

**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° 0022-2022-CD-OSITRAN**

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Veronica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 09/06/2022
17:55:52 -0500

Lima, 08 de junio de 2022

VISTOS:

La Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG y adjuntos, recibidos el 20 de abril de 2022, complementados por las Cartas N° 362-2022-APMTC/LEG y N° 420-2022-APMTC/LEG del 04 y 13 de mayo de 2022, respectivamente, presentados por APM Terminals Callao S.A.; el Memorando N° 00226-2022-GAJ-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán del 18 de mayo de 2022; el Informe N° 00049-2022-GRE-OSITRAN de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán del 02 de junio de 2022; y,

CONSIDERANDO:

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 del Ositrán);

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 (en adelante, TUO de la Ley de Transparencia), norma que regula en su artículo 17 las excepciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública;

Que, mediante Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG, recibida el 20 de abril de 2022, APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT) presentó una solicitud para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial "Gasificado de contenedores llenos", adjuntando diversa información con el fin de dar cumplimiento a los requisitos exigidos por el numeral 17.2 del Reglamento General de Tarifas del Ositrán, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2021-CD-OSITRAN. Entre la información presentada, APMT remitió una cotización – referida a un servicio de características similares al servicio especial antes mencionado – de un depósito extraportuario extranjero para el cual solicitó que se declare su carácter confidencial (en adelante, la Cotización). Dicha Cotización se encuentra conformada por: (i) la información que identifica al depósito extraportuario extranjero emisor; (ii) el precio por el servicio de gasificado de contenedores *reefer*; y, (iii) la desagregación en tres (3) servicios que componen el servicio de gasificado de contenedores *reefer*, así como los precios cobrados por cada uno de ellos;

Que, mediante Oficio N° 00092-2022-GG-OSITRAN del 26 de abril de 2022, la Gerencia General del Ositrán solicitó a la Entidad Prestadora que cumpla con presentar su solicitud de confidencialidad según los requisitos establecidos en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán;

Que, luego de una prórroga solicitada por APMT para atender el requerimiento del párrafo precedente, la misma que fue concedida por la Gerencia General del Ositrán, la Entidad Prestadora remitió la Carta N° 362-2022-APMTC/LEG del 04 de mayo de 2022 con los requisitos establecidos en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán. Cabe mencionar que, en esta ocasión, APMT volvió a remitir la información íntegra de la Cotización;

Que, mediante correo electrónico de APMT del 06 de mayo de 2022, dicha Entidad Prestadora solicitó llevar a cabo una reunión sobre la solicitud de confidencialidad presentada. La reunión se realizó el 10 de mayo de 2022 y contó con la participación de los representantes de APMT, servidores de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán;

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 09/06/2022 09:16:58 -0500

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/06/2022 20:01:27 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 08/06/2022 18:09:20 -0500

Que, mediante Oficio N° 00156-2022-GG-OSITRAN del 11 de mayo de 2022, la Gerencia General del Ositrán solicitó que APMT precise las razones por las cuales solicitó la confidencialidad de la información, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán. La Entidad Prestadora absolvió este pedido mediante la Carta N° 420-2022-APMTC/LEG del 13 de mayo de 2022, precisando, entre otros, que solicita la confidencialidad de la información bajo el supuesto de secreto comercial. Debe señalarse que, con motivo de esta comunicación, APMT volvió a remitir la identificación del depósito extraportuario extranjero que emitió la Cotización;

Que, a través del Memorando N° 0226-2022-GAJ-OSITRAN del 18 de mayo de 2022, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán señaló que la solicitud de confidencialidad presentada por APMT cumple con los requisitos de forma establecidos en el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, correspondiendo que el órgano competente emita su pronunciamiento sobre el fondo de dicha solicitud;

Que, de conformidad con el literal b) del artículo 6 del referido Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, el secreto comercial es uno de los criterios por los cuales se determina que la información puede declararse confidencial. Ello, en concordancia con el inciso 2 del artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia;

Que, el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán señala que el Consejo Directivo del Organismo Regulador es el órgano competente para calificar la información considerada como secreto comercial o secreto industrial, tanto en primera como en segunda instancia. Dicha disposición es compatible con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM;

Que, el Informe N° 00049-2022-GRE-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán concluye que únicamente corresponde declarar la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, de la identificación del depósito extraportuario extranjero que emitió la Cotización presentada por APMT, de conformidad con el inciso b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán;

Que, el mencionado informe concluye también que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, resulta razonable que la información señalada en el párrafo precedente se mantenga confidencial por un periodo indeterminado. Ello, sin perjuicio que, en aplicación de dicho artículo, el Consejo Directivo del Ositrán pueda determinar posteriormente la pérdida de dicho carácter confidencial;

Que, luego de revisar y discutir el informe de vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho informe, razón por la cual lo hace suyo y lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

De conformidad con el Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 766-2022-CD-OSITRAN, de fecha 8 de junio de 2022;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, de la identificación del depósito extraportuario extranjero que emitió la Cotización presentada por APM Terminals Callao S.A. mediante Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG y adjuntos, así como a través de las Cartas N° 362-2022-APMTC/LEG y N° 420-2022-APMTC/LEG.

Artículo 2°.- Denegar el pedido de confidencialidad de la información relativa al precio por el servicio de gasificado de contenedores *reefer* y la desagregación en tres (3) servicios que componen el servicio de gasificado de contenedores *reefer*, así como los precios cobrados por cada uno de ellos, presentes en la Carta N° 0336-2022 APMTTC/LEG y adjuntos, así como en la Carta N° 362-2022-APMTTC/LEG.

Artículo 3°.- Disponer que se mantenga la confidencialidad de la información a la que se refiere el Artículo 1° por un periodo indeterminado. Ello, sin perjuicio de que, en aplicación del artículo 24 del Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante el Ositrán, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias, el Consejo Directivo del Ositrán pueda determinar posteriormente la pérdida del carácter confidencial.

Artículo 4°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 00049-2022-GRE-OSITRAN a APM Terminals Callao S.A.

Artículo 5°.- Disponer la difusión de la presente resolución, así como del Informe N° 00049-2022-GRE-OSITRAN en el portal institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano (<https://www.gob.pe/ositrان>).

Regístrese y comuníquese

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo

NT: 2022057115

INFORME N° 00049-2022-GRE-OSITRAN

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

Asunto : Solicitud de confidencialidad de la información presentada por APM Terminals Callao S.A.

