

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO**N° 0058-2021-CD-OSITRAN**

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/11/2021
20:30:24 -0500

Lima, 17 de noviembre de 2021

VISTOS:

El Informe N° 301-2021-GAU-OSITRAN de fecha 11 de noviembre de 2021, elaborado por la Gerencia de Atención al Usuario, el Memorando N° 445-2021-GAJ-OSITRAN emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica; y, el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo correspondiente;

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, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, establece que los Organismos Reguladores deben contar con uno o más Consejos de Usuarios con el objetivo de constituirse en mecanismos de participación de los agentes interesados en la actividad regulatoria de cada sector involucrado;

Que, el Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM y sus modificatorias, regula entre otros aspectos, el funcionamiento de los Consejos de Usuarios del OSITRAN;

Que, el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, dispone en el numeral 11 del artículo 46 que corresponde a la Gerencia de Atención al Usuario velar por el cumplimiento de las disposiciones para el adecuado funcionamiento de los miembros de los Consejos de Usuarios;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 022-2016-CD-OSITRAN, se aprobó el Reglamento de Funcionamiento de los Consejos de Usuarios del OSITRAN, que dispone que los Consejos de Usuarios sesionarán como mínimo dos (2) veces al año, y en ese marco, los miembros de los Consejos de Usuarios podrán adoptar los acuerdos y formular los pedidos que consideren pertinentes;

Que, el artículo 32 del Reglamento antes citado señala que corresponde a la Secretaría Técnica de los Consejos de Usuarios del OSITRAN, efectuar el seguimiento de los acuerdos arribados y los pedidos formulados por los miembros de los Consejos de Usuarios durante las sesiones desarrolladas;

Que, en el marco de la Sesión Ordinaria Virtual N° 32, los miembros del Consejo Regional de Usuarios de Cusco solicitaron se requiera a la empresa Inca Rail S.A. información sobre (i) la capacidad máxima de usuarios que traslada en la actualidad y si dicha capacidad puede ser ampliada; y (ii) las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario que tuviese al alcance;

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/11/2021 17:43:04 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/11/2021 17:03:26 -0500

Visado por: ARRESCURRENAGA
SANTISTEBAN Angela FAU 20216072155
soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 17/11/2021 15:53:15 -0500

Que, mediante Oficio N° 648-2021-GAU-OSITRAN de fecha 14 de octubre de 2021, la Gerencia de Atención al Usuario trasladó a la empresa Inca Rail S.A. el pedido de información formulado antes mencionado;

Que, a través de la Carta N° 095-2021/DL presentada el 28 de octubre de 2021, la empresa Inca Rail S.A. atendió el requerimiento contenido en el Oficio N° 648-2021-GAU-OSITRAN y solicitó que la información proporcionada sea declarada confidencial por un periodo indefinido al calificarla como “secreto comercial”;

Que, mediante el Memorando N° 429-2021-GAJ-OSITRAN de fecha 4 de noviembre de 2021, la Gerencia de Asesoría Jurídica señaló que la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A. cumple con los requisitos de forma requeridos en el artículo 12 del Reglamento de Confidencialidad; y que corresponde que el órgano competente emita pronunciamiento sobre el fondo de tal solicitud de confidencialidad;

Que, tomando en cuenta que la información bajo análisis ha sido presentada en el marco de la atención del pedido de información formulado por el Consejo Regional de Usuarios de Cusco, corresponde a la Gerencia de Atención al Usuario evaluar el pedido de confidencialidad de la información presentada por la empresa Inca Rail S.A. mediante Carta N° 095-2021/DL;

Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad en concordancia con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, el Consejo Directivo es el órgano competente para calificar la información considerada como “secreto comercial” o “secreto industrial”, en primera y segunda instancia;

Que, al respecto el literal b) del artículo 6 del referido Reglamento de Confidencialidad, establece que 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, luego del análisis efectuado, la Gerencia de Atención al Usuario concluyó que la información referida a la capacidad máxima de usuarios que traslada en la actualidad y si dicha capacidad puede ser ampliada, no califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial; en la medida que los elementos considerados para el cálculo de dicha información son de acceso público, tales como itinerarios, cantidad asientos y vagones, y frecuencias autorizadas;

Que, de otro lado, la información referida a las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario califica como información confidencial bajo el supuesto de secreto comercial; de conformidad con el inciso b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad, toda vez que se trata de información que tiene un valor comercial para la empresa Inca Rail S.A., cuya divulgación podría generar un efecto desfavorable para la empresa, pues terceros podrían acceder a información estratégica para la actividad y a partir de ello implementar estrategias que no habrían sido inicialmente consideradas, en perjuicio de la Inca Rail S.A.;

