



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 0061-2022-CD-OSITRAN

Firmado por:
ZAMBRANO
COPELLO Rosa
Verónica FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/12/2022
17:52:13 -0500

Lima, 14 de diciembre de 2022

VISTOS:

El Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra el Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2021-CD-OSITRAN; el Informe Conjunto N° 00157-2022-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica; 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, 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);

Que, con fecha del 04 de noviembre de 2022, a través del Oficio N° 00179-2022-SCD-OSITRAN, se notificó al Concesionario la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 0093-2022-GRE-OSITRAN, mediante la cual se determinó, entre otros, lo siguiente:

“Artículo 2°.- Declarar la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, de la siguiente información de la Carta N°1134-2022 APMT/LEG, la Carta N°1222-2022 APMT/LEG y la Carta N° 1263-2022 APMT/LEG:

a) Información sobre el tipo de trabajador contenida en las Cartas N°1134-2022-APMT/LEG, N° 1222-2022-APMT/LEG y N°1263-2022-APMT/LEG.

b) Información relativa a los datos de identificación de los proveedores y condiciones de venta de las facturas electrónicas y de las órdenes de compra (con excepción de la información relativa a la descripción del bien o servicio, unidad de medida, moneda, precio unitario antes y después de impuestos, los datos del comprador y el periodo de prestación del servicio, de ser el caso) de las Cartas N°1134-2022-APMT/LEG, N°1222-2022-APMT/LEG y N°1263-2022-APMT/LEG.

c) La identificación del proveedor - razón social, datos de contacto y representantes – y los códigos de la descripción de las actividades de la cotización ubicada en la Carta N° 1263-2022-APMT/LEG.

Artículo 3°.- Denegar la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, de la información de la Carta N°1134-2022 APMT/LEG, la Carta N°1222-2022 APMT/LEG y la Carta N°1263-2022 APMT/LEG distinta a aquella mencionada en el Artículo 2° de la presente Resolución”.

Que, mediante Carta S/N (NT 2022124257) del 24 de noviembre de 2022, APMT interpuso Recurso de Reconsideración contra la denegatoria del pedido de confidencialidad dispuesta por el Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN;

Visado por: MEJIA CORNEJO Juan
Carlos FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/12/2022 08:27:30 -0500

Visado por: CADILLO ANGELES
Gloria Zolla FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/12/2022 09:32:00 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/12/2022 08:01:32 -0500

Que, el 06 de diciembre de 2022, mediante el Informe Conjunto N° 0157-2022-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) elaborado por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos y la Gerencia de Asesoría Jurídica, se concluyó que corresponde declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario;

Que, luego de la respectiva evaluación y deliberación, el Consejo Directivo del Ositrán manifestó su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 0157-2022-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) en todos sus extremos, constituyéndolo como parte integrante de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG;

Por lo expuesto, y en virtud de las funciones previstas en el Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Extraordinaria N° 783-2022-CD-OSITRAN, de fecha 14 de diciembre de 2022;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundado en todos sus extremos el Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. contra el Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN, de conformidad con las consideraciones contenidas en el Informe Conjunto N° 00157-2022-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), el mismo que constituye parte integrante de la presente resolución, dando por agotada la vía administrativa.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 00157-2022-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) a APM Terminals Callao S.A., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a la Autoridad Portuaria Nacional.

Artículo 3.- Disponer la difusión de la presente Resolución, así como el Informe Conjunto N° 00157-2022-IC-OSITRAN (GRE-GAJ) en el portal institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano para Orientación al Ciudadano (www.gob.pe/ositran).

Regístrese y comuníquese.