Fecha : 02 de junio de 2022

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 02/06/2022
17:18:04 -0500

I. OBJETIVO

1. Emitir opinión respecto de la solicitud de confidencialidad presentada por APM Terminals Callao S.A., con relación a la cotización de un depósito extraportuario extranjero remitida a través de la Carta N° 0336-2022 APMT/LEG recibida el 20 de abril de 2022, en el marco de su solicitud de inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” efectuado mediante la carta antes mencionada.

II. ANTECEDENTES

2. El 11 de mayo de 2011, APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT, el Concesionario o la Entidad Prestadora) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, actuando a través de la Autoridad Portuaria Nacional, suscribieron el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación (en adelante, el Contrato de Concesión) del Terminal Norte Multipropósito del Callao (en adelante, TNM).
3. El 20 de abril de 2022, mediante Carta N° 0336-2022 APMT/LEG, la Entidad Prestadora presentó una solicitud para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, adjuntando diversa información con el fin de dar cumplimiento a los requisitos exigidos por el numeral 17.2 del Reglamento General de Tarifas del Ositrán (en adelante, RETA)¹. Entre la información presentada, APMT brindó una cotización – referida a un servicio de características similares al servicio especial antes mencionado – de un depósito extraportuario extranjero para el cual solicitó que se declare su carácter confidencial (en adelante, la Cotización). Dicha Cotización se encuentra conformada por: (i) la información que identifica al depósito extraportuario extranjero emisor; (ii) el precio por el servicio de gasificado de contenedores *reefer*; y, (iii) la desagregación en tres (3) servicios que componen el servicio de gasificado de contenedores *reefer*, así como los precios cobrados por cada uno de ellos.
4. Mediante Oficio N° 00092-2022-GG-OSITRAN del 26 de abril de 2022, la Gerencia General del Ositrán solicitó a APMT que cumpla con presentar su solicitud de confidencialidad según los requisitos establecidos en el artículo 9 del Reglamento para la determinación, ingreso, registro y resguardo de la Información Confidencial presentada ante Ositrán (en adelante, Reglamento de Confidencialidad del Ositrán) aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias. Para tales efectos, se le concedió a la Entidad Prestadora un plazo de tres (3) días hábiles.
5. Mediante Carta N° 380-2022-APMT/LEG del 27 de abril de 2022, el Concesionario solicitó que le concedan un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para atender el requerimiento contenido en el Oficio N° 00092-2022-GG-OSITRAN.
6. En respuesta a la Carta N° 380-2022-APMT/LEG, a través del Oficio N° 00115-2022-GG-OSITRAN del 02 de mayo de 2022, la Gerencia General del Ositrán otorgó un plazo de prórroga de tres (3) días, en consecuencia, se fijó como nueva fecha de vencimiento para atender el requerimiento del Oficio N° 00092-2022-GG-OSITRAN, el 05 de mayo de 2022.

Visado por: DAGA LAZARO Roberto
Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 02/06/2022 18:20:33 -0500

Visado por: CALDAS CABRERA
Daisy Melina FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 02/06/2022 17:11:56 -0500

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Eliana FIR 43034136 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 02/06/2022 16:45:51 -0500

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2021-CD-OSITRAN.

Visado por: LEON ROSALES Kimberly
Lucero FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 02/06/2022 16:33:26 -0500

7. Por intermedio de la Carta N° 362-2022-APMTC/LEG del 04 de mayo de 2022, el Concesionario presentó su solicitud de declaración de confidencialidad atendiendo a los requisitos establecidos en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán². Cabe mencionar que, en esta ocasión, APMT volvió a remitir la información íntegra de la Cotización.
8. Mediante correo electrónico de APMT del 06 de mayo de 2022, dicha Entidad Prestadora solicitó llevar a cabo una reunión sobre la solicitud de confidencialidad presentada.
9. El 10 de mayo de 2022 se llevó a cabo la reunión solicitada por el Concesionario³. En dicha reunión participaron representantes de APMT, funcionarios de esta Gerencia y de la Gerencia de Asesoría Jurídica.
10. Mediante Oficio N° 00156-2022-GG-OSITRAN del 11 de mayo de 2022, la Gerencia General del Ositrán solicitó que la Entidad Prestadora cumpla con señalar las razones por las cuales se solicita la confidencialidad de la información, conforme a lo establecido en el artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, disponiendo que dicho requerimiento sea absuelto en un plazo de tres (3) días hábiles.
11. Por intermedio de la Carta N° 420-2022-APMTC/LEG del 13 de mayo de 2022, la Entidad Prestadora absolvió el requerimiento contenido en el Oficio N° 00156-2022-GG-OSITRAN. Debe señalarse que, con motivo de esta comunicación, APMT volvió a remitir la identificación del depósito extraportuario extranjero que emitió la Cotización.
12. Mediante Memorando N° 00226-2022-GAJ-OSITRAN del 18 de mayo de 2022, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán informó a esta Gerencia que la solicitud presentada por APMT cumple con los requisitos de forma previstos en el Reglamento de Confidencialidad, por lo que corresponde realizar la evaluación de fondo de dicha solicitud.

III. ANÁLISIS

3.1 Evaluación de los requisitos de forma de la solicitud de confidencialidad

13. El artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán establece lo siguiente:

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

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

- a) Resumen o listado de la información presentada.*
- b) Motivo por el cual se presenta la información.*
- c) Razones por las cuales se solicita la declaración de documentación confidencial y el perjuicio que su divulgación causaría a la Entidad Prestadora o al tercero.*
- d) Período durante el cual la información debe ser mantenida como Confidencial, en caso de que sea posible determinar dicho periodo”.*

14. Como se ha indicado en la sección de antecedentes del presente Informe, mediante el Memorando N° 00226-2022-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica ha indicado que la solicitud de confidencialidad presentada por APMT cumple con los requisitos de forma señalados en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, por lo que corresponde al órgano competente emitir pronunciamiento sobre el fondo de dicha solicitud, en aplicación del artículo 13 del mencionado Reglamento.

3.2 Justificación del pedido de confidencialidad

² Además, en esta oportunidad, el Concesionario precisó que su pedido de confidencialidad se encuentra referido únicamente a la cotización de un depósito extraportuario extranjero.

³ En esta reunión, el Concesionario precisó la materia de su solicitud de confidencialidad, según se explicó en el pie de página 2 del presente informe.

15. El Concesionario justificó su pedido de confidencialidad señalando que la Cotización no es información pública, debiendo ser declarada confidencial. Además, mencionó que su divulgación puede causar un perjuicio económico al depósito extraportuario extranjero que proporcionó dicha Cotización y, en consecuencia, a APMT, debido a la relación comercial que mantiene con esta última.
16. Asimismo, APMT señaló que la información se encuentra protegida por secreto comercial, conforme a lo previsto en el inciso b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán. Específicamente, señaló lo siguiente:

*“En ese sentido, cumplimos con indicar que se solicita la confidencialidad de la información en tanto esta constituye información protegida por el **secreto comercial**, previsto en el inciso b) del Artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del OSITRAN, como criterio a ser considerado por el Regulador para la calificación de las solicitudes”.*

[Énfasis original y se ha omitido el pie de página].