Que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad, resulta razonable que la información referida a las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario sea declarada confidencial hasta que concluya el periodo determinado de la estimación de la demanda de pasajeros; o, hasta que el OSITRAN retire dicho carácter cuando la misma pierda la condición de secreto comercial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo citado;

Que, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe elaborado por la Gerencia de Atención al Usuario, 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 lo establecido en la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2019-JUS; en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, y sus modificatorias; en el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, y modificatorias; en el Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias; en el Reglamento de Funcionamiento de los Consejos de Usuarios del OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 022-2016-CD-OSITRAN y modificatorias; y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 752-2021-CD-OSITRAN; de fecha 17 de noviembre de 2021;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Denegar el pedido formulado por la empresa Inca Rail S.A. para que se declare la confidencialidad de la información presentada a través de la Carta N° 095-2021/DL recibida el 28 de octubre de 2021, en el extremo referido a la capacidad máxima de usuarios que traslada en la actualidad, y si dicha capacidad puede ser ampliada.

Artículo 2.- Declarar la confidencialidad bajo el supuesto de secreto comercial, respecto de la información remitida por la empresa Inca Rail S.A. mediante Carta N° 095-2021/DL recibida el 28 de octubre de 2021, en el extremo referido a las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario que tuviese al alcance.

Artículo 3.- Disponer que se mantenga la confidencialidad de la información a que se refiere el artículo 2 de la presente Resolución, hasta que concluya el periodo de las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario determinado en la Carta N° 095-2021/DL; o hasta que el OSITRAN retire dicho carácter cuando la misma pierda la condición de secreto comercial, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN y modificatorias.

Artículo 4.- Notificar a la empresa Inca Rail S.A. la presente Resolución y el Informe N° 301-2021-GAU-OSITRAN.

Artículo 5.- Disponer la difusión de la presente Resolución en el Portal Institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano (www.gob.pe/ositrان).

Regístrese y comuníquese.

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo

NT 2021104826

INFORME N° 301-2021-GAU-OSITRAN

Firmado por:
APARICIO
YAMASHIRO Bertha
FAU 20420248645
soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/11/2021
20:20:47 -0500



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

CC : **HUMBERTO LUIS SHEPUT STUCCHI**
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : **Solicitud de confidencialidad de la información presentada por INCA RAIL S.A.**

Referencia : Artículo 13 del “Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante OSITRAN”

Fecha : 11 de noviembre de 2021

I. OBJETIVO

1. El presente Informe tiene como objetivo emitir opinión respecto a la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa INCA RAIL S.A., con relación a la información contenida en la Carta N° 095-2021/DL recibida el 28 de octubre 2021, en el marco de la atención del pedido de información formulado por el Consejo Regional de Usuarios de Cusco, durante la Sesión Ordinaria Virtual N° 32.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 24 de agosto de 2021, se llevó a cabo la Sesión Ordinaria Virtual N° 32 del Consejo Regional de Usuarios de Cusco, en la cual los representantes de la empresa concesionaria Ferrocarril Trasandino S.A., brindaron un alcance de los proyectos de inversión destinados a mejorar la operación de los sistemas de comunicaciones del Ferrocarril del Sur Oriente.
3. Mediante Oficio N° 648-2021-GAU-OSITRAN de fecha 14 de octubre de 2021, la Gerencia de Atención al Usuario trasladó a la empresa Inca Rail S.A. el pedido de información formulado por los miembros del citado Consejo de Usuarios respecto a: (i) la capacidad máxima de usuarios que trasladan en la actualidad y si dicha capacidad puede ser ampliada; y (ii) las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario que la entidad tuviese al alcance.
4. A través de la Carta N° 094-2021/DL de fecha 21 de octubre de 2021, la empresa Inca Rail S.A. solicitó una prórroga de cinco (5) días hábiles para la atención de la información solicitada.
5. Así, con fecha 28 de octubre 2021, la empresa antes mencionada remitió la Carta N° 095-2021/DL, mediante la cual alcanzó la información requerida; no obstante, solicitó que esta sea declarada confidencial por un periodo indefinido al calificar como “secreto comercial”.
6. A través del Memorando N° 429-2021-GAJ-OSITRAN de fecha 4 de noviembre de 2021, la Gerencia de Asesoría Jurídica señaló que la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A. cumple con los requisitos de forma establecidos en el Reglamento de Confidencialidad, indicando que corresponde que el órgano competente emita pronunciamiento sobre el fondo de tal solicitud de confidencialidad.
7. Mediante Memorando N° 659-2021-GAU-OSITRAN, de fecha 10 de noviembre de 2021, la Gerencia de Atención al Usuario trasladó a la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN, los siguientes documentos:
 - (i) Proyecto de Informe que sustenta la opinión respecto a la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A.

