



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 0060-2019-CD-OSITRAN

Lima, 20 de diciembre de 2019

VISTOS:

La carta s/n (Número de Trámite 2019098149), remitida por la empresa Salaverry Terminal Internacional S.A. (en adelante el Concesionario), el Memorando N° 542-2019-GAJ-OSITRAN, y el Informe N° 0056-2019-GRE-OSITRAN emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN;

CONSIDERANDO:

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

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

Que, con fecha 29 de noviembre de 2019, mediante Carta s/n, el Concesionario presentó una operación de Endeudamiento Garantizado Permitido (EGP, en adelante), el cual fue remitido a PROINVERSIÓN, con copia a este Organismo Regulador y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), en el marco de lo dispuesto en la cláusula 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, (ii) modelo económico financiero; y (iii) proyecto de contrato de crédito presentados adjuntos a dicha comunicación, sean declarados confidenciales en el marco de lo dispuesto en el artículo 17.2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 y en la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN;

Que, mediante el Memorando N° 542-2019-GAJ-OSITRAN, recibido el 04 de diciembre de 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN remitió a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, en sobre cerrado, la información del EGP presentada por el Concesionario, señalando que la solicitud sobre confidencialidad formulada por dicho 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 que se determina que la información puede declararse confidencial, está relacionado con el carácter de secreto comercial de la misma;

Que, aplicando supletoriamente los "Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia" del INDECOPI, se entiende por secreto comercial 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. (...)"*;

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 23/12/2019
16:51:45 -0500

Visado por: MEJIA CORNEJO
Juan Carlos FIR 08271955 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 23/12/2019 09:05:59 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 20/12/2019 11:32 -0500

Calle Los Negros 1111
Surquillo - Lima
Central Telefónica: 011-506-9310
www.ositran.pe



Que, en el Informe N° 0056-2019-GRE-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, se evalúa la información presentada sobre la base de los lineamientos antes citados y se concluye que tal información califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial;

Que, el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad señala que el Consejo Directivo 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 concordante con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM;

Que, luego de revisar y discutir el informe de vistos, el Consejo Directivo del Ositrán 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 Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS; el Reglamento para el Ingreso, Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial presentada ante OSITRAN, 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 N° 690-2019-CD-OSITRAN, de fecha 18 de diciembre de 2019;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar la confidencialidad bajo el supuesto de secreto comercial, del resumen de los términos y condiciones financieros principales, el modelo económico financiero, y el proyecto de contrato de crédito, presentados por la empresa Salaverry Terminal Internacional S.A. mediante Carta s/n recibida el 29 de noviembre de 2019.

Artículo 2°.- Mantener la confidencialidad de la información señalada en el artículo 1° de la presente Resolución hasta que se emita la conformidad del cierre financiero, conforme a lo dispuesto en la cláusula 6.31 del Contrato de Concesión.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 0056-2019-GRE-OSITRAN a la empresa Salaverry Terminal Internacional S.A., a Proinversión y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 4°.- Disponer la difusión de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe)

Regístrese y comuníquese

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2019106818

INFORME N° 0056-2019-GRE-OSITRAN

 Firmado por:
QUESADA ORÉ
Luis Ricardo FAU
00420248645 hard
Motivo: Firma
Digital
Fecha: 18/12/2019
17:25:53 -0500

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

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

Asunto : Solicitud de confidencialidad de la información presentada por la empresa Salaverry Terminal Internacional S.A.

Referencia : Número de Trámite 2019098149

Fecha : 18 de diciembre de 2019

I. OBJETO

1. Emitir opinión con relación a la solicitud de confidencialidad formulada por Salaverry Terminal Internacional S.A., respecto a determinada información que presentó mediante Carta s/n recibida el 29 de noviembre de 2019, en el marco del procedimiento de aprobación del Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante, EGP).

II. ANTECEDENTES

2. 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).
3. Mediante carta s/n recibida el 29 de noviembre de 2019, el Concesionario presentó a Proinversión, con copia a este Regulador y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), información relativa una operación de EGP, en el marco de lo dispuesto en la cláusula 9.3.1 del Contrato de Concesión¹.
4. En la mencionada carta, el Concesionario solicitó que los siguientes documentos: (i) resumen de los términos y condiciones financieros principales del EGP, (ii) modelo económico financiero; y (iii) proyecto de contrato de crédito, presentados adjuntos a dicha comunicación, sean declarados confidenciales en el marco de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 y en la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN.
5. Mediante el Memorando N° 542-2019-GAJ-OSITRAN, recibido el 04 de diciembre de 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN remitió a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, en sobre cerrado, la información del EGP presentada por el Concesionario, señalando que la solicitud sobre confidencialidad formulado por dicho Concesionario cumple con los requisitos de forma estipulados en el artículo 9 del Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el OSITRAN, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN (en adelante, Reglamento de Confidencialidad del Ositrán). En ese sentido, señaló que corresponde que el órgano competente emita pronunciamiento sobre el fondo de dicho pedido de confidencialidad.

¹ En relación con la Autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido, la Cláusula 9.3.1 del Contrato de Concesión señala que los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido, incluyendo los montos del principal, tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización, gastos de emisión, comisiones, penalidades por pago anticipado, seguros, impuestos, garantías, entre otros, requerirán la conformidad de Proinversión, previa opinión técnica del Regulador.