17. Adicionalmente, el Concesionario señaló que la información se encuentra protegida “desde la perspectiva de la propiedad intelectual y vinculada a aspectos de competencia”. En efecto, respecto a la propiedad intelectual, APMT señaló que la Cotización:

“(…) incluye la descripción del servicio, los detalles que lo componen, así como el precio asociado a cada componente, información que no es de público conocimiento, sino exclusivamente de quienes contraten o pretendan contratar los servicios de este depósito. Detalles que, de ser revelados, implicarían una vulneración del know-how de las actividades de este depósito temporal”.

18. APMT indicó que, en ese sentido, la información se encuentra protegida en los términos establecidos en el artículo 260 Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comisión de la Comunidad Andina. Dicho artículo refiere que se considera como secreto empresarial cualquier información no divulgada que pueda usarse en una actividad productiva, industrial o comercial, susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que la información sea: a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y, c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.
19. Al respecto, el Concesionario indicó que la Cotización cumple con los tres requisitos, según como se puede observar a continuación:

“a) Es secreta, como fue mencionado previamente, esta no es de público conocimiento y solo es compartida con las personas o empresas con legítimo interés en contratar sus servicios o quienes los hayan contratado propiamente.

b) Tiene valor comercial por su calidad de reservada, al evidenciar los componentes del servicio se evidenciaría el know how de [la empresa que emitió la Cotización] en la prestación del servicio de gasificado, en tanto la manera específica en la que este depósito presta el servicio a través de los elementos que conforman el servicio constituyen propiamente el valor del servicio prestado.

c) Que haya sido objeto de medidas razonables por su legítimo poseedor por mantenerla secreta, como fue mencionado previamente, esta información no forma parte de información pública, sino que es compartida exclusivamente con clientes y potenciales clientes en el marco de relaciones comerciales y no en un intercambio indiscriminado de información. Por último, cumple con el último requisito de tratarse de información sobre la forma de prestación de servicios de [la empresa que emitió la Cotización]”.

20. Por otro lado, respecto a la perspectiva de la libre competencia, APMT señaló que la publicación de la información comercial de la empresa que emitió la Cotización puede ser obtenida por parte de sus competidores, implicando una vulneración a las condiciones de competencia en las que dicha empresa se desarrolla, en tanto tales competidores,

teniendo acceso a la política de precios y subprecios asociados a los componentes del servicio, podrían fijar precios inferiores incurriendo en prácticas anticompetitivas.

21. El Concesionario formuló el sustento de su posición en lo señalado por los Lineamientos de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, CLC) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), indicando que dicho documento reconoce de manera expresa que puede ser declarada como información confidencial, aquella que verse sobre ventas que evidencian *“condiciones de venta/comercialización”* cuando estas revelan *“las políticas y estrategias comerciales utilizadas por la empresa solicitante para competir en el mercado. Asimismo, cuando podría mostrar información específica sobre las condiciones comerciales pactadas con sus clientes. No será considerada confidencial cuando se presente de manera genérica y no detalle aspectos específicos de su política comercial”*; así como información sobre producción que constituya *“el proceso productivo”* cuando esta *“detalla el modo en el que la empresa solicitante emplea sus recursos (insumos, capital, maquinaria, etc.) para desarrollar su actividad comercial. Asimismo, refleja aspectos particulares de su actividad de producción como el know how”*. A juicio de APMT, esto sucedería en el presente caso, en tanto la Cotización evidencia cómo la empresa que la emitió ha estructurado el servicio a fin de competir en el mercado y cómo lista los elementos del servicio de gasificado.
22. Adicionalmente, el Concesionario añadió que, considerando que inclusive en investigaciones de posibles infracciones, la autoridad de competencia busca resguardar cierta información de las empresas, resulta aún más necesario la protección de la información comercial incluida en su propuesta tarifaria dentro de un proceso de fijación de precios como el iniciado a través de la Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG.

3.3 Órgano competente para resolver el pedido de confidencialidad

23. De acuerdo con el numeral 7 del artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM del 28 de febrero de 2015 (en adelante, ROF), la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos tiene como función resolver las solicitudes de información confidencial no referidas a secreto comercial o industrial, en el ámbito de sus competencias, conforme a la normativa de la materia.
24. Por su parte, el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán establece que corresponde al Consejo Directivo del este Organismo Regulador actuar en primera y segunda instancia administrativa para resolver los pedidos de confidencialidad que versen sobre secreto comercial o industrial. Dicha disposición es concordante con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.
25. Así, en la medida que el pedido de confidencialidad presentado por APMT se sustenta en que la información se encuentra protegida por secreto comercial, corresponde al Consejo Directivo del Ositrán decidir sobre dicha solicitud. Para tal efecto, corresponde a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos emitir opinión sobre dicha solicitud de confidencialidad, a efectos de que el Consejo Directivo adopte una decisión sobre el particular.

3.4 Marco normativo para evaluar el pedido de confidencialidad

26. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de Confidencialidad, las Entidades Prestadoras o los terceros tendrán el derecho a solicitar que determinada información que presenten al Ositrán que consideren confidencial sea declarada como tal, siendo responsabilidad de estas el requerirlo de acuerdo con lo dispuesto en dicho Reglamento, tal como se cita a continuación:

“Artículo 3.- Derecho a solicitar la confidencialidad de la información presentada.

*Las Entidades Prestadoras o los terceros tendrán el derecho a solicitar que determinada información que presenten a OSITRAN que consideren confidencial, sea declarada como tal, **siendo responsabilidad de éstas el requerirlo de acuerdo con lo dispuesto en el presente Reglamento.***

Corresponde a OSITRAN declarar que determinada información no es confidencial, a pesar de haberse solicitado que sea declarada como tal”.

[Énfasis agregado].

27. En línea con lo dispuesto en el artículo 3 antes citado, el artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad establece que, en caso las Entidades Prestadoras o terceros proporcionen información al Ositrán sin formular un pedido de confidencialidad, dicha información será considerada pública, conforme se observa a continuación:

“Artículo 8.- Información Pública.

Toda información suministrada por las Entidades Prestadoras o por terceros que no haya sido solicitada como confidencial, será pública”.

28. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Reglamento de Confidencialidad, “*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 6° del presente Reglamento*”.
29. Por su parte, el literal b) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad establece como uno de los supuestos por los cuales la información puede ser declarada confidencial, aquella información que se encuentre protegida por secreto comercial. Específicamente, dicho artículo señala lo siguiente:

“Artículo 6.- Criterios para la clasificación de la información como confidencial

A fin de determinar si la información presentada por las Entidades Prestadoras, o por terceros debe ser declarada como información confidencial, se tomarán en consideración los siguientes criterios:

(...)

*b. La información protegida por el secreto bancario, tributario, **comercial**, industrial, tecnológico y bursátil.*

(...)”

[Énfasis agregado.]

30. La referida disposición reglamentaria se encuentra en línea con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS (en adelante, TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública). En efecto, el artículo 3 del citado TUO recoge el principio de publicidad, según el cual, toda información que posee una entidad del Estado se presume pública, estando dicha entidad obligada a entregar la referida información a las personas que la soliciten; sin embargo, su artículo 17 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”.*

[Énfasis agregado.]

31. Por tanto, de acuerdo con la normativa antes citada, la regla general es que la información que poseen las entidades del Estado, incluyendo aquella entregada por parte de los administrados, tiene carácter público; sin embargo, la misma normativa admite excepciones destinadas a proteger, tanto a la entidad, como a los administrados, de daños que podrían ser causados por la divulgación de cierta información confidencial. Tal es el caso de la información que se encuentra protegida por el secreto comercial.
32. Dicho esto, a continuación, se procederá a analizar si, como ha sido alegado por APMT, la información que presentó califica como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial.

3.5 Sobre el carácter confidencial bajo el supuesto de secreto comercial

33. Cabe indicar que, ni el Reglamento de Confidencialidad, ni el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establecen una definición de lo que constituye un secreto comercial. Siendo ello así, corresponde remitirse a definiciones y conceptos desarrollados en la normativa y lineamientos que existen sobre la materia.
34. En tal sentido, resulta útil citar a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo de las Naciones Unidas, que ha señalado lo siguiente respecto al secreto comercial:

“Por lo general, toda información comercial confidencial que otorgue a una empresa una ventaja competitiva y sea desconocida para otros puede estar protegida como secreto comercial. Los secretos comerciales abarcan tanto la información técnica, tal como la información relativa a los métodos de fabricación, los datos de prueba de productos farmacéuticos, los diseños y dibujos de programas informáticos, como la información comercial, tal como los métodos de distribución, la lista de proveedores y clientes y las estrategias publicitarias.

Un secreto comercial también puede ser una combinación de elementos, que por separado forman parte del dominio público, pero cuya combinación, que se mantiene en secreto, constituye una ventaja competitiva.

Otros ejemplos de información que puede estar protegida por secretos comerciales incluyen la información financiera, las fórmulas y las recetas, y los códigos fuente”.⁴

[Énfasis agregado.]

35. Por su parte, el artículo 40.2 del Decreto Legislativo N° 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, señala lo siguiente respecto a la información que califica como secreto comercial:

“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**”.*

[Énfasis agregado.]

⁴ Ver: < <https://www.wipo.int/tradesecrets/es/>> (último acceso: 11 de mayo de 2022).

36. Asimismo, la CLC del Indecopi aprobó los Lineamientos sobre Confidencialidad de la CLC⁵, señalando lo siguiente con respecto al secreto comercial⁶:

*“(…) 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 ella⁷. **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 (…).”

[Énfasis agregado.]

37. Los Lineamientos de Confidencialidad de la CLC del Indecopi precisan también que no procede la declaratoria de confidencialidad si la información ha sido previamente divulgada. Al respecto, dichos Lineamientos señalan 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.]

38. En la misma línea, la Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales 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;*

(…)”

[Énfasis agregado.]

39. En ese sentido, de acuerdo con la normativa y lineamientos anteriormente desarrollados, para que una información se encuentre protegida por el secreto comercial, debe tratarse de información cuya importancia para el desarrollo de la actividad económica de la

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

⁶ De manera similar a lo establecido en el artículo 40.2 del Decreto Legislativo 1044, el artículo 32.1 del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Representación de Conductas Anticompetitivas, establece lo siguiente:

“ Artículo 32.- Información confidencial.-

32.1. A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Secretaría Técnica o la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto comercial o industrial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. La solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial o industrial será concedida, siempre que:

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

empresa, la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros. Asimismo, posee un valor comercial, efectivo o potencial, por lo que su divulgación podría generar que terceros ajenos a la empresa adquieran una situación de ventaja competitiva que no habría sido adquirida por su propia eficiencia.

3.6 Del análisis de la solicitud de confidencialidad presentada por APMT

40. De la revisión de la Cotización, se advierte que esta se encuentra referida a:

- a) La información que identifica al depósito extraportuario que emitió la Cotización.
- b) El precio establecido por el depósito extraportuario por el servicio de gasificado de contenedores *reefer*.
- c) La desagregación en tres (3) servicios que componen el servicio de gasificado de contenedores *reefer* en el depósito extraportuario que emitió la Cotización y los precios cobrados por cada uno de ellos.

3.6.1 Sobre si la información de la Cotización ha sido previamente divulgada

- 41. Como se mencionó en el capítulo precedente, para que la información presentada por los administrados sea declarada confidencial, entre otros, ella no debe haber sido previamente divulgada, pues, claramente, de haber ocurrido ello, la información no podría tener carácter confidencial.
- 42. Asimismo, respecto a la información para la cual se solicita su confidencialidad, los administrados muestran una actitud de reserva. Al respecto, dicha actitud se observa incluso a partir de la forma en la que dicha información ingresa a la Administración Pública, por ejemplo, señalando y protegiendo el carácter confidencial de la información proporcionada.
- 43. En esa línea, el artículo 3 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán establece que es responsabilidad del administrado solicitar que la información proporcionada sea declarada confidencial pues, de lo contrario, dicha información recibirá el tratamiento de información pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de dicha norma.
- 44. En el presente caso, respecto a la previa divulgación, no se tiene evidencia de que la Cotización haya sido divulgada con anterioridad; por el contrario, en la página web del depósito extraportuario que emitió la Cotización se observa la existencia de un servicio semejante, no obstante, no se indican los valores individuales (precios) de los tres componentes del servicio.
- 45. De igual manera, se observa que el Concesionario ha adoptado la debida diligencia al presentar la información al Ositrán, solicitando – en la oportunidad que ingresó la información – que la misma sea declarada confidencial. Aún más, el Concesionario atendió los requerimientos cursados por la Gerencia General del Ositrán con el fin de subsanar los requisitos que debe cumplir su solicitud de confidencialidad, lo cual denota la intención de mantener en reserva la información.
- 46. En consecuencia, con base en las fuentes de información disponibles, no se tiene evidencia que la información objeto de la solicitud de confidencialidad haya sido previamente divulgada y, por el contrario, se observa la actitud del Concesionario de mantener en reserva dicha información.

