de acceso, sus consecuencias y otros; es decir, los demás postores ya tomaron conocimiento del sustento de la información materia de solicitud de confidencialidad.

... teniendo en consideración lo expuesto, se concluye que la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Cosmos Agencia Marítima SAC no es procedente, habiéndose presentado previamente ante OSITRAN la misma Opinión Técnica materia de confidencialidad, por otra empresa participante al Proceso de Subasta Pública N° 001-2009 ENAPU S.A. para el acceso a Fajas Transportadoras Herméticas Móviles en el Amarradero 3-B, que al tener conocimiento del contenido de la referida Opinión y al no haberse demostrado la vinculación entre ambas, estaría en ventaja con relación a los demás postores; así mismo, el contenido de la Opinión Técnica en los hechos, ya ha dejado de ser confidencial, al tener conocimiento integro del mismo Neptunía S.A., y de otro lado, al difundir dicha empresa, en parte, el contenido del mismo en su solicitud de intervención según lo señalado en el ítem f) del presente documento, información que no es materia de confidencialidad; por lo que no cabe declarar la confidencialidad de la referida Opinión Técnica."

[El subrayado es nuestro]

III.- DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

- 14.- Con fecha 19 de octubre de 2009, COSMOS presentó RECURSO DE RECONSIDERACIÓN contra el Oficio N° 3305-09-GS-OSITRAN de fecha 18 de septiembre de 2009, notificado el 24 de septiembre de 2009, a través del cual la Gerencia de Supervisión comunicó a COSMOS la IMPROCEDENCIA de su solicitud de confidencialidad.

15.- Como fundamento de su recurso de impugnación COSMOS, argumenta lo siguiente:

- (i) COSMOS alega que su empresa y la empresa NEPTUNIA S.A. (en adelante NEPTUNIA), pertenecen al mismo grupo económico, relación que es de público conocimiento pues la misma ha sido difundida desde las respectivas páginas webs de las empresas mencionadas¹, para lo cual adjuntan en calidad de prueba las impresiones correspondientes.
- (ii) El único postor que conoce el detalle (cuantitativo) de la información presentada es NEPTUNIA, que al estar relacionada con COSMOS no puede ser equiparada con los otros postores.
La información revelada por NEPTUNIA sólo constituye aspectos conceptuales y no los aspectos cuantitativos que serán determinantes en la subasta. La revelación de estos aspectos acarrearía un grave perjuicio para COSMOS y NEPTUNIA en relación con sus competidores por tratarse de información comercial de carácter confidencial

IV.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN.-

16.- Como cuestiones en discusión tenemos las siguientes:

- i.- Determinar si se han cumplido con los requisitos de admisibilidad del recurso impugnativo.
- ii.- En caso se determine la admisibilidad, determinar si existe causal suficiente para declarar fundado el recurso y en consecuencia de ello, revocar el acto administrativo impugnado.

V.- ANÁLISIS.-

5.1 Análisis de admisibilidad y rectificación de error material del acto impugnado

17.- Conforme a lo establecido por el artículo 17º del "Reglamento para el Ingreso, Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial presentada ante OSITRAN" (en adelante, el Reglamento), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD/OSITRAN del 7 de mayo de 2003:

Artículo 17.- Denegatoria de solicitud.

Si la solicitud fuese denegada, el solicitante podrá presentar recurso de apelación en un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de ser elevado a la instancia superior correspondiente,

¹ Páginas web de NEPTUNIA:
<http://www.neptunia.com.pe/plantillas/0/0/corporacion.asp?ARE=0&PFL=0&JER=8>
Página web de COSMOS:
<http://www.cosmos.com.pe/cosmosLinksDeInteres.html>

quienes a su vez deberán pronunciarse sobre dicho recurso en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles.

En caso que la instancia superior correspondiente no se pronunciara dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se tendrá por denegada la Solicitud de Declaración de Información Confidencial.

De quedar consentida en la vía administrativa la resolución que declara la información como no confidencial, ésta será tratada como información pública.

[El subrayado es nuestro]

18.- Como puede observarse, el Reglamento establece un plazo de 5 días hábiles para que el interesado pueda APELAR la DENEGATORIA de la solicitud de información confidencial.

19.- Al respecto, con relación al acto materia de impugnación observamos las siguientes particularidades:

- (i) El plazo de 5 días hábiles para la interposición del recurso de apelación contemplado por el artículo 17º del Reglamento es únicamente respecto del acto administrativo que DENEGUE la solicitud de información confidencial.
- (ii) A través del Oficio N° 3305-09-GS-OSITRAN la Gerencia de Supervisión declaró la IMPROCEDENCIA y no la DENEGATORIA de la solicitud de información confidencial.
- (iii) Conforme a lo establecido por los artículos 206º inciso 2 y 207º inciso 2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) el plazo para impugnar la IMPROCEDENCIA es de 15 días hábiles.
- (iv) Al señalar la Gerencia de Supervisión en su Oficio N° 3305-09-GS-OSITRAN que declara la solicitud IMPROCEDENTE por ser la información pública (ver párrafo 13 de la presente Resolución), está procediendo a emitir un juicio sobre FONDO DEL ASUNTO, es decir se está pronunciando sobre la denegatoria o no de la solicitud de información confidencial.

