RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 0013-2021-CD-OSITRAN

Firmado por: ZAMBRANO COPELLO Rosa Veronica FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 22/03/2021 07:30:34 -0500

Lima, 19 de marzo de 2021

VISTOS:

El recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2021-CD-OSITRAN; el Informe Conjunto Nº 00040-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica; 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 11 de mayo del 2011, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional, suscribió el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) con la Entidad Prestadora APM Terminals Callao S.A. (en adelante, el Concesionario o APMT);

Que, el 22 de octubre de 2020, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 0056-2020-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del Ositrán aprobó el inicio del procedimiento de revisión de oficio del factor de productividad aplicable a las tarifas máximas de los siguientes servicios brindados en el Terminal Norte Multipropósito del Terminal Portuario del Callao (en adelante, TNM);

Que, en el marco de dicho procedimiento de revisión tarifaria, a través de la Carta N° 047-2021-APMTC/LEG recibida el 21 de enero de 2021, el Concesionario presentó su propuesta tarifaria, solicitando también que se declare la confidencialidad bajo el supuesto de secreto comercial, entre otras, de la siguiente información: (i) Información referida a ingresos brutos y netos (expresados en miles de dólares por año) correspondiente a cada uno de los servicios especiales que se brindan en el TNM para el periodo 2016 a 2019; (ii) cantidades y precios implícitos anuales para cada uno de los servicios especiales brindados en el TNM, correspondiente al periodo 2016 a 2019; y (iii) volúmenes (en miles de TEU anuales) de operaciones de transbordo realizadas en el TNM por dos empresas navieras vinculadas a APMT, en el periodo 2016 a 2019;

Que, mediante el Memorando N° 031-2021-GAJ-OSITRAN del 25 de enero de 2021, la Gerencia de Asesoría Jurídica comunicó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos que la solicitud de confidencialidad formulada por el Concesionario cumple con los requisitos de forma estipulados en el Reglamento de Confidencialidad;

Que, mediante el Informe N° 008-2021-GRE-OSITRAN del 29 de enero de 2021 la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos concluyó que la información objeto del pedido de confidencialidad de APMT, no califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial;

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 19/03/2021 19:13:26 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 19/03/2021 18:50:10 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 19/03/2021 18:18:26 -0500

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

Que, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN, notificada al Concesionario con fecha del 05 de febrero de 2021, se dispuso denegar el pedido de confidencialidad formulado por APMT;

Que, mediante Escrito S/N recibido el 12 de febrero de 2021, el Concesionario presentó su recurso de reconsideración contra la denegatoria del pedido de confidencialidad dispuesta por la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2021-CD-OSITRAN;

Que, el 12 de marzo de 2021, mediante Informe Conjunto N° 00040-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, se concluyó que correspondía declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Concesionario;

Que, luego de la respectiva evaluación y deliberación, el Consejo Directivo del Ositrán manifestó su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 00040-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) en todos sus extremos, constituyéndolo 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;

Por lo expuesto, y en virtud de las funciones previstas en el Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 012-2015-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria Nº 730 -2021-CD-OSITRAN, de fecha 17 de marzo de 2021;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN, de conformidad con las consideraciones contenidas en el Informe Conjunto N° 00040-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), el mismo que constituye parte integrante de la presente resolución.

Artículo 2°.- CONFIRMAR las disposiciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN.

Artículo 3º.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto Nº 00040-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) a la empresa APM Terminals Callao S.A.

Artículo 4°.- Disponer la publicación de la presente resolución y del Informe Conjunto Nº 00040-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) en el portal institucional ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano (https://www.gob.pe/ositran).

Regístrese y comuníquese

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo

NT: 2021025455

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

INFORME CONJUNTO N° 00040-2021-IC-OSITRAN
(GRE-GAJ)

Firmado por: SHEPUT STUCCHI Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/03/2021 17:28:35 -0500

Firmado por: QUESADA ORE Luis Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/03/2021 17:33:34 -0500

Para	:	**JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO** Gerente General
De	:	**RICARDO QUESADA ORÉ** Gerente de Regulación y Estudios Económicos **HUMBERTO SHEPUT STUCCHI** Gerente de Asesoría Jurídica
Asunto	:	Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 0005-2021-CD-OSITRAN
Referencia	:	Escrito del 12 de febrero de 2021 formulado por APM Terminals Callao S.A.
Fecha	:	18 de marzo de 2021

I. OBJETO

1. El presente informe tiene por objetivo emitir opinión respecto del Recurso de Reconsideración presentado por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT o el Concesionario). Este recurso fue interpuesto en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN que denegó el pedido de APMT para que se declare la confidencialidad de determinada información presentada a través de la Carta N° 047-2021-APMT/LEG con fecha del 21 de enero de 2021.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 11 de mayo del 2011, el Estado de la República del Perú, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quien a su vez actuó a través de la Autoridad Portuaria Nacional, suscribió el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión) con APMT.

3. El 22 de octubre de 2020, mediante la Resolución de Consejo Directivo Nº 0056-2020-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del Ositrán aprobó el inicio del procedimiento de revisión de oficio del factor de productividad aplicable a las tarifas máximas de los siguientes servicios regulados brindados en el Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao (en adelante, TNM).

4. En el marco del mencionado procedimiento de revisión tarifaria, mediante la Carta N° 047-2021-APMTC/LEG recibida el 21 de enero de 2021, el Concesionario presentó su propuesta tarifaria. En esa oportunidad, solicitó que se declare la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, de determinada información detallada en dicha propuesta referida a las operaciones de transbordo realizadas en el TNM por parte de dos empresas navieras vinculadas a APMT, así como a la prestación de servicios especiales por parte de APMT (ingresos brutos, ingresos netos, cantidades y precios).

5. Mediante el Memorando N° 031-2021-GAJ-OSITRAN del 25 de enero de 2021, la Gerencia de Asesoría Jurídica comunicó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos que la solicitud de confidencialidad formulada por el Concesionario cumple con los requisitos de forma estipulados en el Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán, el cual fue aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD/OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Confidencialidad).