3.6.2 Sobre la evaluación del secreto comercial de la información de la Cotización

- 47. El Concesionario ha sustentado su solicitud de declaración de información confidencial indicando que la Cotización califica como información protegida por el secreto comercial, bajo los siguientes argumentos:

- (i) La Cotización se encuentra protegida desde la perspectiva de la propiedad intelectual porque cumple con los requisitos establecidos en la Decisión 486 al ser secreta, tener un valor comercial derivado de la presencia de componentes que de divulgarse revelarían el *know how* de la empresa que emitió la Cotización, y por haber sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta.
 - (ii) La Cotización se encuentra protegida desde la perspectiva de la libre competencia, dado que a partir de su divulgación, los competidores del depósito extraportuario podrían fijar precios inferiores, incurriendo en prácticas anticompetitivas, afectando la relación comercial que tiene APMT con dicho depósito.
 - (iii) Resulta aún más necesario proteger la Cotización dentro del proceso de fijación de precios que ha solicitado iniciar APMT a través de la Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG, pues inclusive la autoridad de competencia protege dicha información en investigaciones de posibles infracciones.
48. Respecto al **punto (i)**, resulta conveniente tener en consideración que, de acuerdo al artículo 260 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, la información de un secreto empresarial debe estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios. Asimismo, debe cumplir con ser información secreta, que posea un valor comercial y haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.
49. De manera concurrente, el artículo 260 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina establece que la información no debe haber sido divulgada, debe poseerse legítimamente, debe ser susceptible de transmitirse a un tercero y debe poder usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial.
50. Al respecto, la Guía Práctica para la Protección mediante Secretos Empresariales del Indecopi⁸, con base en la práctica de dicha entidad en materia de libre competencia, ha desarrollado la protección de los secretos empresariales otorgada por la Decisión 486 de la Comunidad Andina según lo siguiente:
- a. La información debe ser secreta: Significa que la información debe ser reservada para una persona o un grupo de personas que, en estricto cumplimiento de sus funciones, deben tener conocimiento de la información, siendo lo importante, ocultarla del personal no vinculado para su obtención y de actores externos. Así, toda información que se encuentre en el dominio público, es decir, que sea conocida o fácilmente accesible por quienes están en los círculos que normalmente manejan la información respectiva, no puede constituirse en secreto empresarial.
 - b. La información debe poseer valor comercial: Significa que el uso de esa información puede generar un provecho económico para quien la explote, dado que se trata de una ventaja frente a los competidores que desconocen dicha información. Dicha ventaja es la que genera que la información tenga valor.
 - c. La información debe contar con medidas razonables de protección: Significa que, por ejemplo, se han tomado medidas como las cláusulas de confidencialidad en contratos, convenios o correos suscritos o dirigidos a trabajadores, proveedores, clientes, socios, accionistas, entre otros. O, si se han

⁸ Disponible en:
<<https://www.patenta.pe/documents/2487468/2487652/GUIA+SECRETO+EMPRESARIAL.pdf/76b2fb4b-3e91-bf7b-4695-b54eecd5c1d>>.

llevado a cabo capacitaciones sobre la confidencialidad de la información reservada, o se han establecido barreras digitales o físicas para el acceso a la información, entre otros.

51. En el presente caso, pese a que el Concesionario ha argumentado que los componentes del servicio revelan el *know how* del proceso productivo del servicio de gasificado de contenedores provisto por el depósito extraportuario, en realidad, dicha información (componentes del servicio) no es secreta, pues en la página web del depósito extraportuario se observa la mención a dos de ellos y, además, porque forma parte de los usos comerciales del servicio de gasificado de contenedores (también llamado, servicio de atmósfera adecuada).
52. Así, en el tráfico mercantil de contenedores *reefer* que reciben el servicio de gasificado se espera razonablemente recibir alguno o todos los servicios según lo ofrecido por el proveedor y los precios que este determine.
53. En ese sentido, se aprecia que los componentes del servicio de gasificado presentes en la Cotización, como tales, no revelan información secreta del *know how* del depósito extraportuario, en tanto forma parte del uso comercial que el gasificado de contenedores se encuentre relacionado a la inyección de gases, en algunos casos con todos los servicios o con algunos de ellos.
54. Por dicha razón, según lo desarrollado por la Guía Práctica para la Protección mediante Secretos Empresariales del Indecopi, se observa que la información de los componentes del servicio de gasificado de contenedores, como tales, contrariamente a lo argumentado por el Concesionario, no revela una información que en sí misma pueda ser objeto de aprovechamiento económico por otros competidores, por el contrario, como se ha señalado anteriormente, su inclusión o no forma parte de los usos comerciales de esta práctica de transporte marítimo.
55. En consecuencia, en contraste a lo argumentado por el Concesionario, los componentes del servicio de gasificado de contenedores no se constituyen como secretos empresariales a la luz de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, por lo que este extremo de la posición de APMT deviene en infundado.
56. Respecto al **punto (ii)**, el Concesionario ha señalado que la política de precios del servicio de gasificado de contenedores y de sus componentes presentes en la Cotización forma parte del secreto comercial de APMT en tanto su divulgación perjudicaría la relación comercial que el Concesionario posee con el depósito extraportuario que emitió la Cotización. Ello en la medida que su divulgación representaría una ventaja para los competidores del segundo, quienes fijarían precios menores, afectando las condiciones de competencia en donde este desarrolla sus actividades.
57. Sobre ello, si bien la información del precio del servicio de gasificado de contenedores y sus componentes presentes en la Cotización, no revelan el *know how* ni la forma en la que la empresa en cuestión emplea sus recursos, sí se trata de precios particulares que dicha empresa ha brindado a APMT en razón de su relación comercial, no siendo difundida ni ofertada públicamente, sino a una persona natural o jurídica de manera particular, en este caso, el Concesionario.
58. En efecto, de divulgarse la información, podría conocerse que dicho depósito extraportuario podría brindar el servicio y sus componentes según el detalle contenido en la Cotización, generando que un competidor de tal depósito ofrezca dichos servicios a un menor precio a partir de información que no consiguió por su propia eficiencia, obteniendo una ventaja en el mercado que perjudica el desarrollo competitivo de dicho depósito y mermando la relación comercial que tiene con APMT, perjudicando, en consecuencia, a este último también.
59. Ahora bien, debe tenerse en cuenta el contexto en el cual APMT ha presentado la mencionada Cotización, esto es, en el marco de su solicitud de inicio de un procedimiento

de fijación tarifaria para el Servicio Especial Gasificado de contenedores llenos. En efecto, resulta conveniente indicar que la información de la Cotización ha sido presentada por APMT con el fin de sustentar una tarifa para el referido servicio basado en la metodología de tarificación comparativa o *benchmarking*, contemplado en el artículo 16 del RETA. Dicha metodología, según lo desarrollado por el Anexo I del RETA, consiste en establecer un nivel tarifario a partir de comparaciones nacionales o internacionales de los costos o niveles tarifarios de infraestructuras con características similares y/o que presten un servicio similar.