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidente del Consejo Directivo

NT : 2022132174

INFORME CONJUNTO N° 00157-2022-IC-OSITRAN
(GRE-GAJ)

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

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

GLORIA CADILLO ANGELES
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Recurso de reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. mediante Carta S/N (NT 2022124257) del 24 de noviembre de 2022 contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN ***Reglamento para el ingreso, determinación, registro y resguardo de la información confidencial presentada ante Ositrán***

Fecha : 06 de diciembre de 2022

I. OBJETIVO

1. Emitir opinión respecto del recurso de reconsideración presentado por APM Terminals Callao S.A. (en adelante, APMT, la Entidad Prestadora o el Concesionario) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN, la misma que denegó parcialmente el pedido de confidencialidad de la información presentada a través de la Carta N° 1134-2022 APMT/LEG, la Carta N° 1222-2022 APMT/LEG y la Carta N° 1263-2022 APMT/LEG, en el marco del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial "Gasificado de contenedores llenos", cuyo inicio a pedido de parte se dispuso por intermedio de la Resolución de Consejo Directivo N° 0021-2022-CD-OSITRAN.

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. Con fecha del 16 de junio de 2014 se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Ositrán y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), a fin de dar atención a las propuestas de Servicios Especiales presentadas por APMT en el marco de lo establecido en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, en la cual se señala que, antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, conforme con la definición contenida en el Reglamento General de Tarifas del Ositrán (en adelante, RETA)¹, APMT deberá presentar al Indecopi, con copia al Ositrán, su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que el primero se pronuncie sobre las condiciones de competencia en un plazo de setenta (70) días calendario.
4. Con fecha del 09 de marzo de 2021, mediante la Carta N° 032-2021-APMT/LEG, APMT presentó al Indecopi, con copia a Ositrán, del documento "Propuesta del servicio especial Gasificado de contenedores llenos" (en adelante, la Propuesta del Servicio Especial), a través del cual solicitó que Indecopi se pronuncie sobre las condiciones de competencia en las que se prestará el mencionado servicio en el mercado portuario, de conformidad

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

Firmado por:
CADILLO ANGELES
Gloria Zolla FAU
20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 06/12/2022
19:46:44 -0500

Firmado por:
QUESADA ORE
Luis Ricardo FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/12/2022
00:03:46 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis
Ricardo FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 15/12/2022 08:01:41 -0500

Visado por: CASTILLO MAR Ruth
Eliana FIR 43034136 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 07/12/2022 11:09:05 -0500

Visado por: LEON ROSALES Kimberly
Lucero FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 06/12/2022 20:37:40 -0500

Visado por: DAGA LAZARO Roberto
Carlos FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 06/12/2022 19:37:27 -0500

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 06/12/2022 19:21:59 -0500

Visado por: MUÑOZ RUIZ Gloria
Viviana FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 06/12/2022 19:12:57 -0500

con lo establecido en el Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, y a su vez que el Ositrán se pronuncie sobre la naturaleza del Servicio Especial que se propone.

5. Con fecha del 23 de abril de 2021, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 016-2021- CD-OSITRAN, sustentada en el Informe Conjunto N° 056-2021-IC-OSITRAN (GRE-GSF-GAJ), este Regulador resolvió declarar que el servicio denominado “Gasificado de contenedores llenos” propuesto por APMT califica como Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión.
6. Con fecha del 20 de julio de 2021, mediante el Oficio N° 088-2021/ST-CLC-INDECOPI, el Indecopi remitió al Ositrán su pronunciamiento respecto de las condiciones de competencia del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”. Al respecto, concluyó que dicho servicio no se prestaría en condiciones de competencia.
7. Mediante la Carta N° 619-2021 APMTC/LEG y anexo del 10 de agosto de 2021, APMT presentó ante el Indecopi comentarios respecto al análisis de condiciones de competencia contenida en el Informe Técnico N° 42-2021-CLC/INDECOPI, a efectos de que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, CLC) pueda absolver.
8. A través de la Carta N° 140-2021/DLC-INDECOPI del 03 de septiembre de 2021 dirigida a APMT, por encargo de la CLC², la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, DLC) concluyó que, analizados los argumentos señalados por APMT y, en base a la información disponible, las conclusiones contenidas en el Informe Técnico 042-2021-CLC/INDECOPI se mantienen, siendo que el servicio denominado “Gasificado de contenedores llenos” no se prestaría en condiciones de competencia”^{3,4}.
9. El 20 de abril de 2022, mediante la 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 diversa información⁵ con el fin de dar cumplimiento a los requisitos exigidos por el numeral 17.2 del RETA. Asimismo, solicitó la fijación de una tarifa provisional para el mencionado servicio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 13 del RETA.

