



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

Nº 0041-2020-CD-OSITRAN

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 23/07/2020
16:48:32 -0500

Lima, 23 de julio de 2020

VISTOS:

La Carta s/n (Número de Trámite 2020044184), remitida por la empresa Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, el Concesionario), el Memorando N° 236-2020-GAJ-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Jurídica, el Informe N° 00068-2020-GRE-OSITRAN de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos; y,

CONSIDERANDO:

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

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

Que, con fecha 14 de febrero de 2001, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, el Contrato de Concesión) celebrado entre el Estado de la República del Perú y el Concesionario;

Que, con fecha 8 de julio de 2020, mediante Carta s/n, el Concesionario presentó una operación de Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante, EGP), la cual fue remitida al Ministerio de Transportes y Comunicaciones con copia a este Organismo Regulador, en el marco de lo dispuesto en la cláusula 1.15 del Contrato de Concesión;

Que, en la Carta s/n, el Concesionario solicitó que: (i) el resumen de los términos financieros principales del EGP, (ii) el borrador del contrato de préstamo; (iii) el borrador de contrato de hipoteca sobre la concesión; y (iv) los nombres de los prestamistas, adjuntos a su 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 el Reglamento de Confidencialidad;

Que, mediante Memorando N° 236-2020-GAJ-OSITRAN, recibido el 13 de julio de 2020, la Gerencia de Asesoría Jurídica remitió a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos la información del EGP presentada por el Concesionario, señalando que la solicitud sobre confidencialidad formulada 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;

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 *"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, Volumen/Valor de ventas o compras diarias o mensuales, volumen/ valor de ventas o compras por cliente / proveedor o por producto, inversiones efectuadas (...)"*;

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 23/07/2020 14:52:49 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 23/07/2020 13:05:01 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 23/07/2020 12:54:38 -0500



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Que, en el Informe N° 00068-2020-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 Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM;

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 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 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° 706-2020-CD-OSITRAN, de fecha 22 de julio de 2020;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, del resumen de los términos financieros principales del Endeudamiento Garantizado Permitido, del borrador del contrato de préstamo, del borrador de contrato de hipoteca sobre la concesión y de los nombres de los prestamistas, presentados por la empresa Lima Airport Partners S.R.L. mediante Carta s/n recibida el 8 de julio de 2020.

Artículo 2°.- Mantener la confidencialidad de la información señalada en el artículo 1° de la presente Resolución hasta que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones emita su pronunciamiento sobre la solicitud de Endeudamiento Garantizado Permitido presentada por Lima Airport Partners S.R.L.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 00068-2020-GRE-OSITRAN a la empresa Lima Airport Partners S.R.L. 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

VERONICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2020048253

INFORME N° 00068-2020-GRE-OSITRAN


Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 16/07/2020
15:11:28 -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 Lima Airport Partners S.R.L.

Fecha : 16 de julio de 2020

I. OBJETO

1. Emitir opinión con relación a la solicitud de confidencialidad formulada por Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, el Concesionario o LAP), sobre determinada información que presentó mediante Carta s/n recibida el 8 de julio de 2020, en el marco del procedimiento de aprobación del Endeudamiento Garantizado Permitido (en adelante, EGP).

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 14 de febrero de 2001, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, 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 Lima Airport Partners S.R.L.
3. Mediante Carta s/n recibida el 8 de julio de 2020, el Concesionario presentó al MTC, con copia a este Regulador, información relativa a una operación de EGP, en el marco de lo dispuesto en la cláusula 1.15. del Contrato de Concesión¹, adjuntando: (i) el resumen de los términos financieros principales del EGP; (ii) el borrador del contrato de préstamo; (iii) el borrador del contrato de hipoteca sobre la concesión; y (iv) una relación de los prestamistas que actuarían como acreedores permitidos y los literales de la definición de "Acreedor Permitido" bajo los cuales calificarían como tales, junto con copia de los informes de clasificación de riesgo de una entidad financiera.
4. En la mencionada carta, el Concesionario solicitó que: (i) el resumen de los términos financieros principales del EGP, (ii) el borrador del contrato de préstamo; (iii) el borrador de contrato de la hipoteca sobre la concesión; y (iv) los nombres de los prestamistas, adjuntos a su 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 y en la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN, que aprobó el Reglamento para la determinación, ingreso, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán (en adelante, Reglamento de Confidencialidad del Ositrán)².
5. Mediante Memorando N° 236-2020-GAJ-OSITRAN, recibido el 13 de julio de 2020, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán, remitió a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, la información del EGP presentada por el Concesionario, señalando que la