60. Así, tratándose de la solicitud para el inicio de un procedimiento de fijación tarifaria, debe tenerse presente lo señalado por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública a través de la Resolución N° 010300782019 de fecha 8 de marzo de 2019. En el caso visto por dicho Tribunal, este revocó la decisión del Ositrán de denegar a un administrado el acceso a los Estados Financieros que proporcionó una empresa concesionaria en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria por considerar que la misma se encontraba protegida por el secreto bancario. En dicho pronunciamiento, el Tribunal de Transparencia señaló lo siguiente:

*“Ahora bien, conforme a lo expuesto por las partes y las sentencias constitucionales anteriormente citadas, es pertinente señalar que si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que los Estados Financieros están conformados, entre otros, por el Balance General que contiene las Subcuentas 104, 105 y 106 de la Cuenta del Activo N° 10, en las cuales se incluye datos numéricos acumulados de operaciones pasivas bancarias protegidas por el secreto bancario, **dicha calificación no es suficiente para determinar su reserva o publicidad**, pues en el caso concreto de la Sentencia N° 02838-2009-PHD/TC el referido colegiado realizó -además- una ponderación entre los derechos fundamentales en juego y un análisis de la justificación de la norma en cuestión, siendo importante precisar que en dicho expediente se analizó la solicitud de información financiera y bancaria de empresas privadas que no se encontraban sujetas a supervisión, control o determinación de precios o tarifas. Similar situación ocurre con la Sentencia N° 00009-2014-PI/TC, pues no existió justificación para considerar información pública los Estados Financieros de las empresas que habían decidido no intervenir en el mercado de la bolsa de valores.*

Por otro lado, han sido reiterativos los pronunciamientos constitucionales en el sentido que le corresponde al Estado, a través de los organismos reguladores, intervenir en el correcto funcionamiento del mercado en aquellos casos que existan circunstancias excepcionales de monopolio de un servicio público a través de una concesión, actuando tales instituciones como entes fiscalizadores de los servicios ofrecidos por las empresas privadas, así como de los precios o tarifas que deben sufragar los consumidores y usuarios, garantizando para ello la participación de la sociedad mediante la transparencia y acceso a la información relacionada con los servicios prestados, las tarifas y las funciones administrativas realizadas por las empresas privadas que han asumido la prestación de los servicios públicos.

En el caso que nos ocupa, resulta evidente la posición monopólica de Lima Airport Partners S.R.L. en la prestación del servicio público de infraestructura aeroportuaria a través del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, razón por la cual OSITRAN actúa como organismo regulador no solo de la calidad del servicio prestado, sino también con garante de la fijación de las tarifas de los servicios prestados, debiendo advertir que, a diferencia de las empresas que decidieron no intervenir en el negocio de la bolsa de valores, ha sido la empresa privada quien decidió voluntariamente participar de una función que en principio le corresponde al Estado, de modo que actuando bajo la figura de concesión presta hoy un servicio de naturaleza pública, y en tal medida, le corresponde asumir los beneficios económicos del negocio así como los pasivos, deberes y obligaciones que le corresponderían al Estado en un escenario de prestación directa de servicios públicos.

Por otro lado, es de suma relevancia la función de la entidad reguladora de eliminar las distorsiones económicas y competitivas del mercado mediante la fijación de tarifas, pues a través de una simulación de condiciones de competitividad mediante la aplicación de un procedimiento de determinación de tarifas, que incluye el procesamiento de información económica, financiera, bancaria y la aplicación de fórmulas, se determina las tarifas que serán asumidas por los usuarios de los respectivos servicios.

En tal sentido, siendo que los consumidores finales soportan el pago de tales tarifas por un servicio público que por la concesión otorgada es prestado por un particular, estos tienen el derecho de contar con toda la información relacionada con la tarifa, debiendo entenderse como tal el acceso a la documentación y data que sustenta la determinación tarifaria formulada por el organismo regulador, tal como fue expuesto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 00390-2007-HD.

En efecto, sostener que los usuarios de un servicio público prestado por una empresa privada sólo puede acceder a conocer la tarifa del servicio, es una interpretación absolutamente restrictiva, limitada y alejada de los criterios constitucionales antes citados, pues ello implicaría afectar los principios de imparcialidad y transparencia, además de los derechos de los consumidores en un Estado Social de Derecho, pues ante una actuación errónea del organismo regulador, el usuario del servicio se encontraría desprotegido e imposibilitado de discutir la determinación tarifaria, más aún cuando el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente en la Sentencia N° 0008- 2003-AI, que en alguna oportunidad los organismos reguladores no ejercieron adecuadamente sus funciones, siendo que dentro de ellas se incluye la fijación tarifaria a un costo razonable. Asimismo, es necesario apuntar que el secreto bancario no constituye parte del contenido esencial del derecho a la intimidad, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en las Sentencias N° 02838-2009-PHD/TC y 0004- 2004-AI/TC, y como tal, admite limitaciones al secreto bancario en la medida que tales restricciones se ajusten a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y ponderación de derechos fundamentales.

Asimismo, es pertinente advertir que, concordante con la posición del Tribunal Constitucional en el sentido que el secreto bancario no es absoluto, existen situaciones particulares en que la información de los Estados Financieros de empresas privadas constituye información pública, como ocurre con las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores (Decreto Legislativo N° 861 - Ley de Mercado de Valores), las entidades financieras (Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), y las universidades privadas (Ley N° 30220 - Ley Universitaria), entre otras.

(...)"

[Énfasis y subrayado agregados].