Visado por: CALDAS CABRERA Daysi Melina FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/03/2021 17:32:54 -0500

Visado por: ARROYO TOCTO Victor Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/03/2021 17:28:09 -0500

Visado por: ZAVALETA MEDINA Josue Mack Linder FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/03/2021 17:27:19 -0500

Visado por: CASTILLO MAR Ruth Eliana FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/03/2021 17:26:31 -0500

Visado por: ZEGARRA ROMERO Jose Hector FIR 41166773 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 18/03/2021 17:23:27 -0500

6. A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN de fecha 3 de febrero de 2021, el Consejo Directivo del Ositrán denegó el pedido de confidencialidad formulado por APMT, de la siguiente información contenida en la Carta N° 047-2021-APMT/LEG[1]:

   (i) Información referida a ingresos brutos y netos (expresados en miles de dólares por año) correspondiente a cada uno de los servicios especiales que se brindan en el Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao para el periodo 2016 a 2019.
   (ii) Cantidades y precios implícitos anuales para cada uno de los servicios especiales brindados en el Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, correspondiente al periodo 2016 a 2019.
   (iii) Volúmenes (en miles de TEU anuales) de operaciones de transbordo realizadas en el Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao por dos empresas navieras vinculadas a APM Terminals Callao S.A., en el periodo 2016 a 2019.

7. El 05 de febrero de 2021, mediante el Oficio N° 022-2021-SCD-OSITRAN, se notificó al Concesionario la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN, así como el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN que sustenta e integra la citada resolución.

8. El 12 de febrero de 2021, mediante Escrito S/N, el Concesionario presentó su Recurso de Reconsideración contra la denegatoria del pedido de confidencialidad dispuesto por la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN.

9. Cabe señalar que, la resolución impugnada emitida por el Consejo Directivo se sustenta en un Informe emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, por lo que corresponde que ante el recurso de reconsideración interpuesto, sea dicha Gerencia quien emita el presente informe que sustente el nuevo pronunciamiento del mencionado colegiado. Asimismo, considerando que la Gerencia de Asesoría Jurídica[2] el órgano de asesoramiento responsable de brindar asesoría legal a la Alta Dirección y órganos del Ositrán, dicha Gerencia también participa emitiendo opinión sobre el recurso antes señalado.

10. Mediante Informe Conjunto N° 00035-2021-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán, emitieron opinión sobre el recurso de reconsideración interpuesto por APMT, contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN.

11. El 17 de agosto de 2021 se llevó a cabo la Sesión del Consejo Directivo del Ositrán, en la que luego del respectivo debate e intercambio de ideas se consideró pertinente realizar precisiones en el informe indicado en el párrafo anterior, las cuales se encuentran recogidas en el presente documento.

III. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

12. El artículo 17 del Reglamento de Confidencialidad establece que en caso se deniegue la solicitud de información confidencial, el solicitante podrá presentar recurso de apelación en un plazo de (5) días hábiles a fin de ser elevada a la instancia superior correspondiente. En el presente caso, se observa que el órgano que emitió el acto administrativo

---

[1] Sobre la base de las consideraciones expuestas en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN, elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos, el cual forma parte integrante de la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2021-CD-OSITRAN.

[2] Reglamento de Organización y Funciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM
*"**Artículo 17.- Funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica***
Son funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica, las siguientes:
(…)
2. Asesorar y brindar soporte legal a la Alta Dirección, así como a los demás órganos del OSITRAN, según corresponda;"

impugnado, esto es, la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN, fue el Consejo Directivo del Ositrán.

13. Al respecto, en tanto el Consejo Directivo es el máximo órgano del Ositrán, no posee un órgano jerárquico superior, constituyendo una instancia única, por lo que, de conformidad con el artículo 219 del Texto Único Ordenado de Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (el TUO de la LPAG), corresponde que la impugnación del acto administrativo se realice a través de un recurso de reconsideración ante el mismo órgano que lo emitió.

14. En ese sentido, en cuanto a los plazos aplicables al recurso de reconsideración, en tanto no está previsto en el Reglamento de Confidencialidad, es preciso recurrir al artículo 218.2 del TUO de la LPAG, el cual establece un plazo máximo de quince (15) días hábiles para su interposición y un plazo de treinta (30) días hábiles para su resolución.

15. Asimismo, como se ha indicado, el artículo 219 del TUO de la LPAG, señala que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. Dicha norma precisa, además, que en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, no se requiere nueva prueba.

16. Teniendo en cuenta dichos dispositivos normativos, es necesario analizar los requisitos concurrentes que son necesarios para la interposición válida del recurso de reconsideración, según las normas antes mencionadas:

    a) Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación.
    b) Que se sustente en nueva prueba, salvo que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye única instancia.
    c) Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
    d) Que el escrito contenga los requisitos de forma previstos en el artículo 124 del TUO de la LPAG.

17. Al respecto, APMT interpuso su recurso de reconsideración ante el mismo órgano que emitió dicha resolución. Por tanto, dado que la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN que es objeto de impugnación es el primer acto que se cuestiona, y que el escrito que contiene el recurso de reconsideración se ha presentado ante el mismo órgano emisor y que no hay necesidad de que se sustente en nueva prueba, cumple el primer y segundo requisito.

18. Conforme lo establece el numeral 144.1 del artículo 144 del TUO de la LPAG, el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación del acto administrativo. Por ello, atendiendo a que la resolución impugnada fue notificada a APMT el 5 de febrero de 2021 y que el Recurso de Reconsideración fue interpuesto por el Concesionario el 12 de febrero de 2021, se verifica el cumplimiento del tercer requisito.

19. Asimismo, se verifica que el recurso de reconsideración interpuesto por APMT consigna los requisitos de forma previstos en el artículo 124 del TUO de la LPAG, por lo que el cuarto requisito ha sido cumplido.