² Comunicada por la DLC al Ositrán mediante Oficio N° 010-2021/DLC-INDECOPI.

³ Cabe indicar que, en su Carta N° 140-2021/DLC-INDECOPI dirigida a APMT, la DLC también señaló que determinada información o supuestos contemplados en la Carta N° 619-2021 APMTC/LEG y anexo, constituía información que no fue presentada por APM Terminals Callao S.A. en su propuesta de servicio especial para que el Indecopi se pronuncie sobre las condiciones de competencia. En tal sentido, señaló que el momento oportuno para que APMT remita toda aquella información que estime conveniente evaluar es antes de su pronunciamiento; por lo que se exhortó a APMT para que, en el caso de futuras solicitudes, lo realice en este periodo.

⁴ La antes indicada Carta N° 140-2021/DLC-INDECOPI fue remitida a este Regulador mediante Oficio N° 010-2021/DLC-INDECOPI recibido el 07.09.2021.

⁵ Entre la información presentada mediante la referida mediante Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG, 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. Dicha cotización se encontraba 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.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0022-2022-CD-OSITRAN se declaró la confidencialidad por un periodo indeterminado, bajo el supuesto de secreto comercial, de la identificación del depósito extraportuario extranjero contenido en la cotización del depósito extraportuario presentada por APMT mediante la Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG.

Asimismo, se declaró la confidencialidad de la misma información contenida en las Cartas N° 362-2022-APMTC/LEG y N° 420-2022-APMTC/LEG. De otro lado, se denegó la 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 APMTC/LEG y adjuntos, así como en la Carta N° 362-2022-APMTC/LEG.

10. A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0021-2022-CD-OSITRAN⁶, a pedido de APMT, se dispuso el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” a ser brindado en el TNM⁷. Ello, en la medida que, y tal como lo señaló APMT en su solicitud de fijación tarifaria para el servicio antes indicado, de acuerdo con el pronunciamiento emitido por el Indecopi conforme al procedimiento previsto en el Contrato de Concesión, dicho servicio no se brinda en condiciones de competencia.
11. Adicionalmente, en atención al pedido formulado por APMT, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 0021-2022-CD-OSITRAN se fijó una tarifa provisional para el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” a ser brindado en el TNM, en virtud de lo establecido en el artículo 3 del RETA.
12. Mediante el Oficio N° 00166-2022-GRE-OSITRAN, notificado el 06 de septiembre de 2022 a APMT, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán le solicitó que presente información sobre los recursos que, hasta esa fecha, fueron destinados a la prestación del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”.
13. A través de la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG recibida el 26 de septiembre de 2022, el Concesionario atendió parcialmente el requerimiento efectuado mediante el Oficio N° 00166-2022-GRE-OSITRAN. Adicionalmente, mediante la referida carta, APMT presentó una solicitud para que se declare confidencial la información contenida en dicha carta, bajo el supuesto de secreto comercial, en el marco de lo establecido en el Reglamento para el Ingreso, Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial presentada ante Ositrán⁸ (en adelante, el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán).
14. Mediante el Memorando N° 00424-2022-GAJ-OSITRAN del 28 de septiembre de 2022, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán informó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán que la solicitud presentada por APMT mediante la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG cumple con los requisitos de forma previstos en el Reglamento de Confidencialidad, por lo que corresponde realizar la evaluación de fondo de dicha solicitud.
15. A través del Oficio N° 00183-2022-GRE-OSITRAN del 30 de septiembre de 2022, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán advirtió que la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG contenía diversa información, no quedando claro el alcance del pedido de confidencialidad. En ese sentido, se le solicitó que, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 124⁹ del Texto Único Ordenado de la Ley N° 274444¹⁰ (en adelante, TUO de la LPAG), Ley del Procedimiento Administrativo General, señale de manera específica la información respecto de la cual formula su pedido de confidencialidad.
16. Con fecha del 03 de octubre de 2022, mediante la Carta N° 1175-2022-APMTC/LEG, el Concesionario precisó el alcance de su solicitud de confidencialidad efectuada mediante la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG, indicando que esta se encontraba referida a la siguiente información: (i) información de lista de actividades proporcionada en el Cuadro N° 1; (ii) información proporcionada en el Cuadro N° 2; (iii) información proporcionada en