61. Como se puede apreciar, en dicho caso el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública reconoció que los organismos reguladores – como es el Ositrán – actúan como entes fiscalizadores de los servicios ofrecidos por las empresas concesionarias, así como de los precios o tarifas que deben sufragar los usuarios, debiendo garantizar la participación de la sociedad mediante la transparencia y acceso a la información relacionada con los servicios prestados, las tarifas y las funciones administrativas realizadas por las empresas privadas que voluntariamente han asumido la prestación de los servicios públicos.
62. Luego, a partir de esa premisa, señaló que el secreto bancario, en virtud del cual se había denegado el acceso a la información, no era un derecho absoluto. Así, explicó que, en la sentencia recaída en el Expediente N° 02838-2009-PHD/TC – empleada como fundamento por este Organismo Regulador para denegar el acceso a los Estados Financieros presentados por una empresa concesionaria – se realizó una ponderación entre los derechos fundamentales en juego, a efectos de determinar la reserva o publicidad de la información.
63. Siguiendo dicho criterio de ponderación, en el caso evaluado por el mencionado Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, este estimó que, debido a que la información había sido presentada en el marco de un procedimiento tarifario y que la misma era relevante para la determinación de la tarifa, resultaba importante que los usuarios pudieran acceder a ella, a fin de garantizar su derecho de participación en el procedimiento tarifario, más aún cuando los usuarios tienen derecho a impugnar la determinación de la tarifa que realiza el Ositrán.
64. En esencia, a partir del pronunciamiento del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se desprende que, como regla general, rige el principio de publicidad para la información que posea la Administración Pública y, como excepción, cierta

información puede tener carácter confidencial, siempre que no sea un impedimento para que los usuarios puedan ejercer su derecho a participar en el procedimiento tarifario.

65. En el presente caso, resulta de aplicación el criterio señalado en el párrafo precedente, puesto que APMT ha presentado la información con miras a una potencial fijación tarifaria del Servicio Especial Gasificado de contenedores llenos, bajo la metodología de tarificación comparativa o *benchmarking*, la misma que precisa de una comparación entre las cotizaciones/precios recabados de otros proveedores del servicio en cuestión. Así, dada la metodología propuesta por el propio Concesionario – la misma que será evaluada y contrastada en el correspondiente pronunciamiento de este Organismo Regulador con relación a la solicitud de inicio del procedimiento de fijación tarifaria – resulta relevante que los usuarios tengan acceso a los valores objeto de la comparación que ha planteado APMT.
66. En ese sentido, en atención a las consideraciones esbozadas en torno al carácter de secreto comercial de la Cotización (precio del servicio y sus componentes y la identificación del depósito extraportuario), las consecuencias de su divulgación y su relevancia en el eventual procedimiento de fijación tarifaria bajo la metodología propuesta por APMT, resulta razonable mantener la confidencialidad de la identificación del depósito extraportuario que emitió la Cotización. De esa manera, se evita que la divulgación de los precios de cada uno de los componentes de la Cotización genere un perjuicio a la relación comercial entre APMT y el depósito extraportuario que la emitió, siendo que los competidores de este último no podrán tomar una ventaja de dicha información pues no se podrá conocer la empresa que proporcionó dicha Cotización.
67. Asimismo, en la medida que se mantiene la reserva de la identificación de la empresa que proporcionó la Cotización, la divulgación del precio establecido por el depósito extraportuario por el servicio de gasificado de contenedores *reefer*; y, la desagregación en tres (3) servicios que componen el servicio de gasificado de contenedores *reefer* en el depósito extraportuario que emitió la Cotización y los precios cobrados por cada uno de ellos, no es susceptible de generar un perjuicio a la empresa que proporcionó la Cotización ni al Concesionario, motivo por el cual corresponde denegar el pedido de confidencialidad formulado respecto de estos puntos⁹. Cabe señalar que, en línea con el pronunciamiento del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública antes citado, lo anterior permite, a su vez, que los usuarios puedan contar con información para participar en el eventual procedimiento de fijación tarifaria que el Concesionario ha solicitado iniciar, sobre todo, considerando que APMT ha presentado su propuesta tarifaria utilizando la metodología de tarificación comparativa o *benchmarking*, la cual implica la comparación necesaria de las cotizaciones valores/precios de otros proveedores del servicio, motivo por el cual el Concesionario ha puesto en consideración del Regulador la mencionada Cotización.
68. En consecuencia, este extremo de la posición de APMT debe declararse parcialmente fundado.
69. Respecto al **punto (iii)**, el Concesionario ha manifestado que, considerando que la autoridad de la competencia (Indecopi) protege esta información incluso en investigaciones sobre infracciones a la libre y leal competencia, en el procedimiento de fijación tarifaria que ha solicitado iniciar mediante la Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG debe protegerse con mayor razón.

⁹ En efecto, solo cabe declarar la confidencialidad de la identificación del depósito extraportuario y no respecto de los precios de los componentes del servicio porque incluso en el caso particular del componente referido al proceso mismo de gasificado, es posible obtener dicho valor a través de operaciones matemáticas simples utilizando la demás información presentada por la Entidad Prestadora. Por mencionar un ejemplo, como parte de la Propuesta de Fijación Tarifaria de Gasificado de Contenedores presentada por APMT (Anexo 2 de la Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG), dicha Entidad Prestadora incluyó el Cuadro N° 7 “Benchmarking internacional: tarifas promedio”, el mismo que contiene el detalle y el promedio de los precios de cinco (5) servicios comparables al Gasificado de contenedores llenos, entre las que se encuentra la Cotización. En tal sentido, es posible obtener el precio del componente referido al proceso mismo de gasificado de la Cotización multiplicando el valor promedio por la cantidad de sumandos (en este caso, cinco) y restando la suma de los de los otros cuatro precios.

70. Sobre ello, sin perjuicio de lo señalado en el análisis del punto (ii) respecto a la relevancia la información en el marco del procedimiento de fijación tarifaria que APMT ha solicitado iniciar, debe señalarse que cada caso debe analizarse de manera independiente y atendiendo a sus características o circunstancias particulares.
71. En efecto, inclusive en determinados casos analizados por el Indecopi en procesos de infracción a las normas de libre competencia, atendiendo al interés público del caso concreto, dicha Entidad ha decidido levantar la confidencialidad de determinada información por considerar que no puede ser mantenida bajo reserva, debido a que ello podría impedir que las otras partes del procedimiento y el público en general conozcan la motivación de las decisiones de la Administración. En ese sentido, caso por caso, el Indecopi contrapesa “*el daño causado al administrado por la divulgación de la información de su titularidad y el beneficio social derivado del conocimiento público de dicha información*”. De esa manera, el Indecopi determina si se prefiere la protección del interés público a la protección del interés particular del administrado en mantener la reserva de la información¹⁰.
72. Como se aprecia, contrariamente a lo señalado por APMT, incluso en los casos de infracción de las normas de libre competencia, el Indecopi realiza una evaluación entre el interés particular y el interés público que subyacen en el caso concreto, determinando si uno es preferido al otro en aras de levantar o mantener la confidencialidad de determinada información.
73. En el presente caso, la Entidad Prestadora únicamente se ha referido de manera general a las investigaciones sobre infracciones de otra Entidad de la Administración Pública, sin hacer mención a un argumento o caso concreto que amerite la valoración de este Organismo Regulador, por lo que corresponde desestimar este argumento.