20. En conclusión, debe considerarse que el recurso administrativo interpuesto por APMT ha cumplido con todos los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en el TUO de la LPAG.

IV. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

21. De la revisión del recurso de reconsideración interpuesto por APMT, se observa que los mismos se encuentran orientados a cuestionar que se haya denegado el carácter de

confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, respecto a la información relativa a la prestación de servicios especiales correspondiente al periodo 2016 a 2019, y a los volúmenes de transbordo realizados por dos líneas navieras en el TNM en el periodo 2016 a 2019.

22. A continuación, se procederá a evaluar los argumentos esgrimidos por el Concesionario en su recurso de reconsideración.

IV.1. <u>Sobre la información relativa a la prestación de servicios especiales</u>

23. En su recurso de reconsideración, el Concesionario cuestiona que en la resolución impugnada se haya denegado el carácter confidencial bajo el supuesto de secreto comercial de la información relativa a la prestación de servicios especiales correspondiente al periodo 2016 a 2020. Específicamente, APTM alega lo siguiente:

(i) Se ha denegado el carácter confidencial, bajo el supuesto de secreto comercial, de la información relativa a la prestación de servicios especiales, sobre la base del criterio desarrollado en la Resolución N° 010300782019, emitida por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Ministerio de Justicia (en adelante, Tribunal de Transparencia), conforme a la cual, los Estados Financieros que presentó una Entidad Prestadora (empresa concesionaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez) tienen carácter público.

Sobre ello señala que, APMT no cuestiona que los Estados Financieros tengan carácter público; sino que, la información objeto de su pedido de confidencialidad, si bien se obtiene a partir de sus Estados Financieros, no es idéntica a la contenida en dichos documentos. Así, alega que la información objeto de su pedido revela la participación de cada uno de los servicios de APMT, lo que, a su vez, refleja estrategias comerciales de APMT.

(ii) El supuesto evaluado en la Resolución N° 010300782019 del Tribunal de Transparencia, no sería similar al presente caso. Ello, pues la empresa concesionaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez no tiene competencia en el mismo espacio geográfico, a diferencia de APMT que compite en la misma área geográfica con la Entidad Prestadora del Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao. Además, sostiene que dicha Resolución del Tribunal de Transparencia no constituye precedente vinculante, pues en dicha resolución no se ha señalado que tenga dicho carácter ni se ha publicado en el diario oficial El Peruano. Por ello, señala que la sola referencia a dicha resolución no constituye una motivación suficiente.

(iii) De acuerdo con lo señalado en el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, el TUO de la Ley de Transparencia), los pedidos de acceso a la información no facultan la obtención del análisis de la información que posee la entidad. En base a ello, señala que, en caso que los administrados soliciten el acceso a los Estados Financieros de APMT ello no los habilita a obtener el cálculo individualizado, por ejemplo, de los ingresos netos por servicio, pues ello se deriva de un análisis adicional sobre la base de dicha información.

24. Con relación al argumento señalado en el **punto (i) precedente**, tal como se señaló en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN que sustenta la resolución impugnada, la información en cuestión se encuentra referida a la prestación de los servicios brindados por APMT producto de la explotación del TNM, cuyos resultados se reflejan en los Estados Financieros Auditados de APMT. En ese sentido, como refiere el Concesionario, si bien la información relativa a los servicios especiales presentada en su propuesta tarifaria no resulta idéntica a la consignada en los Estados Financieros Auditados de APMT, debe indicarse que dicha información toma como base aquella contenida en los Estados Financieros.

25. Ahora bien, independientemente de que la información en cuestión se derive o no de los Estados Financieros de APMT, como se señaló en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN, la información de ingresos brutos y cantidades de servicios especiales brindados por APMT en el TNM fue presentada previamente por el Concesionario en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, a través de sus Cartas N° 917-2020 y N° 0019-2021-APMTC/LEG del 17 de diciembre de 2020 y 11 de enero de 2021 respectivamente. En dichas oportunidades el Concesionario no solicitó a este Regulador un tratamiento confidencia, siendo su entera responsabilidad solicitar ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de Confidencialidad, por lo que dicha información cuenta automáticamente con carácter público[3] en aplicación del artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad[4] y, en consecuencia, no califica como información confidencial bajo el supuesto de secreto comercial[5]

26. Ahora bien, respecto de los ingresos netos, el Concesionario refiere que para obtener esta información resulta necesario conocer la información de la transferencia a ENAPU, así como un factor de atribución que refleje la incidencia de cada servicio, el cual no se encuentra detallado en los Estados Financieros Auditados de APMT.

27. Sobre el particular, tal como se indicó en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN, para obtener los ingresos netos de cada servicio brindado por APMT en el TNM resulta necesario descontar de los ingresos brutos -proporcionados con carácter público a través de las Cartas N° 917-2020 y N° 0019-2021-APMTC/LEG -, los conceptos de: (i) retribución al Estado, (ii) aporte por regulación, y (iii) transferencias a ENAPU. Sobre ello, debe indicarse que, tanto la información de ingresos brutos de servicios especiales como los referidos tres conceptos son de carácter público. En particular, dichos conceptos son de carácter público, en tanto que:

---

[3] Como se indicó en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN dicho criterio ha sido empleado anteriormente por el Consejo Directivo del Ositrán, en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0006-2020-CD-OSITRAN, N° 044-2020-CD-OSITRAN y N° 049-2020-CD-OSITRAN. Al respecto, ver el siguiente enlace: (https://www.ositran.gob.pe/anterior/resoluciones/cd/)

[4] *"Artículo 8.- Información Pública. Toda información suministrada por las Entidades Prestadoras o por terceros **que no haya sido solicitada como confidencial, será pública**."*

[Énfasis agregado.]