⁶ Notificada al Concesionario mediante Oficio N° 00067-2022-SCD-OSITRAN de 10 de junio de 2022.

⁷ La Resolución de Consejo Directivo N° 0021-2022-CD-OSITRAN se sustentó en el Informe Conjunto N° 00047-2022-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), el mismo que forma parte integrante de la mencionada resolución.

⁸ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN.

⁹ **“Artículo 124.- Requisitos de los escritos**

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:
(...)

2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.

(...)”.

¹⁰ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

el Cuadro N° 3; (iv) información proporcionada en el Anexo 1 que, en formato MS Excel, contiene la información de los cuadros citados en los tres puntos anteriores, y (v) información proporcionada en el Anexo 2, que incluye boletas de pago y facturas en detalle de diversos bienes y servicios.

17. Mediante el Oficio N° 00184-2022-GRE-OSITRAN notificado el 04 de octubre de 2022, se reiteró el pedido de información solicitado mediante el Oficio N° 00166-2022-GRE-OSITRAN, con el fin de que APMT complete la información brindada mediante la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG, además, se le solicitó información complementaria relacionada a los recursos utilizados para brindar el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”.
18. Con fecha del 05 de octubre de 2022, funcionarios de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán realizaron una visita al TNM a efectos conocer cómo se realiza la prestación del servicio “Gasificado de contenedores llenos”.
19. A través del Oficio N° 00188-2022-GRE-OSITRAN del 13 de octubre de 2022, en el marco de la evaluación del pedido de confidencialidad presentado por APMT mediante la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG, se hicieron diversas consultas al Concesionario relacionadas a determinados conceptos contenidos en la información que presentó mediante la señalada carta.
20. Mediante la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG, recibida el 13 de octubre de 2022, APMT remitió información parcial con el fin de atender el reiterativo de información solicitado mediante el Oficio N° 00184-2022-GRE-OSITRAN. Adicionalmente, APMT presentó una solicitud para que se declare confidencial la información contenida en dicha carta, bajo el supuesto de secreto comercial, en el marco de lo establecido en el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán.
21. A través del Memorando N° 0451-2022-GAJ-OSITRAN del 14 de octubre de 2022, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán informó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán que la solicitud presentada por APMT mediante la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG cumple con los requisitos de forma previstos en el Reglamento de Confidencialidad, por lo que corresponde realizar la evaluación de fondo de dicha solicitud.
22. Mediante la Carta N° 1242-2022-APMTC/LEG recibida el 17 de octubre de 2022, APMT atendió las consultas efectuadas mediante el Oficio N° 00188-2022-GRE-OSITRAN, en el marco de la evaluación de su solicitud de confidencialidad presentada mediante la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG.
23. A través del Oficio N° 00190-2022-GRE-OSITRAN notificado el 18 de octubre de 2022, se reiteró una vez más el pedido de información formulado mediante el Oficio N° 00166-2022-GRE-OSITRAN y reiterado mediante el Oficio N° 00184-2022-GRE-OSITRAN, con el fin de que APMT complete la información brindada mediante la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG y la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG.
24. A través del Oficio N° 00191-2022-GRE-OSITRAN del 19 de octubre de 2022, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán advirtió que la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG contenía diversa información, no quedando claro el alcance del pedido de confidencialidad. En ese sentido, se le solicitó que, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 124 del TUO de la LPAG, señale de manera específica la información respecto de la cual formula su pedido de confidencialidad. Adicionalmente, en el marco de la evaluación de la solicitud de confidencialidad, se le solicitó que explique algunos conceptos contenidos en la información remitida mediante la carta antes mencionada.
25. Mediante la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG recibida el 20 de octubre de 2022, APMT remitió información con el fin de atender el reiterativo de información solicitado mediante el Oficio N° 00190-2022-GRE-OSITRAN. Adicionalmente, APMT presentó una solicitud