¹ Cláusula modificada por la Cláusula Segunda de la Adenda N° 4 del contrato de concesión, suscrita con fecha 30 de junio de 2003, que incorpora el procedimiento de aprobación para un EGP.

² Cabe precisar que el Concesionario también sustentó su pedido en la Directiva sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública aprobada mediante Resolución Ministerial 201-2009-MTC/01, no obstante, a efectos de la evaluación realizada a cargo del Ositrán, dicha disposición no es pertinente, en la medida que establece los lineamientos generales que debe observar el personal del MTC con relación al derecho de acceso a la información pública que produzca o tenga en su poder de conformidad con la normativa vigente.

Visado por: CALDAS CABRERA
Diana FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 16/07/2020 15:54:36 -0500

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Diana FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 16/07/2020 15:24:57 -0500

Visado por: ZAGAL MALAGA Patricia
Virginia FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 16/07/2020 15:01:18 -0500

solicitud sobre confidencialidad formulada por dicho Concesionario cumple con los requisitos de forma estipulados en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán. En este sentido, señaló que corresponde que el órgano competente emita pronunciamiento sobre el fondo de dicho pedido de confidencialidad.

6. Asimismo, mediante el Memorando referido, la Gerencia de Asesoría Jurídica señaló que 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 del Ositrán³, se advierte que, a la fecha, se encuentra disponible el servicio digital denominado “*Envío de documentos durante el Estado de Emergencia (EDEE)*”, creado con la finalidad de facilitar la presentación de documentos a través de la Sede Digital del Ositrán a los administrados que no cuenten con certificado digital.
7. Sobre el particular, la Gerencia de Asesoría Jurídica indicó lo siguiente:

*“En ese sentido, para el ingreso de documentos a través de mecanismos no presenciales **carece de sentido la exigencia de un sobre cerrado**, siendo que, en el presente caso, la información presentada por el Concesionario a través del mecanismo EDEE ha sido registrada en el Sistema de Gestión Documentaria (SGD) como documento confidencial.”*

[Énfasis agregado]

III. ANÁLISIS

III.1. Análisis de admisibilidad

8. 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 periodo.”*

9. Como se ha indicado en la sección de Antecedentes del presente Informe, mediante Memorando N° 236-2020-GAJ-OSITRAN, recibido el 13 de julio de 2020, la Gerencia de Asesoría Jurídica 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 citado, correspondiendo al órgano competente emitir pronunciamiento sobre el fondo del pedido de confidencialidad formulado.

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

10. Mediante la Carta s/n, recibida el 8 de julio de 2020, el Concesionario presentó la siguiente información, respecto de la cual solicitó se declare su confidencialidad:
 - Resumen de los términos financieros principales del EGP (Anexo 1).
 - Borrador del contrato de préstamo (Anexos 2a y 2b).
 - Borrador del contrato de hipoteca sobre la concesión (Anexo 3).

³ Reglamento para la determinación, ingreso, registro y resguardo de la Información Confidencial presentada ante el Ositrán:

“Artículo 10.- Ingreso por Mesa de Partes

Todo documento, ya sea impreso, en medio magnético o audiovisual, que se solicita sea declarado confidencial debe ingresar por Mesa de Partes, en sobre cerrado con el sello “CONFIDENCIAL” en algún lugar visible, adjuntando la solicitud correspondiente.”