[5] En la misma línea, la Directiva sobre confidencialidad 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**;*
> ***3.Declaración de confidencialidad de la información.-***
> *3.1. Al resolver respecto de la confidencialidad de la información, la autoridad competente deberá motivar su determinación al respecto, considerando:*
> *(...)*
> *b) La no divulgación lícita previa de la información pues **sólo podrá considerarse confidencial aquella información que haya sido mantenida con cuidado o celo dentro del propio ámbito de conocimiento, incluso evitando haber estado disponible de alguna forma para terceros**.*
> *(…)*
>
> [Énfasis agregado.]

De igual forma, en los Lineamientos de Confidencialidad del Indecopi se indica que la información cuya confidencialidad fue solicitada no ha debido ser previamente divulgada. Al respecto, señala lo siguiente:

> *"v. Que la información no haya sido divulgada. Es decir, que la información sea un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado. Para cumplir este requisito, **el administrado debe haber mantenido con el debido cuidado la reserva de la información, impidiendo su divulgación y evitando que haya estado disponible de alguna forma a terceros que no hayan estado obligados legal o contractualmente a mantener la reserva de dicha información. Cabe resaltar que el cumplimiento de este requisito debe observarse incluso en la forma en que se presente la información a la Secretaría Técnica, la Comisión o la Sala**. En ese sentido, cuando el administrado presente información escrita que considere confidencial, deberá colocar dicha información en un sobre cerrado y con la indicación "Información Confidencial" o "Confidencial" en un lugar visible de cada folio. (…)"*
>
> [Énfasis agregado.]

- Retribución al Estado: este concepto se calcula como el 3% de los Ingresos Netos Mensuales[6], según la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión y la Décimo Quinta Disposición Transitoria y Final de la Ley N° 27943).
- Aporte por regulación: se obtiene como el 1% de la facturación anual, según el inciso a) del artículo 14 de la Ley N° 26917.
- Transferencias a la ENAPU: se calcula como el 17,01% de las utilidades antes de impuesto a la renta, según la cláusula sexta del anexo 21 del Contrato de Concesión. Cabe precisar que el monto de esta transferencia es presentado en los Estados Financieros Auditados del Concesionario.

28. Asimismo, respecto del factor de atribución al que se refiere el Concesionario, es importante señalar que dicho factor se calcula como la participación que tiene un servicio respecto de los ingresos brutos totales percibidos por APMT durante un año. Dado ello, debe indicarse que resulta completamente factible calcular el referido factor de atribución si se dispone de los ingresos brutos del Concesionario para cada servicio especial. Por tanto, en la medida que, como se señaló en el párrafo 22 del presente informe, la información de ingresos brutos de los servicios especiales tiene carácter público, carece de sustento que el mencionado factor de atribución se encuentre protegido por el secreto comercial, toda vez que este puede ser obtenido a partir de la información de ingresos brutos de estos servicios, proporcionada con carácter público por el propio Concesionario.

29. Por lo tanto, como se señaló en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN que sustenta la resolución impugnada, los ingresos netos de los servicios especiales indicados en la propuesta tarifaria de APMT se obtienen a partir de datos que son de carácter público, motivo por el cual dichos ingresos netos también tienen carácter público.

30. De manera similar, los precios implícitos de los servicios especiales indicados en la propuesta tarifaria de APMT también pueden ser obtenidos a partir de información pública, toda vez que dichos precios se calculan como la división entre los ingresos netos (antes indicado) y las cantidades de servicios especiales proporcionados con carácter público a través de las Cartas N° 917-2020 y N° 0019-2021-APMTC/LEG. Por ello, los precios implícitos de los servicios especiales también tienen carácter público.

31. En consecuencia, debe indicarse que, aun cuando la información referida a la prestación de servicios especiales objeto de su pedido de confidencialidad no se encuentra de manera idéntica en los Estados Financieros Auditados de APMT, la información en cuestión tiene igualmente carácter público por las consideraciones antes señaladas. Siendo ello así, la información relativa a los ingresos brutos y netos, cantidades, y precios implícitos correspondiente a la prestación de servicios especiales en el periodo 2016 a 2019, <u>tienen carácter público, por lo que no se encuentran protegida por el secreto comercial</u>.

32. En cuanto al argumento señalado en el **punto (ii) precedente**, sin perjuicio de que la información relativa a la prestación de servicios especiales objeto del pedido de confidencialidad de APMT no se encuentra protegida por el secreto comercial conforme a lo señalado en el acápite previo, de manera adicional, en el Informe N° 008-2021-GRE-OSITRAN que sustentó la resolución impugnada se tuvo en consideración también la Resolución N° 010300782019 emitida por el Tribunal de Transparencia.

33. Así, se indicó que, en línea con el criterio desarrollado en la citada Resolución del Tribunal de Transparencia: (i) la información objeto del pedido de confidencialidad se encuentra referida a la prestación de servicios especiales, cuyos resultados se encuentran reflejados en los Estados Financieros Auditados presentados por APMT al Regulador[7]; (ii) fue presentada en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria[8], por lo que debe ser

---

[6] De acuerdo con la Cláusula 1.23.63 del Contrato de Concesión se define el término "Ingresos Netos Mensuales" como la totalidad de ingresos deducido el Impuesto General a las Ventas.

[7] Considerando 23 del Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN.

[8] Considerando 25 del Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN.

puesta a disposición de los usuarios a fin de que puedan ejercer su derecho de participación en el procedimiento[9]; (ii) el Concesionario debe asumir no solo los beneficios económicos sino también los pasivos que le corresponderían al Estado por la prestación de servicios públicos, por lo que la información debe contar con carácter público, como si el Estado los prestara directamente[10].

34. Sobre el particular, el Concesionario ha señalado que el pronunciamiento del Tribunal de Transparencia no tiene la condición de precedente vinculante, pues dicho carácter no se encuentra establecido en la Resolución N° 010300782019, así como tampoco ha sido publicada en el diario oficial El Peruano. Por ello, indica que la sola referencia a dicha resolución no constituye motivación suficiente.