para que se declare confidencial toda la información contenida en dicha carta, bajo el supuesto de secreto comercial, en el marco de lo establecido en el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán.

26. Por intermedio de la Carta N° 1266-2022-APMTC/LEG recibida el 21 de octubre de 2022, APMT precisó el alcance de su pedido de confidencialidad efectuado mediante la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG, indicando que este se encontraba referido a (i) las 12 páginas de la Carta 1222-2022-APMTC/LEG, (ii) el Anexo 1 – Entrega de información de gasificado, y, (iii) el Anexo 2 – Sustento de gastos y costos. Además, mediante la señalada Carta N° 1266-2022-APMTC/LEG, el Concesionario manifestó dar por atendidas las consultas efectuadas por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán a través del Oficio N° 00191-2022-GRE-OSITRAN.
27. Mediante el Oficio N° 00192-2022-GRE-OSITRAN, notificado el 24 de octubre de 2022 a APMT, se reiteraron las consultas efectuadas a través del Oficio N° 00191-2022-GRE-OSITRAN, en la medida que no fueron respondidas por el Concesionario en su Carta N° 1266-2022-APMTC/LEG.
28. A través de la Carta N° 1286-2022 APMTC/LEG, recibida el 25 de octubre de 2022, APMT respondió el Oficio N° 00192-2022-GRE-OSITRAN.
29. El 26 de octubre de 2022, mediante correos electrónicos de horas 16:29 y 19:03, APMT remitió al Ositrán el “Acta detallada de visita al Terminal Norte Multipropósito (TNM) del 05.10.2022”.
30. Mediante el Memorando N° 0471-2022-GAJ-OSITRAN, recibido el 26 de octubre de 2022, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán informó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán que la solicitud presentada por APMT mediante la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG cumple con los requisitos de forma previstos en el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, por lo que corresponde realizar la evaluación de fondo de dicha solicitud.
31. Por intermedio de la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN¹¹ de fecha 03 de noviembre de 2022, sustentada en el Informe N° 0093-2022-GRE-OSITRAN, el máximo órgano de este Organismo Regulador determinó, entre otros, lo siguiente:

“Artículo 2°.- Declarar la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, de la siguiente información de la Carta N°1134-2022 APMTC/LEG, la Carta N°1222-2022 APMTC/LEG y la Carta N° 1263-2022 APMTC/LEG:

- a) Información sobre el tipo de trabajador contenida en las Cartas N°1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-APMTC/LEG y N°1263-2022-APMTC/LEG.
- b) Información relativa a los datos de identificación de los proveedores y condiciones de venta de las facturas electrónicas y de las órdenes de compra (con excepción de la información relativa a la descripción del bien o servicio, unidad de medida, moneda, precio unitario antes y después de impuestos, los datos del comprador y el periodo de prestación del servicio, de ser el caso) de las Cartas N°1134-2022-APMTC/LEG, N°1222-2022-APMTC/LEG y N°1263-2022-APMTC/LEG.
- c) La identificación del proveedor - razón social, datos de contacto y representantes – y los códigos de la descripción de las actividades de la cotización ubicada en la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG.

Artículo 3°.- Denegar la confidencialidad, bajo el supuesto de secreto comercial, de la información de la Carta N°1134-2022 APMTC/LEG, la Carta N°1222-2022 APMTC/LEG y la Carta N°1263-2022 APMTC/LEG distinta a aquella mencionada en el Artículo 2° de la presente Resolución”.