Visado por: MENDOZA MARTINEZ
Gabriela FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/11/2021 20:06:19 -0500

- (ii) Resumen Ejecutivo del Informe que sustenta la opinión respecto a la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A.
 - (iii) Proyecto de Acuerdo del Consejo Directivo del OSITRAN que resuelve la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A.
 - (iv) Proyecto de Resolución de Consejo Directivo que resuelve la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A.
8. A través del Memorando N° 445-2021-GAJ-OSITRAN, de fecha 11 de noviembre de 2021, la Gerencia de Asesoría Jurídica efectuó la revisión de la legalidad de los documentos (ii), (iii) y (iv) antes citados, conforme a lo solicitado en el Memorando N° 659-2021-GAU-OSITRAN, señalando que no se tienen observaciones de índole legal sobre el particular.

III. MARCO LEGAL

- Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.
- Decreto Supremo N° 021-2019-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- Decreto Legislativo N° 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- Decreto Supremo N° 042-2005-PCM y modificatorias, que aprueba el Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.
- Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y modificatoria, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN.
- Resolución de Consejo Directivo N° 022-2016-CD-OSITRAN y modificatorias, que aprueba el Reglamento de Funcionamiento de Consejos de Usuarios del OSITRAN.
- Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN y modificatorias, que aprueba el Reglamento para la Determinación, Ingreso, Registro y Resguardo de la Información Confidencial presentada ante OSITRAN.

IV. ANÁLISIS

❖ **Del pedido solicitado por la Gerencia de Atención al Usuario, en su calidad de Secretaría Técnica del Consejo Regional de Usuarios de Cusco**

9. El artículo 9-A de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332¹ (en adelante, **LMOR**), establece que los Organismos Reguladores deben contar con uno o más Consejos de Usuarios con el objetivo de constituirse en mecanismos de participación de los agentes interesados en la actividad regulatoria de cada sector involucrado.
10. Por su parte, el artículo 28 del Reglamento de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM (en adelante, el **Reglamento de la LMOR**), señala que los Consejos de Usuarios se regirán en su funcionamiento por el Reglamento que apruebe el Consejo Directivo de cada Organismo Regulador.
11. Bajo ese contexto, el Consejo Directivo del OSITRAN aprobó mediante Resolución de Consejo Directivo N° 022-2016-CD-OSITRAN y modificatorias, el Reglamento de Funcionamiento de Consejos de Usuarios del OSITRAN y su Anexo Único (en adelante, el **Reglamento de Funcionamiento de los Consejos de Usuarios**).

¹ Artículo incorporado por la Ley N° 28337, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16.8.2004.

Artículo 9-A.- Del Consejo de Usuarios. Los Organismos Reguladores contarán con uno o más Consejos de Usuarios cuyo objetivo es constituirse en mecanismos de participación de los agentes interesados en la actividad regulatoria de cada sector involucrado.

Los Consejos de Usuarios a que se refiere el presente artículo estarán conformados en atención a las características propias de los mercados regulados por los Organismos Reguladores, (...). El Reglamento General de cada organismo regulador establecerá la estructura, distribución geográfica, conformación y el procedimiento para la designación y/o elección de los miembros de los Consejos de Usuarios (...).

12. Bajo ese contexto, el artículo 33 del Reglamento de Funcionamiento de los Consejos de Usuarios dispone que los Consejos de Usuarios sesionan ordinariamente como mínimo dos (2) veces al año; pudiendo los miembros del Consejo de Usuarios adoptar los acuerdos y formular los pedidos que consideren pertinentes.
13. Por su parte, el literal e) del artículo 32 del citado dispositivo legal señala que corresponde a la Secretaría Técnica de los Consejos de Usuarios, efectuar el seguimiento de los acuerdos arribados y los pedidos formulados durante las sesiones de los Consejos de Usuarios.
14. Aunado a lo anterior, resulta preciso señalar que el numeral 11 del artículo 46 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN (en adelante, el **ROF del OSITRAN**), dispone que corresponde a la Gerencia de Atención al Usuario velar por el cumplimiento de las disposiciones para el adecuado funcionamiento de los miembros de los Consejos de Usuarios.
15. En ese marco, los miembros del Consejo Regional de Usuarios de Cusco solicitaron se requiera a la empresa Inca Rail S.A. información sobre (i) la capacidad máxima de usuarios que traslada en la actualidad y si dicha capacidad puede ser ampliada; y (ii) las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario que tuviese al alcance, lo cual consta en el Acta de la Sesión Ordinaria Virtual N° 32.
16. En virtud de lo anterior, la Gerencia de Atención al Usuario -en su calidad de Secretaría Técnica del Consejo Regional de Usuarios de Cusco- trasladó mediante Oficio N° 648-2021-GAU-OSITRAN de fecha 14 de octubre de 2021, el requerimiento formulado a la empresa operadora Inca Rail S.A.
17. Atendiendo a lo señalado, la empresa Inca Rail S.A. remitió la información solicitada a esta Gerencia, a través de las Carta N° 095-2021/DL y solicitó que la información proporcionada al OSITRAN sea declarada confidencial por un periodo indefinido al calificarla como “secreto comercial”.