35. Asimismo, APMT señala que, el caso concreto sería distinto al que se analizó en la Resolución N° 010300782019, pues en dicha resolución se analizó la pertinencia de que, a través de un pedido de acceso a la información pública, los administrados puedan acceder a los Estados Financieros Auditados de las Entidades Prestadoras; y, que en dicha resolución se evaluó la información de una Entidad Prestadora (empresa concesionaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez) que no tiene competencia en el mismo espacio geográfico, a diferencia de APMT que compite en la misma área geográfica con la Entidad Prestadora del Muelle Sur del Terminal Portuario del Callao.

36. APMT señala que no cuestiona que los Estados Financieros Auditados tengan carácter público, sino que se considere de público acceso información sensible por involucrar aspectos protegidos por el secreto comercial. Así, señala que la información objeto de su pedido de confidencialidad revela estrategias comerciales que serán implementadas, entre otros, para lograr la captación de un mayor número de usuarios, redundando en un beneficio para los usuarios finales, en el marco de lo indicado en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo No. 014-2003-CD-OSITRAN (REMA)[11].

37. Al respecto, es importante señalar que en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN que sustenta la resolución impugnada, el Ositrán no ha acudido a una mera referencia del pronunciamiento del Tribunal de Transparencia como si se tratara de un precedente de observancia obligatoria, carácter que, efectivamente, no posee dicho pronunciamiento, sino que hizo suyos los criterios desarrollados en la Resolución N° 010300782019 emitida por el Tribunal de Transparencia, al resolver la solicitud de confidencialidad formulada por APMT. En este punto, cabe señalar que aun cuando el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Transparencia no constituya precedente de observancia obligatoria, ello no es impedimento para que el Ositrán adopte dicho criterio al resolver los pedidos de confidencialidad que formulen las Entidades Prestadoras.

38. En efecto, conforme se indicó en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN[12] que sustentó la resolución impugnada, en oportunidades previas en la cuales se evaluó solicitudes de confidencialidad sobre información similar al presente caso, se resolvió denegarlas luego de adoptar el criterio desarrollado por el Tribunal de Transparencia. Así, se mencionó, como ejemplo, la reciente Resolución de Consejo Directivo Nº 044-2020-CD-OSITRAN emitida el 17 de agosto de 2020[13], en la cual se evaluó un pedido de confidencialidad que

---

9 Considerando 25 del Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN.

10 Considerando 24 del Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN.

11 Al respecto, señala que, de acuerdo con lo establecido en el REMA, las reglas, principios y procedimientos que se establece en dicho reglamento tienen por finalidad generar el bienestar a los usuarios finales por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtenga resultados similares a los de una situación competitiva.

12 Considerando 26 del Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN.

13 Al respecto, ver el siguiente enlace: <https://www.ositran.gob.pe/anterior/wp-content/uploads/2020/08/044-2020-cd.pdf>.

formuló DP World Callao S.R.L., entre otra, respecto a información relativa a la prestación de servicios especiales no regulados presentada en el marco del procedimiento de revisión tarifaria iniciado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0002-2020-CD-OSITRAN.

39. Asimismo, debe indicarse en el Informe N° 008-2021-GRE-OSITRAN no se ha realizado una mera referencia al pronunciamiento del Tribunal de Transparencia, como ha indicado APMT en su recurso de reconsideración, sino que se explicaron las razones por las cuales se consideraba razonable seguir el criterio desarrollado por dicho Tribunal en la evaluación del pedido de confidencialidad formulado por APMT.

40. Así, aun cuando se enmarcan en procedimientos distintos -acceso a la información pública y solicitud de confidencialidad-, se tuvo en consideración que ambos casos versan sobre si la información presentada por una Entidad Prestadora en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria cuenta o no con el carácter confidencial. Si fuese lo primero, está fuera del acceso público.

41. De esta manera, en el Informe N° 008-2021-GRE-OSITRAN, en línea con el criterio del Tribunal de Transparencia, en el presente caso se consideró que, dado que la información en cuestión fue presentada en el marco del procedimiento tarifario, resulta relevante que todos los usuarios puedan acceder a la información que obra en el expediente tarifario, de modo que puedan ejercer su derecho a participar en el procedimiento; asimismo, se tuvo en cuenta que, APMT ha decidido voluntariamente participar de una función que en principio le corresponde al Estado, por lo que 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 quien se encontrase brindándolos, motivo por el cual la información debe tener también carácter público.

42. Ahora bien, APMT señala que no cuestiona que los Estados Financieros tengan carácter público, sino que cuestiona que se brinde acceso público a la información referida a los ingresos brutos y netos, cantidades y precios implícitos correspondiente a la prestación de los servicios especiales en el periodo 2016 a 2019, pues, según APMT, tendría carácter sensible al vincularse a aspectos protegidos por el secreto comercial y, por tanto, debería estar exceptuada del acceso público.

43. En esa línea menciona que, en el caso del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (AIJCH) -objeto de análisis en la Resolución del Tribunal de Transparencia-, no existe la presencia de otro concesionario en el mismo espacio geográfico con quien compita por la prestación de servicios; como sí ocurriría en el caso de los Muelles Sur y Norte que conforman el Terminal Portuario del Callao. Según APMT, esta diferencia es relevante pues en un mercado en competencia como ocurre en el Terminal Portuario del Callao entre los concesionarios de los Muelles Sur y Norte, la información que revele la participación de determinados servicios permite conocer su importancia en los ingresos y, por ende, su relevancia dentro de sus estrategias comerciales[14].

44. Como se puede observar, el argumento formulado por el Concesionario se encuentra orientado a cuestionar que terceros con los cuales competiría puedan tener acceso a la

---

[14] El Concesionario señala que, la información objeto de su pedido de confidencialidad revela estrategias comerciales que serán implementadas, entre otros, para lograr la captación de un mayor número de usuarios, redundando en un beneficio para los usuarios finales, en el marco del REMA.

Al respecto, es relevante mencionar que el objeto del REMA consiste en establecer las reglas y procedimientos aplicables al derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, los criterios técnicos, económicos y legales, así como los procedimientos a los cuales deberán sujetarse.