32. Mediante el Oficio N° 00421-2022-GG-OSITRAN, del 09 de noviembre de 2022, la Gerencia General del Ositrán se dirigió al Concesionario con el fin de que este indique de

¹¹ Notificada al Concesionario el 04 de noviembre de 2022 por intermedio del Oficio N° 00179-2022-SCD-OSITRAN.

manera expresa si requiere que la información del “Acta detallada de visita al Terminal Norte Multipropósito (TNM) del 05.10.2022” sea tratada como confidencial, ello, en la medida de que, con ocasión de sus correos electrónicos del 26 de octubre de 2022, el Concesionario remitió el Acta señalada consignando en la parte inferior izquierda de todas sus páginas la anotación “*Clasificación: Confidencial*”, no obstante, no se apreciaba que haya formulado de forma expresa alguna solicitud de confidencialidad sobre dicha información, ni tampoco que haya cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán.

33. Por intermedio de la Carta N° 1367-2022 APMTC/LEG de fecha del 11 de noviembre de 2022, el Concesionario respondió el Oficio N° 00421-2022-GG-OSITRAN indicando que la anotación “*Clasificación: Confidencial*” sería parte de un error involuntario y que, en consecuencia, de manera expresa informan que no requieren que dicha información sea tratada como confidencial.
34. Mediante la Carta S/N (NT 2022124257) del 24 de noviembre de 2022, APMT interpuso un recurso de reconsideración contra la denegatoria de confidencialidad establecida en el Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN, con la finalidad de que se declare la confidencialidad de la información contenida en las Cartas N° 1134-2022 APMTC/LEG, N° 1222-2022 APMTC/LEG y N° 1263-2022 APMTC/LEG.
35. Como se ha indicado previamente, la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN se sustenta en el Informe N° 00093-2022-GRE-OSITRAN emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositrán, por lo que a través del presente Informe Conjunto dicha Gerencia emite opinión sobre el recurso de reconsideración interpuesto por APMT mediante Carta S/N (NT 2022124257), a efectos que el Consejo Directivo de Ositrán se pronuncie sobre dicho recurso. Asimismo, considerando que la Gerencia de Asesoría Jurídica¹² del Ositrán es el órgano de asesoramiento responsable de brindar asesoría legal a la Alta Dirección y a los órganos del Ositrán, dicha Gerencia participa también en la elaboración del presente informe.

III. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

36. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 219¹³ del TUO de la LPAG, el recurso de reconsideración se interpone ante el órgano que dictó el acto impugnado y debe sustentarse en nueva prueba, salvo en el caso de los actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia en los que no se requiere de nueva prueba.
37. En el presente caso, la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN materia de impugnación fue emitida por el Consejo Directivo como única instancia del procedimiento para resolver las solicitudes de confidencialidad que versen sobre secreto comercial, motivo por el cual, el recurso de reconsideración no requiere sustentarse en nueva prueba.

¹² Reglamento de Organización y Funciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM:

“Artículo 17.- Funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica

Son funciones de la Gerencia de Asesoría Jurídica, las siguientes:

(...)

2. Asesorar y brindar soporte legal a la Alta Dirección, así como a los demás órganos del OSITRAN, según corresponda;

(...).”

¹³ TUO de la LPAG:

“Artículo 219.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. (...).”