❖ **De la admisibilidad de la solicitud de confidencialidad presentada por Inca Rail S.A.**

18. El Reglamento para la determinación, ingreso, registro y resguardo de la Información Confidencial presentada ante el OSITRAN (en adelante, el **Reglamento de Confidencialidad**), establece que *“los terceros tendrán derecho a solicitar que determinada información que presenten a OSITRAN que consideren confidencial, sea declarada como tal. (...)”*
19. Asimismo, la mencionada disposición señala que el OSITRAN podrá declarar si determinada información no es confidencial, a pesar de que un tercero haya solicitado que sea declarada como tal. Para tal efecto, deberá observar las disposiciones contenidas en el Reglamento de Confidencialidad, el cual establece el procedimiento que regirá la determinación de la información brindada por el tercero como “confidencial”.
20. De otro lado, el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad establece que la solicitud para la declaración de la información como confidencial, debe contener como mínimo información referente al motivo que sustenta la solicitud, así como el periodo por el cual se espera declarar la información como confidencial, entre otros.

“Artículo 9.- Solicitud para la Declaración de Información confidencial.

La Solicitud para la declaración de Información Confidencial deberá indicar en forma clara y precisa como mínimo:

- a) *Resumen o listado de la información presentada.*
- b) *Motivo por el cual se presenta la información.*
- c) *Razones por las cuales se solicita la declaración de documentación confidencial y el perjuicio que su divulgación causaría a la Entidad Prestadora o al tercero.*

d) *Período durante el cual la información debe ser mantenida como Confidencial, en caso de que sea posible determinar dicho período”.*

21. Por su parte, el artículo 10 del Reglamento de Confidencialidad señala que todo documento por el cual se solicite la confidencialidad debe ingresar por la Mesa de Partes del OSITRAN, en sobre cerrado y con el sello CONFIDENCIAL en algún lugar visible².
22. En ese marco, el artículo 12 del Reglamento de Confidencialidad precisa que una vez registrada la solicitud de Declaración de Información Confidencial, se verifica que la presentación de la información esté completa.
23. En virtud de lo anterior, la Gerencia de Asesoría Jurídica efectuó la evaluación de los requisitos de forma de la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A., a través de la Carta N° 095-2021/DL señalando, mediante Memorando N° 429-2021-GAJ-OSITRAN, que ésta cumple con los requisitos mínimos exigidos en el artículo 9 del Reglamento.
24. De otro lado, con relación a la obligación a la que se refiere el artículo 10 del Reglamento, la Gerencia de Asesoría Jurídica señaló que considerando que se encuentra disponible el servicio 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, carece de sentido la exigencia de un sobre cerrado si los documentos son presentados a través del registro en el Sistema de Gestión Documentaria (SGD) como documento confidencial, lo cual fue verificado en el presente caso.
25. En consecuencia, en aplicación del principio de informalismo previsto en el artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán señaló que, la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A. mediante Carta N° 095-2021/DL cumple con los requisitos de forma previstos en el Reglamento de Confidencialidad, correspondiendo al órgano competente emitir pronunciamiento sobre el fondo de dicha solicitud.

❖ **Del órgano competente para resolver la confidencialidad**

26. De acuerdo con el numeral 11 del artículo 46 del ROF del OSITRAN, la Gerencia de Atención al Usuario tiene entre otras funciones, velar por el cumplimiento de las disposiciones referidas al funcionamiento de los Consejos de Usuarios del OSITRAN.
27. Por su parte, el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad establece que corresponde al Consejo Directivo del OSITRAN actuar como órgano de primera y segunda instancia administrativa para resolver los pedidos de confidencialidad que versen sobre secreto comercial e industrial. Dicha disposición es concordante con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 7 del ROF del OSITRAN.
28. En ese sentido, en la medida que el pedido de confidencialidad presentado por Inca Rail S.A. se sustenta en que la información proporcionada al OSITRAN se encuentra protegida por ser considerada “secreto comercial”, corresponde al Consejo Directivo decidir sobre la calidad de dicha información.
29. Para tal efecto, tomando en cuenta que la información materia de análisis ha sido presentada en el marco de la atención del pedido de información formulado por el Consejo Regional de Usuarios de Cusco, corresponde a la Gerencia de Atención al Usuario emitir opinión al respecto.