En esa línea, lo mencionado por el Concesionario respecto al beneficio para los usuarios finales debido a las estrategias comerciales que se implementen, se enmarca en las reglas, principios y procedimientos que se establecen en el REMA, es decir, procedimientos de solicitud de acceso, procedimiento de acceso por negociación directa, procedimiento de acceso por subasta, entre otros; los mismos distan del procedimiento al cual se circunscribe el presente caso, esto es, el procedimiento de revisión tarifaria, regulado en el Reglamento General de Tarifas del Ositrán, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN.

información de carácter reservado de APMT, vinculada a la participación y relevancia de determinados servicios y, por ende, a sus estrategias comerciales.

45. Al respecto, como se indicó en Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN que sustentó la resolución impugnada y se ha recogido en el acápite previo del presente informe, en oportunidades previas mediante Cartas N° 917-2020-APMTC/LEG[15] y N° 0019-2021-APMTC/LEG[16] el Concesionario presentó información relativa a los ingresos y cantidades correspondiente a la prestación de servicios especiales en el periodo 2016 – 2019, sin formular ningún pedido de confidencialidad, por lo que dicha información tiene carácter público, de conformidad con el artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad.

46. Si bien de manera posterior, mediante Carta N° 047-2021-APMT/LEG[17], el Concesionario solicitó que la información referida a los ingresos y cantidades de servicios especiales reciban un tratamiento confidencial, alegando que se trataría de información sensible que revela estrategias comerciales de APMT, cuya divulgación a terceros con los que competiría podría causarle un perjuicio; en la medida que esa misma información fue presentada de manera previa por el propio Concesionario (a través de las Cartas N° 917-2020-APMTC/LEG y N° 0019-2021-APMTC/LEG) con carácter público en aplicación del artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad; es decir, pasible de acceso al público, dicha información no califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial.

47. Asimismo, la información sobre los ingresos de servicios especiales del periodo 2016 a 2019, se obtiene restando de los ingresos brutos proporcionados con carácter público conforme se ha indicado previamente, conceptos que son de público conocimiento (retribución al Estado, transferencias a ENAPU, y aporte por regulación), por lo que tiene también carácter público. Igualmente, la información sobre precios implícitos correspondiente a los servicios especiales del periodo 2016 a 2019, se obtiene dividiendo los ingresos netos entre las cantidades de servicios, siendo que este último dato fue proporcionado también con carácter público a través de las Cartas N° 917-2020-APMTC/LEG y N° 0019-2021-APMTC/LEG.

48. Por tanto, aun cuando en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN que sustenta la resolución impugnada no se hubiera considerado el criterio desarrollado en la Resolución N° 010300782019 emitida por el Tribunal de Transparencia, la información relativa a la prestación de servicios especiales en cuestión tendría igualmente carácter público por las consideraciones antes señaladas, por lo que no corresponde que la misma sea declarada confidencial bajo el supuesto de secreto comercial.

49. En cuanto al **punto (iii) precedente**, el Concesionario alega que, en el marco de la normativa de acceso a la información pública, en caso de que un usuario solicitara acceder a los Estados Financieros del Concesionario, dicha norma no los habilita a obtener el cálculo individualizado, por ejemplo, de los ingresos netos por servicio, pues ello se deriva de un análisis adicional sobre la base de dicha información. Ello, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 del TUO de la Ley de Transparencia, que establece que dicha norma "*no faculta que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean*."

50. Al respecto, cabe señalar que, la disposición del TUO de la Ley de Transparencia que ha citado el Concesionario resulta aplicable para la atención de los pedidos de acceso a la información pública que formulen los administrados; y, en efecto, dicha disposición establece que, las solicitudes de acceso a la información pública que realicen los administrados no los faculta a exigir a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean.

---

[15] Recibida el 17 de diciembre de 2020.

[16] Recibida el 11 de enero de 2021.

[17] Recibida el 21 de enero de 2021.

51. Sin embargo, en el presente caso, corresponde evaluar si la información referida a la prestación de servicios especiales proporcionada por APMT a través de la Carta N° 047-2021-APMTC/LEG, tal como ha sido presentada, cuenta o no con carácter confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, por lo que no resulta pertinente la disposición aludida por el Concesionario para evaluar si dicha información cuenta o no con dicho carácter confidencial.

52. Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Confidencialidad, de quedar consentida en la vía administrativa la resolución impugnada, la información en cuestión será de público acceso.

53. Por lo expuesto, puede concluirse que no corresponde estimar el alegato del Concesionario según el cual los usuarios no deberían acceder al cálculo individualizado de los Estados Financieros en el marco de los procedimientos de acceso a la información pública, pues no resulta relevante a efectos de que, en la presente evaluación de la solicitud del Concesionario, se determine si la información cuenta o no con carácter confidencial bajo el supuesto de secreto comercial.

54. Por tanto, respecto a este extremo, corresponde declarar **infundado** el recurso de reconsideración formulado por APMT.

IV.2. <u>Sobre la información referida a los volúmenes de transbordo realizados en el TNM por dos líneas navieras</u>

55. En su recurso de reconsideración, el Concesionario cuestiona que en la resolución impugnada se haya denegado el carácter confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, de la información relativa a los volúmenes de transbordo realizados por dos líneas navieras en el TNM. Específicamente, APTM alega lo siguiente:

(i) Los formatos “P.4.1 Tráfico de Naves” y “P.4.5 Tráfico de Contenedores” no se encuentran publicados, sino que son empleados por el Ositrán para la elaboración de reportes consolidados.

(ii) Asimismo, señala que, la información contenida en la propuesta tarifaria es distinta a aquella presentada en los formatos “P.4.1 Tráfico de Naves” y “P.4.5. Tráfico de Contenedores”. Así, indica que, mientras que en la tabla incluida en la propuesta tarifaria de APMT se condensa la evolución de volúmenes de transbordo de ciertas líneas navieras, según los TEU miles, en los formatos “P.4.1 Tráfico de Naves” incluye información de reporte de toneladas por carga; mientras que en el “P.4.5. Tráfico de Contenedores” se presenta el reporte movimientos de Contenedores y TEUS por barco.