38. De otro lado, con relación al plazo para la interposición de recursos, el artículo 218¹⁴ del TUO de la LPAG dispone que dicho plazo es de quince (15) días hábiles. Al respecto, la resolución impugnada fue notificada al Concesionario el 04 de noviembre de 2022, y el recurso de reconsideración fue interpuesto por el Concesionario el 24 de noviembre de 2022, por tanto, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.
39. Adicionalmente, el artículo 221 del TUO de la LPAG establece que el recurso debe señalar el acto recurrido y cumplir con los demás requisitos previstos en el artículo 124 del TUO de la LPAG. En el caso en cuestión, de la revisión del recurso de reconsideración interpuesto se advierte que cumple con los requisitos establecidos en los artículos 124¹⁵ y 221¹⁶ del TUO de la LPAG.
40. En conclusión, el recurso administrativo interpuesto por APMT cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que corresponde continuar con el procedimiento recursivo. Indicándose a su vez que el plazo para resolver el recurso de reconsideración presentado por el Concesionario vencerá el 19 de diciembre de 2022¹⁷.

IV. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

4.1. Evaluación de los requisitos de forma de la solicitud de confidencialidad

41. De la revisión del recurso de reconsideración interpuesto por APMT, se observa que este se encuentra orientado a manifestar que, contrariamente a lo resuelto mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2022-CD-OSITRAN, corresponde declarar confidencial la siguiente información:
- (i) Información relativa a la lista de actividades para brindar el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, contenida en el Cuadro N° 1 y en la primera pestaña del Anexo 1 de la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG; en la primera pestaña del Anexo 1 de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG, y en la primera pestaña del Anexo 1 de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG.

¹⁴ TUO de la LPAG:

“Artículo 218. Recursos administrativos

218.1 Los recursos administrativos son: (...)

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, (...).”

¹⁵ TUO de la LPAG:

“Artículo 124.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.

2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.

3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.

4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.

5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio. Asimismo, el correo electrónico o, de ser el caso, la casilla electrónica, conforme al artículo 20 de la presente ley.

6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.

7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.”

¹⁶ TUO de la LPAG:

“Artículo 221.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.”

¹⁷ En aplicación del artículo 207 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

- (ii) Información relativa a la cantidad de horas-hombre de la mano de obra utilizada para brindar el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, contenida en el Cuadro N° 2 y en la segunda pestaña del Anexo 1 de la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG; en la segunda pestaña del Anexo 1 de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG, y en la segunda pestaña del Anexo 1 de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG.
- (iii) Información de las boletas de trabajo¹⁸ de la mano de obra utilizada para brindar el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, contenida en las Cartas N° 1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-APMTC/LEG y N° 1263-2022-APMTC/LEG.
- (iv) Información relativa a la cantidad de recursos por operación del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, contenida en el Cuadro N° 3 y en la tercera pestaña del Anexo 1 de la Carta N° 1134-2022-APMTC/LEG; en la tercera pestaña del Anexo 1 de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG, y en la tercera pestaña del Anexo 1 de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG.
- (v) Párrafos de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG y de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG mediante los cuales APMT brinda detalles respecto de las actividades vinculadas al Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” que realizan los trabajadores (mano de obra), así como aquellos donde el Concesionario describe la cantidad de horas-hombre que determinados trabajadores requieren para la prestación del servicio antes mencionado.
- (vi) Párrafos de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG y de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG mediante los cuales APMT describe los insumos utilizados en la provisión del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, así como sus cantidades.
- (vii) Información de las facturas electrónicas y órdenes de compra¹⁹ referidas a la adquisición de los insumos para la prestación del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” contenidas en las Cartas N° 1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-APMTC/LEG y N° 1263-2022-APMTC/LEG
- (viii) Párrafos explicativos de los gastos de mantenimiento de un equipo y de combustible ubicados en el numeral 4 de la Sección 2.2 del Anexo 2 de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG; en el numeral 4 de la Sección 2.2 del Anexo 2 de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG, y en el texto de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG.
- (ix) Planes de mantenimiento de equipos contenidos en el numeral 5 de la Sección 2.2 del Anexo 2 de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG; y, en el numeral 5 de la Sección 2.2 del Anexo 2 de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG”.
- (x) Precios de mercado de insumos contenidos en el numeral 12 de la Sección 2.2 del Anexo 2 de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG.

¹⁸ Excepto la información sobre el tipo de trabajador contenida en las Cartas N° 1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-APMTC/LEG y N° 1263-2022-APMTC/LEG.