❖ **De la información confidencial**

² “**Artículo 10.- Ingreso por Mesa de Partes.**

Todo documento, ya sea impreso, en medio magnético o audiovisual, que se solicita sea declarado como confidencial debe ingresar por Mesa de Partes, en sobre cerrado con el sello “CONFIDENCIAL” en algún lugar visible, adjuntando la solicitud correspondiente. Cuando se trate de documentos impresos, deberá incluirse en cada página la palabra “CONFIDENCIAL”. En caso de diskettes o videos, deberán ser presentados con una etiqueta con la leyenda antes indicada”.

30. El artículo 1 del Reglamento de Confidencialidad señala que “se considera información confidencial la cual debido a su contenido, no resulta conveniente su divulgación en el mercado o aquella que por norma legal sea considerada como tal, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 6º del presente Reglamento”.
31. Por su parte, el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad establece como parte de los criterios para la determinación de la información como confidencial, aquella protegida por el secreto comercial.

“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)

32. De otro lado, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública³, incorpora el Principio de Publicidad por el cual toda información que posea una entidad del Estado se presumirá pública, estando dicha entidad obligada a entregar la referida información a las personas que la soliciten.
33. No obstante, el artículo 17 de la citada norma precisa que el derecho de ejercicio de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de información confidencial, la cual comprende, entre otros, aquella protegida por el secreto comercial:

“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.”

(El subrayado es nuestro)

34. Por tanto, de conformidad con la normativa antes citada, toda información que poseen las entidades del Estado -incluyendo aquella entregada por parte de los administrados- tiene carácter público; salvo aquellas destinadas a proteger a la entidad, como a los administrados, de daños que podrían ser causados por la divulgación de cierta información. Tal es el caso de la información que se encuentra protegida por el secreto comercial.

❖ **Del carácter confidencial bajo el supuesto de “Secreto Comercial”**

35. Resulta preciso señalar que el término “secreto comercial” no ha sido definido por el Reglamento de Confidencialidad ni el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; no obstante, la normativa y lineamientos sobre la materia han esbozado definiciones y conceptos que serán tomados en cuenta durante la calificación de la información remitida por la empresa Inca Rail S.A.
36. Así, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo de las Naciones Unidas, ha señalado que “De manera general, puede considerarse secreto comercial **toda información comercial confidencial que confiera a una empresa una ventaja competitiva**. Los secretos comerciales abarcan los secretos industriales o de fabricación y los secretos comerciales. La utilización no autorizada de dicha información

³ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS.

por personas distintas del titular se considera práctica desleal y violación del secreto comercial. (...)”⁴.

37. Por su parte, la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1044, señala que la información calificará como secreto comercial siempre que ésta se encuentre referida a alguno de los aspectos detallados en dicha disposición:

“Artículo 40°.- Información confidencial.-

(...)

40.2. De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:

- a. Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
- b. Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- c. Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.”

(El subrayado es nuestro)

38. De otro lado, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, **Indecopi**), aprobó Lineamientos sobre Confidencialidad de la CLC⁵, señalando lo siguiente con respecto al secreto comercial:

“(...) Se considera secreto comercial y secreto industrial a aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad económica de la empresa la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a ella. Por ejemplo, constituye secreto comercial la información relativa a la estrategia competitiva, la estructura de costos, los términos de negociación y las condiciones contractuales acordadas, entre otros. Por su parte, constituye secreto industrial aquella información referida a la descripción detallada de los insumos o fórmulas y del proceso productivo, entre otros.

Por otro lado, se considera que la divulgación de determinada información puede causar una eventual afectación, en general, cuando los competidores de un administrado pueden obtener una ventaja competitiva de acceder a ella. Por ejemplo, información sobre estrategias para ingresar a un determinado mercado (...).”

(El subrayado es nuestro)

39. Asimismo, de acuerdo a los Lineamientos de Confidencialidad de la CLC del Indecopi no procede la declaratoria de confidencialidad si la información ha sido previamente divulgada, conforme se aprecia a continuación:

*“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. (...).”*

(El subrayado es nuestro)

⁴ Ver en: <https://www.wipo.int/tradesecrets/es/>

⁵ Aprobado mediante la Resolución 027-2013/CLC-INDECOPI.