- Nombre de los prestamistas (Anexo 4a y 4b).
11. De acuerdo con lo señalado por el Concesionario, la información señalada debe ser declarada confidencial por su natural condición de secreto comercial, al tratarse de información comercial sensible cuya divulgación en el mercado le causaría perjuicios irreparables.
 12. 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 continuación⁴:

“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]

13. 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 del Indecopi⁵, 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.*

(...)”

⁴ 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.*

(...)”

⁵ Aprobados mediante Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 13 de octubre de 2013.

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

14. 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.

15. En el presente caso, el Concesionario ha solicitado que se declare la confidencialidad del resumen de los términos financieros principales del EGP, el borrador del contrato de préstamo, el borrador del contrato de hipoteca sobre la concesión y el nombre de los prestamistas. Como sustento de su pedido de confidencialidad, el Concesionario ha señalado que la divulgación de la información contenida en dichos documentos le causaría perjuicios irreparables, pues podría afectarse el proceso de negociación con los prestamistas y podría enervar su posición competitiva en futuros procesos de promoción de la inversión privada en los que podrían participar sus accionistas o empresas vinculadas, al revelar las políticas crediticias especiales que reciben de los prestamistas, así como su *know how* en el financiamiento de obras de infraestructura. Asimismo, para justificar el motivo por el que la información materia de análisis se encuentra resguardada por el secreto comercial y debe encontrarse sujeta a confidencialidad, citó la Resolución de Consejo Directivo N° 060-2019-CD-OSITRAN de fecha 20 de diciembre de 2019.
16. De la revisión del resumen de los términos financieros principales del EGP, el borrador del contrato de préstamo y el borrador del contrato de hipoteca sobre la concesión, se advierte que los mismos contienen información relativa a los términos de negociación específicos entre el Concesionario y entidades financieras para la suscripción de los contratos de préstamo. Asimismo, respecto del nombre de los prestamistas, es preciso indicar que estos forman parte de los documentos previamente mencionados, por lo que su tratamiento será el mismo que el otorgado a los documentos descritos.
17. En tal sentido, se estima que, efectivamente, en caso se divulgara la información antes indicada podría causarse un perjuicio al Concesionario, pues revelaría información relativa a los términos de negociación específicos entre el Concesionario y las entidades financieras para la suscripción de los contratos de crédito y las garantías a ser otorgadas, lo que podría afectar su proceso de negociación con los prestamistas, tal como argumenta el Concesionario.
18. En tal sentido, la información cuya confidencialidad ha sido solicitada debería ser calificada como tal bajo el supuesto de secreto comercial, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán.

19. Cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán⁶, 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

20. 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]

21. 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.
22. 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.
23. En el presente caso, el Concesionario ha solicitado que, como en otros casos, la información objeto de la solicitud de confidencialidad se mantenga bajo reserva hasta el término del Contrato de Concesión o hasta que la información deje de ser calificada como secreto comercial. Sobre el particular, LAP señaló que la información contenida en los documentos materia de análisis versa sobre información comercial sensible cuya divulgación al mercado le causaría perjuicios irreparables. En efecto, tal como se señaló previamente, el Concesionario alega que la divulgación de tal información podría afectar su proceso de negociación con los prestamistas y que podría enervar su posición competitiva en futuros procesos de promoción de la inversión privada en los que podrían participar sus accionistas o empresas vinculadas, al revelar las políticas crediticias especiales que reciben de los prestamistas, así como su *know how* en el financiamiento de obras de infraestructura.
24. Al respecto, cabe precisar que, ciertamente, con anterioridad, ante la solicitud de confidencialidad formulada por otros concesionarios respecto de la información presentada en el marco del procedimiento de aprobación de EGP, este Regulador otorgó el carácter de confidencial hasta el término de la vigencia del periodo del Contrato de Concesión. No obstante, debe indicarse que, en un último pronunciamiento, el Consejo Directivo ha

⁶ ***“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.”

declarado la confidencialidad de información presentada por una empresa concesionaria en el marco de una operación de EGP, hasta la emisión del cierre financiero.