(iii) Además, señala que la información para la cual se solicita la confidencialidad no se deriva de una mera revisión de los formatos “P.4.1 Tráfico de Naves” y “P.4.5. Tráfico de Contenedores”, sino que precisa de una desagregación, identificación de naves y de grupo empresarial, ponderación de volúmenes atribuibles a cada línea naviera y a la realización de un comparativo. Así, refiere que, para la obtención de la información objeto de su pedido de confidencialidad ha tenido que contratar los servicios de un tercero especializado (Apoyo Consultoría), motivo por el cual, dicha información tiene un valor comercial.

En ese punto señala que, el numeral 4.6 de los Lineamientos prevé la protección de los informes económicos elaborados por terceros, en la medida que “cuentan con un valor comercial en sí mismos, al ser producto de una inversión económica directa realizada por la empresa solicitante con la finalidad de determinar sus políticas y estrategias comerciales.” Asimismo, indica que los Lineamientos agregan que la divulgación de dicha información *“permitiría a los competidores beneficiarse indebidamente de la inversión realizada. Asimismo, la información utilizada para realizar estos informes puede reflejar estrategias o políticas comerciales de la solicitante, o su situación económica o financiera”*.

(iv) Finalmente, indica que se ha denegado el carácter confidencial de la información en cuestión, considerando que los usuarios tienen derecho a acceder a la información que forma parte del procedimiento de revisión tarifaria. Al respecto, señala que la información proporcionada a los usuarios en el marco del procedimiento de fijación o revisión tarifaria tiene como finalidad que estos cuenten con acceso al sustento de la determinación tarifaria, siendo que, la información objeto de su pedido de confidencialidad se ha presentado con el objetivo que se desregule el servicio de transbordo

56. Respecto al **punto (i) precedente**, como se indicó en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN que sustenta la resolución impugnada, a partir de los formatos "P.4.1 Tráfico de Naves" y "P.4.5 Tráfico de Contenedores" remitidos por APMT correspondientes al periodo 2016 a 2019, es posible obtener los volúmenes de transbordo que han realizado las dos líneas navieras en el TMN durante el periodo antes señalado[18]. Dichos formatos fueron presentados por APMT sin formular ningún pedido de confidencialidad, por lo que, en aplicación del artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad, la misma tiene carácter público

57. Sobre el particular, cabe indicar que, el hecho de que este Regulador no publique la información de los formatos "P.4.1 Tráfico de Naves" y "P.4.5 Tráfico de Contenedores" no implica que dicha información no tenga carácter público. Ello, pues como se indicó en el informe indicado en el párrafo anterior, de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad, toda información que ingrese a esta entidad sin que medie ningún pedido de confidencialidad tiene automáticamente carácter público.

58. En conclusión, no resulta relevante si el Regulador ha publicado o no la información contenida en los Formatos "P.4.1 Tráfico de Naves" y "P.4.5 Tráfico de Contenedores". En la medida que dicha información fue presentada por el Concesionario sin mediar ningún pedido de confidencialidad, automáticamente tiene carácter público en aplicación del artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad.

59. En cuanto al argumento señalado en el **punto (ii) precedente**, debe indicarse que tal como señala el Concesionario, el formato "P.4.1 Tráfico de Naves" contiene información de las toneladas movilizadas por carga; sin embargo, debe indicarse que dicho formato también incluye información respecto del nombre de la nave, línea naviera, número de manifiesto, entre otras. Asimismo, el formato "P.4.5 Tráfico de Contenedores", además de la información de contenedores y TEU movilizados por buque, contiene la información del nombre del buque y el número de manifiesto.

60. En la medida que ambos formatos contienen información en común, tales como el número de manifiesto y el nombre de la nave, resulta posible consolidar ambos formatos en uno solo. En dicho formato consolidado sería posible identificar para cada buque atendido la cantidad de contenedores, TEUs y toneladas de carga, así como también sería posible identificar el nombre de la línea naviera encargada de movilizar dicha carga. En tal sentido, de ese nuevo formato consolidado es posible conocer el volumen de carga que movilizaron, por ejemplo, las dos líneas navieras objeto del pedido de confidencialidad.

61. Por lo tanto, la información relativa a los volúmenes de transbordo de contenedores movilizados por las dos líneas navieras antes mencionadas se puede obtener a partir de los reportes estadísticos remitidos por el propio Concesionario con carácter público, por lo que, la información objeto de su pedido de confidencial, tiene también carácter público. Siendo ello así, dicha información no se encuentra protegida por el secreto comercial.

62. Sin perjuicio de lo antes señalado resulta oportuno mencionar que, la información respecto a la cual el Concesionario ha solicitado la confidencialidad, esto es, aquella incluida en la Carta N° 047-2021-APMTC/LEG del 21 de enero de 2021, ha sido presentada con

---

[18] APMT presenta mensualmente información estadística de sus operaciones comerciales al correo electrónico declaratoria.estadistica@ositran.gob.pe, siendo algunos de dichos formatos: "P.4.1 Tráfico de Naves" y "P.4.5 Tráfico de Contenedores".

posterioridad, mediante Carta N° 042-2021-APMTC/LEG del 29 de enero de 2021, sin solicitar la confidencialidad de la misma ni hacer referencia alguna al pedido de confidencialidad solicitado a propósito de la Carta N° 047-2021-APMTC/LEG; es decir, ha sido presentada con carácter público de conformidad con el artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad.