20.- Sobre el particular observamos que la LPAG establece lo siguiente:

- (i) El artículo 201, inciso 1, de la LPAG establece que los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.
- (ii) El artículo IV del Título Preliminar de la LPAG establece el principio de oficialidad de la actuación administrativa y, asimismo, el artículo 75, inciso 3, de

la LPAG establece que constituye un deber de las autoridades en los procedimientos administrativos, entre otros, el encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.

21.- En virtud de ello, se considera que corresponde adoptar las siguientes medidas:

- (i) En virtud de lo establecido por el inciso 1 del artículo 201 de la LPAG, RECTIFICAR DE OFICIO el error material cometido por la Gerencia de Supervisión en la emisión de su acto administrativo al calificar de IMPROCEDENTE la solicitud de información confidencial, cuando debió DENEGAR la solicitud por considerar que la misma es pública.
- (ii) En virtud del principio de oficialidad de la actuación administrativa contemplado por el Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG y del artículo 75 inciso 3 de la misma norma, tramitar el recurso de reconsideración interpuesto por COSMOS como un recurso de apelación.

22.- En consecuencia, en virtud de lo expuesto, deberá procederse a admitir a trámite el recurso impugnativo de apelación presentado por COSMOS pues en observancia del principio del debido procedimiento administrativo contemplado por el Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, un error cometido por la administración no puede perjudicar el derecho de contradicción del administrado.

5.2 *Análisis de fondo del recurso interpuesto*

23.- De otro lado, con relación a la existencia de causales para declarar fundado el recurso de apelación, debemos señalar lo siguiente:

- (i) El acto impugnado se fundamenta en: a) La falta de acreditación de vinculación entre NEPTUNIA y COSMOS y b) La supuesta difusión, a través del escrito presentado por NEPTUNIA con fecha 18 de agosto de 2009, del contenido de la información solicitada como confidencial.
- (ii) Por su parte, el recurso impugnativo se fundamenta en que: a) Es de público conocimiento que COSMOS y NEPTUNIA pertenecen a un mismo grupo económico pues dicha situación ha sido difundida desde las respectivas páginas webs de las empresas mencionadas, para lo cual adjuntan en calidad de prueba las impresiones correspondientes y b) La información revelada por NEPTUNIA a través de su escrito de fecha 18 de agosto de 2009, sólo constituye aspectos conceptuales y no los aspectos cuantitativos que serán determinantes en la subasta, siendo el carácter de dicha información de carácter comercial.

- 24.- Sobre el particular, consideramos que COSMOS ha acreditado suficientemente que dicha empresa y NEPTUNIA pertenecen al mismo grupo económico, en vista que dicha situación ha sido difundida en las webs institucionales de ambas empresas.
- 25.- En el expediente ha quedado acreditado que mediante Oficio Circular N° 2912-09-GS-OSITRAN del 25 de agosto de 2009, la Gerencia de Supervisión corrió traslado a AGUANSA, PERUBAR, OPERADPORA PORTUARIA S.A., CORMIN S.A.C., NAUTILIUS S.A., ESTIBAS CALLAO S.A.C., IAN TAYLOR S.A.C., entre otras, de la solicitud de información confidencial presentada por NEPTUNIA.
- 26.- Sin embargo, la información confidencial no es comparable con el contenido de la información obrante en el escrito no confidencial de NEPTUNIA , en la medida que la primera contiene diversa información cuantitativa, como:
- Estimación de la demanda
 - Escenarios para la estructura de costos del embarque de minerales con faja transportadora, la cual incluye costos de los insumos, gastos, inversión en maquinaria y equipo, financiamiento, estados de ganancias y pérdidas, flujo de caja y análisis de rentabilidad.
- 27.- En consecuencia consideramos que la información contenida en el Informe de COSMOS no se encuentra resumida de ninguna manera en el escrito no confidencial presentado por NEPTUNIA de fecha 18 de agosto de 2009, por lo que este último no podría dar un alcance o comprensión razonable respecto de la información consignada como confidencial, razón por la cual el recurso impugnativo de apelación debe ser declarado fundado, revocándose el contenido del acto administrativo impugnado.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- RECTIFICAR DE OFICIO EL ERROR MATERIAL cometido por la Gerencia de Supervisión en el Oficio N° 3305-09-GS-OSITRAN que declaró la solicitud de información confidencial presentada por Cosmos Agencia Marítima S.A.C. IMPROCEDENTE, en lugar de DENEGAR dicha solicitud.

SEGUNDO.- Teniendo en consideración lo establecido en el Artículo Primero y en aplicación del principio de oficialidad de la administración pública en la tramitación de los procedimientos administrativos, TRAMITAR el RECURSO DE RECONSIDERACIÓN interpuesto por Cosmos Agencia Marítima S.A.C., como un RECURSO DE APELACIÓN.

TERCERO.- Teniendo en consideración lo establecido por el Artículo Segundo, declarar FUNDADO el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por Cosmos Agencia Marítima S.A.C., en virtud de ello, REVOCAR el acto administrativo impugnado contenido en el Oficio N° 3305-09-GS-OSITRAN, y, en consecuencia, DISPONER la confidencialidad del informe denominado

"Opinión Técnica sobre las Condiciones de Acceso para la Prestación del Servicio de Embarque de Minerales mediante Fajas Herméticas Móviles en el Terminal Portuario del Callao".

CUARTO.- Publicar la presente Resolución en la página web de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese y comuníquese.

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General

Reg. Sal. GG N°19999-09