25. En efecto, mediante la Resolución N° 060-2019-CD/OSITRAN de fecha 20 de diciembre de 2019, citada en la solicitud presentada por LAP para justificar el carácter confidencial de la información materia de análisis, el Consejo Directivo dispuso que la información presentada por una concesionaria portuaria en el marco de una operación de EGP⁷, mantenga el carácter confidencial hasta la emisión del cierre financiero. Dicho plazo fue meritudo considerando que la divulgación de la información solicitada a confidencialidad, con anterioridad al cierre financiero, podría perjudicar el proceso de negociación de dicho concesionario mantenía con las entidades financieras⁸.
26. En el presente caso, en línea con el reciente pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo, resulta razonable mantener la confidencialidad de la información solicitada hasta que el Concedente emita su pronunciamiento sobre solicitud de EGP, conforme a la cláusula 1.15 del Contrato de Concesión. Dicho plazo resulta razonable a efectos de evitar que, previo a la emisión del pronunciamiento del Concedente, la divulgación de la información cuya confidencialidad ha sido solicitada pueda afectar el proceso de negociación de los contratos de préstamo entre el Concesionario y entidades financieras.
27. Cabe señalar que la acotación del plazo del carácter confidencial de la información solicitada por el Concesionario se encuentra en línea con 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, en el cual se evaluó la apelación formulada por un administrado contra la decisión de este Organismo Regulador de denegar el acceso a los Estados Financieros proporcionados por una empresa concesionaria, por considerar que los mismos tenían carácter reservado⁹. En dicho pronunciamiento, el Tribunal de Transparencia señaló específicamente 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 agregado]

28. 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

⁷ En dicho caso, la concesionaria portuaria solicitó que se declare la confidencialidad de la siguiente información: (i) resumen de los términos y condiciones financieros principales, (ii) modelo económico financiero; y (iii) proyecto de contrato de crédito.

⁸ Cabe indicar que, luego de emitida la conformidad a la acreditación del cierre financiero del Concesionario portuario, mediante Resolución N° 028-2020-CD-OSITRAN de fecha 20 de mayo de 2020, el Consejo Directivo levantó el carácter de confidencial de dicha información.

⁹ 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.

que le corresponderían al Estado en un escenario de prestación directa de servicios públicos.

29. Así, si bien el Concesionario ha señalado que la divulgación de la información cuya confidencialidad solicitada podría perjudicarlo en tanto podría enervar su posición competitiva en futuros procesos de promoción de la inversión privada en los que podrían participar sus accionistas o empresas vinculadas, al revelar las políticas crediticias especiales que reciben de los prestamistas, así como su *know how* en el financiamiento de obras de infraestructura, siguiendo el criterio del Tribunal de Transparencia antes citado, considerando que LAP ha decidido voluntariamente participar de una función que en principio le corresponde al Estado y que la documentación cuya confidencialidad solicitada son documentos que sustentan el financiamiento para la prestación de servicios públicos, 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.
30. Siendo ello así, resulta razonable mantener el carácter confidencial de la información solicitada hasta que el Concedente emita su pronunciamiento sobre la solicitud de EGP, en la medida que la divulgación de la información cuya confidencialidad ha sido solicitada de manera previa a dicho pronunciamiento, podría afectar el proceso de negociación del Concesionario con los prestamistas; sin embargo, luego de ello, siguiendo el criterio del Tribunal de Transparencia, dicha información debería 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.
31. 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

32. De acuerdo con los fundamentos expuestos en el presente informe, (i) el resumen de los términos financieros principales del EGP, (ii) el borrador del contrato de préstamo; (iii) el borrador de contrato de la hipoteca sobre la concesión; y (iv) los nombres de los prestamistas 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 para su aprobación.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

Adj.: Proyecto de Resolución visado por la Gerencia de Asesoría Jurídica.
NT: 2020046411