63. En cuanto al argumento señalado en el **punto (iii) precedente**, APMT indica que, en tanto para la obtención de dicha información ha tenido que contratar los servicios de un tercero especializado (Apoyo Consultoría), dicha información tendría un valor comercial. Sobre ello, menciona que el numeral 4.6 de los Lineamientos prevé la protección de los informes económicos elaborados por terceros, en la medida que "*cuentan con un valor comercial en sí mismos, al ser producto de una inversión económica directa realizada por la empresa solicitante con la finalidad de determinar sus políticas y estrategias comerciales*." Asimismo, indica que los Lineamientos agregan que la divulgación de dicha información *"permitiría a los competidores beneficiarse indebidamente de la inversión realizada. Asimismo, la información utilizada para realizar estos informes puede reflejar estrategias o políticas comerciales de la solicitante, o su situación económica o financiera"*.

64. Al respecto, cabe recordar que, la información en cuestión ha sido presentada en el marco del procedimiento de revisión tarifaria a efectos de sustentar su posición sobre la pertinencia de desregular el servicio de transbordo. En esa línea, debe indicarse que, aun cuando APMT haya contratado a un tercero para la elaboración de la información en cuestión, la misma no ha sido elaborada para mantenerse en el ámbito reservado de la empresa, sino para presentarla en el marco del procedimiento de revisión tarifaria a efectos de sustentar su posición sobre la existencia de condiciones de competencia en la prestación del servicio de transbordo y que, en consecuencia, se desregule la tarifa aplicable para dicho servicio.

65. Los documentos que forman parte de la propuesta tarifaria de APMT, sin importar el origen específico, se consideran presentados por el Concesionario siendo este, y no un tercero, el sujeto legitimado del procedimiento administrativo. En ese sentido, resulta evidente que los documentos presentados en la propuesta tarifaria son a título de APMT, independientemente si ha tercerizado o no la elaboración del sustento respectivo.

66. En esa línea, debe señalarse que resulta erróneo considerar que, por el solo hecho de haber tercerizado la elaboración de la información en cuestión, esta se encontraría protegida por el secreto comercial Ello, toda vez que dicha información no se encuentra reservada al ámbito de conocimiento del Concesionario, sino que, por el contrario, forma parte de la información que ha presentado en el marco del procedimiento de revisión tarifaria, para sustentar su posición respecto a la desregulación del servicio de transbordo. En este punto, resulta importante señalar que, el carácter confidencial de la información no radica en quién haya elaborado la información (si su elaboración ha sido tercerizado o no), sino en la naturaleza de la información. En este punto, es preciso reiterar que, la información relativa a los volúmenes de transbordo realizados por las dos líneas navieras en el TNM en el periodo 2016 a 2019, tiene carácter público por las consideraciones expuestas sobre el punto (ii) precedente.

67. En cuanto a lo señalado en el **punto (iv) precedente**, el Concesionario señala que el Consejo Directivo deberá ponderar que la información proporcionada a los usuarios en el marco del procedimiento de fijación tarifaria tiene como finalidad que estos cuenten con acceso al sustento de la determinación tarifaria; siendo que, en el presente caso, la información que ha presentado APMT tiene como finalidad que se desregule el servicio de transbordo.

68. Al respecto, en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN que sustenta la resolución impugnada se tuvo en consideración que, la información materia de su pedido de confidencialidad ha sido presentada en el marco del procedimiento de revisión de oficio del factor de productividad aplicable a los servicios regulados brindados en el TNM, por lo que en línea con el razonamiento seguido por el Tribunal de Transparencia, la misma debe ser de público acceso para los usuarios, a efectos de que puedan ejercer su derecho a

participar en el procedimiento de revisión tarifaria, pues son dichos usuarios quienes asumen el pago de las tarifas cuando demandan los servicios de APTM en el TNM.

69. Sobre el particular, debe recordarse que, de acuerdo con el Reglamento General de Tarifas del Ositrán[19], los usuarios tienen derecho a participar no solo en el marco de procedimientos de fijación y revisión tarifaria -como entiende el Concesionario-, sino también de desregulación tarifaria. Ello, toda vez que, en un escenario en el cual el Regulador determinara la desregulación de un servicio, las Entidades Prestadoras determinarían el precio que luego será asumido por los usuarios. Sin embargo, es importante señalar que, independientemente de la decisión final que adopte el Regulador sobre si existe o no condiciones de competencia y, por ende, si se correspondería o no desregular el servicio de transbordo, debe reiterarse que la información sobre los volúmenes de las operaciones de transbordo realizadas por la dos líneas navieras objeto de la solicitud de confidencialidad de APMT, tienen igualmente carácter público por las consideraciones señaladas sobre el punto (ii) precedente.

70. En tal sentido, aun cuando en el Informe N° 0008-2021-GRE-OSITRAN que sustenta la resolución impugnada no se hubiera considerado el criterio desarrollado por el Tribunal de Transparencia, la información antes señalada tendría igualmente carácter público por las consideraciones expuestas en el punto (ii) precedente. Siendo ello así, dicha información no califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial.

71. Por tanto, respecto a este extremo, corresponde declarar **infundado** el recurso de reconsideración formulado por APMT.

V. CONCLUSIÓN

72. El Concesionario ha interpuesto su Recurso de Reconsideración cumpliendo con los requisitos establecidos en el Reglamento de Confidencialidad y en el TUO de la LPAG.

73. De acuerdo con los fundamentos expuestos en el presente corresponde declarar **infundado** el Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0005-2021-CD-OSITRAN.

VI. RECOMENDACIÓN

74. Se recomienda a la Gerencia General remitir el presente informe al Consejo Directivo del Ositrán para su consideración y, de ser el caso, su aprobación.

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

N.T. 2021025259

[19] Ello, tanto en el marco del Reglamento General de Tarifas del Ositrán aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN-en cuyo marco se emitió la Resolución de Consejo Directivo Nº 0056-2020-CD-OSITRAN a través de la cual se dispuso el inicio del procedimiento de revisión tarifaria (artículos 18, numeral 10, artículo 73); como en el nuevo Reglamento General de Tarifas del Ositrán aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0003-2021-CD-OSITRAN, el cual rige para la tramitación de los procedimientos de fijación, revisión y desregulación tarifaria que se inicien luego de la entrada en vigencia de esta última norma (Artículo V, numeral 9, artículo 43).