40. De igual manera, la Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales del Indecopi⁶, señala que el secreto comercial forma parte de la información confidencial, si debido a su relevancia se mantiene fuera del alcance de terceros.

“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;

(...)”

(El subrayado es nuestro)

41. En virtud de lo expuesto, el secreto comercial será considerado confidencial siempre que resulte importante para el desarrollo de la actividad económica de la empresa, obligándola a mantenerla fuera del alcance de terceros; asimismo, debe poseer un valor comercial, efectivo o potencial, por lo que su divulgación podría generar que terceros adquieran una situación de ventaja competitiva que no habría sido adquirida por su propia eficiencia.

❖ **De la solicitud de confidencialidad por “Secreto Comercial” planteada por la empresa Inca Rail S.A.**

42. Mediante Oficio N° 648-2021-GAU-OSITRAN de fecha 14 de octubre de 2021, la Gerencia de Atención al Usuario trasladó a la empresa Inca Rail S.A. el pedido de información formulado por los miembros del Consejo Regional de Usuarios de Cusco respecto a:

- (i) *La capacidad máxima de usuarios que traslada en la actualidad, y si dicha capacidad puede ser ampliada; y,*
- (ii) *Las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario que tuviese al alcance.*

43. Sin embargo, la empresa Inca Rail S.A. solicitó se declare la confidencialidad de la información remitida para la atención de dicho requerimiento por un periodo indefinido, señalando que ésta califica como secreto comercial de acuerdo a lo establecido en el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad.

44. Para tal efecto sostiene que, si bien el Reglamento de Confidencialidad no define el concepto de “secreto comercial”, en oportunidades anteriores este Organismo Regulador habría tomado en consideración la definición desarrollada en los “Lineamientos sobre información confidencial de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia” del Indecopi⁷ que desarrolla el concepto de “secreto comercial” según los siguientes términos:

“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. (...)”

45. Aunado a lo anterior, la empresa Inca Rail S.A. precisó que la información remitida sobre la capacidad y la demanda posee un valor comercial para la empresa y que su eventual divulgación a terceros “(...) permitiría deducir aspectos de las estrategias de política comercial de la empresa y su capacidad para operar en el mercado. Ello podría generar una ventaja indebida a nuestros competidores, y que lesionaría no solo los intereses de nuestra representada, sino a su vez la finalidad de la que se solicita en su Oficio”.

⁶ Directiva N° 001-2008/TRI-INDECOPI y modificatorias.

⁷ Aprobado mediante Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI.

46. A continuación, esta Gerencia procederá a evaluar la solicitud de confidencialidad formulada por Inca Rail S.A. respecto de la información señalada en los puntos (i) a (ii) precedentes.

(i) Sobre la información relacionada con la capacidad máxima de usuarios que trasladan en la actualidad, y si dicha capacidad puede ser ampliada

47. Sobre el particular, esta Gerencia considera que cualquier persona puede acceder a la información requerida a través de un cálculo matemático que incorpora algunos elementos claves para la prestación del servicio tales como: la cantidad de frecuencias diarias del servicio⁸, los itinerarios, la cantidad de vagones disponibles por operador, y la cantidad de asientos por vagón.
48. Aunado a lo anterior, se ha de considerar que el servicio ofrecido por la empresa Inca Rail S.A. es ampliamente conocido, toda vez que brinda servicios de transporte turístico a uno de los principales atractivos de la región Cusco y el país, por lo que el acceso a la información respecto de los itinerarios, cantidad asientos y vagones, y frecuencias autorizadas, han sido utilizados y publicados por la empresa operadora en su página web; así como por las agencias de viajes interesadas en promover el servicio y las notas de prensa difundidas, entre otros.

Imagen N° 1

Cantidad de asientos por vagón ofrecidos por Inca Rail S.A. según página web



Fuente: <https://incarail.com/blog/es/tren-a-machu-picchu/que-tren-elegir-para-ir-a-machu-picchu/>

Imagen N° 2

Itinerarios (horarios) de los trenes de Inca Rail según página web

Itinerario de tren			
	Mañana	Tarde	Noche
Clase	Salida	Llegada	
PRIVILEGE	06:40 ILLIMANTI	08:01 MACHU PICCHU	• Ideal para pasajeros que quieren comenzar la visita por la mañana en el Valle Sagrado.
PRIVILEGE	11:15 ILLIMANTI	12:45 MACHU PICCHU	• Horario con menor afluencia de turistas permitiendo disfrutar la ciudadela con tranquilidad.
PRIVILEGE	08:30 MACHU PICCHU	10:10 ILLIMANTI	• Permite descansar en Machu Picchu Pueblo y conocer el Valle Sagrado por la tarde.