3.7 Plazo para mantener la información confidencial

74. El artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán establece lo siguiente:

“Artículo 24. - Plazo para mantener la información en la condición de confidencial.

La pérdida de la calificación de confidencialidad de la información, se efectúa cuando se vence el plazo otorgado.

De ser el caso, OSITRAN, de oficio, también podrá modificar el plazo de confidencialidad cuando la información ya no cumpla con las condiciones en virtud a la cual fue declarada como tal. En este caso, sólo puede ser determinada por el Gerente General mediante resolución expresa. (...)

Del mismo modo, para el caso en que el Consejo Directivo haya calificado la información confidencial como consecuencia de información relativa al secreto comercial e industrial, le corresponderá a este órgano determinar la pérdida de la calificación de confidencial”.

[Énfasis agregado.]

75. Del artículo precedente puede advertirse que la información declarada confidencial mantendrá dicho carácter por el plazo que el Ositrán establezca. Asimismo, dicho artículo habilita al este Regulador a disponer la pérdida del carácter confidencial, siendo que, en el caso de información declarada confidencial bajo el supuesto de secreto comercial, corresponde al Consejo Directivo disponer la pérdida de dicho carácter.
76. Al respecto, APMT solicita que la información sea considerada confidencial de manera permanente, tal como se cita a continuación:

“(...) consideramos que la cotización tiene que ser mantenida como confidencial permanentemente”.

¹⁰ Por ejemplo, léase la Resolución N° 068-2004-INDECOPI/CLC recaída en el Expediente N° 003-2003/CLC.

77. Como se señaló en la sección anterior, la reserva de la identificación del depósito extraportuario resulta pertinente a efectos de evitar que la divulgación del precio del servicio de gasificado de contenedores y de sus componentes genere un perjuicio y, en consecuencia, a APMT, debido a la relación comercial que mantiene con esta última. Siendo ello así, resulta razonable mantener la vigencia de la confidencialidad por un periodo indeterminado.
78. Ello, sin perjuicio de que, en aplicación del artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, durante dicho plazo, el Consejo Directivo de este Organismo Regulador pueda determinar la pérdida de su calificación como información confidencial, si se produce un cambio en las condiciones bajo las cuales se calificó la información como protegida por el secreto comercial (por ejemplo, si se verifica que la misma ha sido divulgada); de igual forma, en virtud del mismo artículo, podrá evaluar la pérdida de la confidencialidad de la información así declarada, si resulta imprescindible disponer el levantamiento de dicho carácter confidencial a fin de garantizar los derechos de terceros (como puede ser, para garantizar el derecho de defensa de terceros en el marco del eventual procedimiento de fijación tarifaria que APMT ha solicitado iniciar), considerando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como la garantía del derecho de defensa de las partes interesadas, ello, en línea con el pronunciamiento emitido por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

IV. CONCLUSIONES

79. Mediante Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG, la Entidad Prestadora presentó una solicitud para el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, adjuntando, entre otra información, una cotización – referida al servicio especial antes mencionado – de un depósito extraportuario extranjero, respecto del cual solicitó que se declare su carácter confidencial. Dicha cotización se encuentra referida a: (i) la información que identifica al depósito extraportuario que emitió la Cotización; (ii) el precio establecido por el depósito extraportuario por el servicio de gasificado de contenedores *reefer*; y, (iii) la desagregación en tres (3) servicios que componen el servicio de gasificado de contenedores *reefer* en el depósito extraportuario que emitió la Cotización y los precios cobrados por cada uno de ellos¹¹.
80. De acuerdo con la revisión efectuada por la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán, APMT ha presentado su solicitud de confidencialidad cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán.
81. En cuanto a la evaluación de fondo, en opinión de esta Gerencia, corresponde declarar la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, la identificación del depósito extraportuario que emitió la Cotización, a fin de evitar que la divulgación del precio del servicio de gasificado de contenedores y sus componentes genere un perjuicio en dicha empresa, afectando la relación comercial de APMT con ella.
82. Asimismo, en la medida que se mantiene la reserva de la identificación de la empresa que proporcionó la cotización, la divulgación del precio establecido por el depósito extraportuario por el servicio de gasificado de contenedores *reefer*; y, la desagregación en tres (3) servicios que componen el servicio de gasificado de contenedores *reefer* en el depósito extraportuario que emitió la Cotización y los precios cobrados por cada uno de ellos, no es susceptible de generar un perjuicio a la empresa que proporcionó la Cotización ni al Concesionario, motivo por el cual corresponde denegar el pedido de confidencialidad formulado respecto de estos puntos. Cabe señalar que, ello permite, a su vez, que los usuarios puedan contar con información para participar en el eventual procedimiento de fijación tarifaria que el Concesionario ha solicitado iniciar, sobre todo, considerando que

¹¹ Asimismo, a través de la Carta N° 362-2022 APMTC/LEG, APMT volvió a remitir la información de los puntos (i), (ii) y (iii) con motivo de la atención al requerimiento de la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán en el marco de la evaluación de la admisibilidad de la solicitud de confidencialidad presentada por dicha Entidad Prestadora. Posteriormente, según se ha indicado en la sección de antecedentes del presente informe, con el mismo fin, mediante Carta N° 420-2022 APMTC/LEG, APMT remitió nuevamente la información del punto (i).

APMT ha presentado su propuesta tarifaria utilizando la metodología de tarificación comparativa o *benchmarking*, la cual implica la comparación necesaria de las cotizaciones valores/precios de otros proveedores del servicio, motivo por el cual ha puesto en consideración del Regulador la mencionada Cotización.

83. En relación al plazo de vigencia, se considera razonable que la información sea declarada confidencial por un periodo indeterminado. Ello, sin perjuicio de que, conforme se ha expuesto en este informe, durante dicho plazo, el Consejo Directivo pueda determinar la pérdida de la calificación de confidencialidad de la información, en aplicación del artículo 24 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán.
84. Finalmente, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, corresponde al Consejo Directivo declarar la confidencialidad de la información antes señalada, toda vez que el pedido de confidencialidad versa sobre secreto comercial.

V. RECOMENDACION

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

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

Adj.:

- Proyecto de resolución visado por la Gerencia de Asesoría Jurídica

NT 2022054765