Visado por: AMES SANTILLAN
Juan Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/12/2019 17:21:50 -0500

6. Mediante Informe N° 0052-2019-GRE-OSITRAN, de fecha 12 de diciembre de 2019, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (GRE) emitió opinión con relación al pedido de confidencialidad formulado por el Concesionario. En la sesión de Consejo Directivo de fecha 18 de diciembre de 2019, dicho colegiado tomó conocimiento del referido Informe, y luego del respectivo análisis solicitó que se realicen incorporaciones al mismo, las cuales se encuentran recogidas en el presente documento.

III. ANÁLISIS

III.1. Análisis de admisibilidad

7. El artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN 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 periodo.*

8. Como se ha indicado en la sección de antecedentes del presente Informe, mediante Memorando N° 0542-2019-GAJ-OSITRAN, recibido el 04 de diciembre de 2019, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán ha señalado que la solicitud de confidencialidad presentada por el Concesionario cumple con los requisitos de forma señalados en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán antes citado, correspondiendo al órgano competente emitir pronunciamiento sobre el fondo de dicho pedido de confidencialidad.

III.2. Análisis de procedencia de la solicitud de confidencialidad

9. Mediante la Carta s/n, recibida el 29 de noviembre de 2019, el Concesionario presentó, entre otra, la siguiente información respecto de la cual solicitó que se declare su confidencialidad:
- Resumen de los términos y condiciones financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido (Anexo 1)
 - Proyecto de contrato de préstamo (Anexos 3a y 3b).
 - Modelo Financiero (CD conteniendo archivo en MS Excel).
10. De acuerdo con lo señalado por el Concesionario, la información antes señalada debe ser declarada confidencial por tratarse información comercial sensible cuya divulgación en el mercado le causaría perjuicios irreparables.
11. Al respecto, 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 continuación²:

² 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:
(...)

“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]

12. Cabe señalar que, si bien el Reglamento de Confidencialidad del OSITRAN permite calificar determinada información como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, no proporciona contenido a dicho concepto. Considerando ello, resulta pertinente tomar como referencia los Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI³, los cuales definen el secreto comercial de la siguiente manera:

“Artículo 32.- Información confidencial

(...)

vi. Que la información tenga carácter confidencial o valor comercial o que su divulgación pueda causar una eventual afectación

Para verificar el cumplimiento de este requisito, la Comisión analizará si la información presentada se encuentra en alguno de los supuestos previstos por el Decreto Legislativo 1034, es decir, si se trata de un secreto comercial o industrial, de información cuya divulgación pueda afectar la intimidad personal o familiar, perjudicar a su titular o, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

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 ella⁵. 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.

(...)”

[El subrayado es nuestro. Nota a pie de página omitido.]

13. Adicionalmente, el Anexo I de los referidos Lineamientos establece los criterios para determinar si determinada información es o no confidencial. 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

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.
(...)”

³ Aprobados mediante Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI y publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de octubre de 2013.

	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, Anexo I.

14. En el presente caso, el Concesionario ha solicitado que se declare la confidencialidad del resumen de términos y condiciones principales del EGP, el proyecto del contrato de préstamo a suscribir con entidades financieras, así como el modelo económico financiero que ha elaborado para sustentar la operación de endeudamiento ante dichas entidades financieras.
15. Así, de la revisión de los documentos antes señalados, se advierten que los mismos contienen información relativa a los términos de negociación específicos entre el Concesionario y dichas entidades financieras, 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 dichas entidades financieras.
16. 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 comercial. 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.
17. Cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad del OSITRAN⁴, en los casos en los cuales la información tenga carácter confidencial bajo el supuesto de secreto comercial o industrial, corresponde al Consejo Directivo del Ositrán declarar dicho carácter confidencial, en primera y en segunda instancia. En tal sentido, correspondería al Consejo Directivo del Ositrán declarar la confidencialidad de la información antes señalada.

III.3. Plazo de confidencialidad

18. 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.

(...)

⁴ ***“Artículo 4.- Órganos encargados de calificar la información.***
(...)

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

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]

19. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo antes citado, 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. En consecuencia, 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.
20. En el presente caso, el Concesionario ha solicitado que la información objeto de la solicitud de confidencialidad, se mantenga bajo reserva por un plazo de (3) años:

"(...) 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 para STI."

[El subrayado es nuestro]

21. Al respecto, como se ha indicado previamente en el presente documento, de divulgarse la información objeto de la solicitud de confidencialidad de manera previa a la suscripción del contrato de préstamo entre el Concesionario y las entidades financieras, podría afectarse el proceso de negociación con dichas entidades financieras. Teniendo en cuenta ello, se considera razonable establecer que la información objeto de la solicitud se mantenga confidencial hasta que se emita la conformidad del cierre financiero, según lo dispuesto en la cláusula 6.31 del Contrato de Concesión, toda vez que, para acreditar dicho cierre financiero, el Concesionario presenta, entre otros, copia de los contratos de financiamiento suscritos.
22. Cabe señalar que, si bien el Concesionario solicitó que se mantenga la confidencialidad de la información antes indicada por un periodo de tres (3) años, no 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.
23. 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

24. De acuerdo con los fundamentos expuestos en el presente informe, (i) el resumen de los términos y condiciones financieros principales del EGP, (ii) modelo económico financiero; y (iii) el proyecto de contrato de crédito, 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. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de dicho Reglamento, corresponde al Consejo Directivo del Ositrán emitir pronunciamiento sobre el carácter confidencial de dicha información.

V. RECOMENDACIÓN

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

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

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

NT: 2019106004