Fuente: <https://incarail.com/es/tren-private-machu-picchu>

⁸ "Es el lapso del Itinerario dentro del cual se prestará el Servicio de Transporte Ferroviario en un Segmento y Trayectoria (Rumbo Norte o Rumbo Sur) determinados", definición señalada en las bases integradas para la Subasta de frecuencias. Ver en: [BASES - ABRIL 2021.pdf \(ferrocarriltransandino.com\)](#)

Imagen N° 3
Cantidad de vagones disponibles – Nota de Prensa



Fuente: <https://tnews.com.pe/inca-rail-inicio-operaciones-en-su-nuevo-tren-panoramico-y-espere-captar-35-del-mercado/>

49. De otro lado, en el extremo referido a si resulta posible que dicha la capacidad máxima de usuarios que traslada sea ampliada, debe indicarse que el pedido de información estuvo orientado a conocer si la empresa operadora consideraba viable (desde su perspectiva de negocio) incrementar la capacidad operativa actualmente ofrecida. Por lo que, una respuesta sobre la posibilidad de efectuar dicha ampliación resultaba suficiente.
 50. En ese sentido, si bien la empresa Inca Rail S.A. solicitó se declare la confidencialidad de la información relativa a la capacidad máxima de usuarios que se trasladan en la actualidad, y si dicha capacidad puede ser ampliada, por considerar que la misma califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, debe indicarse que, en la medida que los elementos considerados para el cálculo de dicha información son públicos y de acceso a cualquier persona, carece de fundamento alegar que dicha información pueda poseer la condición de secreto comercial.
- (ii) Sobre la información relacionada con las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario que la entidad tuviese al alcance**
51. Con relación a la información alcanzada por la empresa Inca Rail S.A. respecto a las proyecciones de la demanda del servicio, es posible obtener a partir de dicha información un volumen específico de pasajeros que la empresa estima atender en un periodo concreto. En ese sentido, esta Gerencia considera que la información posee un valor comercial potencial para la empresa, toda vez que constituye información relativa a su estrategia competitiva durante el periodo de tiempo especificado.
 52. Siendo ello así, de acuerdo con la normativa desarrollada y la información proporcionada por Inca Rail S.A., ésta calificaría como confidencial, bajo el supuesto de secreto comercial, pues se trata de información que posee un valor comercial para la empresa, cuya importancia para el desarrollo de su actividad económica la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a ella, siendo que su divulgación podría ocasionarle un perjuicio.
 53. En ese sentido, de revelarse la información objeto de análisis podría generarse un efecto desfavorable para la citada empresa, pues terceros podrían conocer sus expectativas de mercado, así como inferir la actuación que ésta prevé adoptar para obtener el movimiento de pasajeros esperado en un periodo concreto. Por ende, terceros podrían acceder a información estratégica para la actividad y a partir de ello implementar estrategias que no habrían sido inicialmente consideradas, en perjuicio de la empresa.
 54. Asimismo, para que determinada información pueda ser declarada confidencial, el administrado debe haber mantenido el debido cuidado y la reserva de la información,

impidiendo su divulgación y evitando que haya estado disponible de alguna forma a terceros ajenos a la empresa⁹.

55. En virtud de lo anterior, esta Gerencia considera que la empresa ha adoptado medidas para que la información remitida se mantenga fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa, toda vez que solicitó que se declare la confidencialidad de la información antes indicada en la oportunidad que proporcionó dicha información al OSITRAN, a través de la Carta N° 095-2021/DL, impidiendo con ello que terceros puedan acceder a la información que suministró a esta entidad.
56. Por lo expuesto, se considera que la información referida a las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario objeto de análisis y presentada por Inca Rail S.A. califica como información confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad, en concordancia con el inciso 2 del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia de Acceso a la Información Pública.

❖ **Sobre el plazo de confidencialidad**

57. El artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad señala que la información calificada como confidencial posee un término, ya sea cuando venza el plazo otorgado o cuando el OSITRAN, de oficio, lo determine.

“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)

58. Del artículo precedente puede advertirse que la información declarada confidencial mantendrá dicho carácter por el plazo que el Ositrán establezca, a menos que dicha información ya no cumpla con las condiciones en virtud de las cuales fue declarada como tal, en cuyo caso Ositrán podrá modificar el plazo, de oficio.
59. Bajo ese contexto, la empresa Inca Rail S.A. solicitó respecto a la información presentada que “se declare la confidencialidad por un periodo indefinido (...) toda vez que esta califica como un “secreto comercial”; no obstante, la información alcanzada está referida a un periodo determinado.
60. Por ende, esta Gerencia considera que la divulgación del volumen de pasajeros estimado para el periodo determinado podría ocasionar un perjuicio a la empresa Inca Rail S.A. toda vez que terceros tendrían acceso a información estratégica de la actividad de dicha empresa, colocándolos en una situación de desventaja competitiva.
61. En tal sentido, en la medida que la estimación del volumen de pasajeros ha sido presentada considerando un periodo determinado, resulta razonable mantener la confidencialidad de la información hasta que concluya dicho periodo. Ello, sin perjuicio que el Consejo Directivo del Ositrán pueda retirar dicho carácter antes del vencimiento de dicho

⁹ Así, el Reglamento de Confidencialidad establece en su artículo 3 que es responsabilidad del administrado solicitar que la información proporcionada sea declarada confidencial, pues de lo contrario dicha información recibe el tratamiento de información pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de dicha norma.

plazo, si la misma pierde la condición de secreto comercial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad.

V. CONCLUSIONES

62. Mediante Carta N° 095-2021/DL de fecha 28 de octubre 2021, la empresa operadora Inca Rail S.A. remitió a la Gerencia de Atención al Usuario la información requerida por los miembros del Consejo Regional de Usuarios de Cusco en el marco del desarrollo de la Sesión Ordinaria Virtual N° 32; solicitando a su vez, que esta sea declarada confidencial por un periodo indefinido al calificarla como “secreto comercial”.
63. En virtud de lo anterior, la Gerencia de Asesoría Jurídica señaló mediante Memorando N° 429-2021-GAJ-OSITRAN que, la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A. cumple con los requisitos de forma establecidos en el Reglamento de Confidencialidad, indicando que corresponde que el órgano competente emita pronunciamiento sobre el fondo de tal solicitud de confidencialidad.
64. Con relación a la evaluación de fondo, la Gerencia de Atención al Usuario analizó el carácter confidencial de la información presentada por Inca Rail S.A. respecto a:
 - (i) La capacidad máxima de usuarios que trasladan en la actualidad, y si dicha capacidad puede ser ampliada; y
 - (ii) Las proyecciones de la demanda del servicio de transporte ferroviario que la entidad tuviese al alcance.
65. Así, **con relación al numeral (i)** esta Gerencia considera que de acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente informe, **la información presentada por Inca Rail S.A. no califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial.** En ese sentido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad corresponde al Consejo Directivo denegar la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail mediante Carta N° 095-2021/DL.
66. **Con relación al numeral (ii)** esta Gerencia considera que **la información presentada por la empresa Inca Rail S.A. califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial,** de conformidad con el inciso b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad, toda vez que se trata de información que tiene un valor comercial para la empresa, cuya importancia para el desarrollo de su actividad económica la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a ella, siendo que su divulgación a terceros ajenos a la empresa podría ocasionarle un perjuicio.
67. En ese marco, y dado que la estimación de la demanda de pasajeros presentada por Inca Rail S.A. comprende un periodo determinado, se considera razonable que la información sea declarada confidencial hasta que concluya dicho periodo. Ello, sin perjuicio que el Consejo Directivo del Ositrán pueda retirar dicho carácter antes del vencimiento del plazo señalado, si la misma pierde la condición de secreto comercial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad.
68. Finalmente, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad, corresponde al Consejo Directivo declarar la confidencialidad de la información antes señalada, toda vez que el pedido de confidencialidad versa sobre secreto comercial.

VI. RECOMENDACIÓN

69. En atención a lo expuesto en el presente Informe, se recomienda a la Gerencia General del OSITRAN, de considerarlo conveniente, elevar el presente Informe al Consejo Directivo, así como los anexos que forman parte de este.

VII. ANEXOS

- (i) Resumen Ejecutivo del Informe que sustenta la opinión respecto a la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A.
- (ii) Proyecto de Acuerdo del Consejo Directivo del OSITRAN que resuelve la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A.
- (iii) Proyecto de Resolución de Consejo Directivo que resuelve la solicitud de confidencialidad presentada por la empresa Inca Rail S.A.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

BERTHA APARICIO YAMASHIRO

Gerente de Atención al Usuario (e)

Elaborado por : Gabriela Mendoza
NT : 2021102814