¹⁹ Excepto la información relativa a los datos de identificación de los proveedores y condiciones de venta de las facturas electrónicas y de las órdenes de compra (con excepción de la información relativa a la descripción del bien o servicio, unidad de medida, moneda, precio unitario antes y después de impuestos, los datos del comprador y el periodo de prestación del servicio, de ser el caso) de las Cartas N° 1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-APMTC/LEG y N° 1263-2022-APMTC/LEG, todo lo cual fue declarado confidencial por intermedio del Artículo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2022-CD-OSITRAN.

- (xi) Información de la cotización de una inversión²⁰ contenida en el numeral 1 del Anexo 2.3. de la Sección 2.3 de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG.
 - (xii) Párrafos de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG y de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG en los que el Concesionario relata las inversiones que podría realizar vinculadas a la prestación del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”.
 - (xiii) Párrafos de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG relacionados a la posición del Concesionario sobre la representatividad de la información proporcionada de cara a la elección de la metodología más adecuada para la determinación de la tarifa máxima del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”.
 - (xiv) Párrafos de la Carta N° 1222-2022-APMTC/LEG y de la Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG en los que el Concesionario sustenta su pedido de confidencialidad.
42. Sobre la posición del Concesionario, es pertinente indicar que ha presentado los siguientes argumentos:
- a) Que, no resulta adecuada la aplicación del criterio establecido en la Resolución N° 010300782019 del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, el Tribunal de Transparencia), ello, en tanto el caso analizado en dicha resolución es distinto al caso de APMT, por los siguientes fundamentos:
 - Para que el Tribunal de Transparencia determine que los Estados Financieros de LAP tenían carácter público, se tuvo en consideración dos factores: (i) dicha empresa mantenía una posición monopólica y puede abusar de su posición de dominio; y, (ii) se debe realizar una ponderación de los derechos fundamentales en juego (por un lado, los derechos de libre iniciativa, libertad de empresa y libre intercambio de servicios y bienes destinados a reducir el riesgo de las operaciones económicas, y por otro lado, el derecho a la vida privada y la intimidad), tal como se ha señalado en las diversas sentencias que se resumen en la Resolución N° 010300782019.

Considerando los dos factores anteriores, en la Resolución N° 010300782019 se concluye que, al resultar evidente la posición monopólica de LAP, prima el derecho de los usuarios a conocer toda la información relacionada con la determinación de la tarifa (factor de productividad), el cual incluye la entrega de los estados financieros de LAP (de los años 2013 al 2017).
 - Sin embargo, a juicio de APMT, este caso es distinto a aquel evaluado por el Tribunal de Transparencia pues, a diferencia de LAP, APMT no tiene una posición monopólica en el servicio de “Gasificado de contenedores llenos” que se embarcan por los terminales portuarios del Callao ni cercanías.
- Según indica APMT, el problema se origina en la incorrecta evaluación de condiciones de competencia que efectuó el Indecopi plasmado en el Informe Técnico N° 0042-2021-CLC-INDECOPI, manifestando que es notorio que existe competencia dentro de los contenedores reefer que se embarcan por el Terminal Norte, dado que, en los casi cuatro meses que tienen provisionando el mencionado servicio, han atendido una parte muy pequeña de los contenedores que requieren gasificado y se embarcan por el TNM.

²⁰ Excepto la información sobre la identificación del proveedor - razón social, datos de contacto y representantes – y los códigos de la descripción de las actividades de la cotización enviada mediante Carta N° 1263-2022-APMTC/LEG, lo cual fue declarado confidencial por intermedio del Artículo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN.

Así, de acuerdo con lo señalado por APTM, al existir otros ofertantes el servicio de gasificado, estas terceras empresas, en caso de negarse la solicitud de confidencialidad de la información materia de impugnación de su Recurso de Reconsideración tendrán conocimiento de información al detalle de tiempos y costos (aún sin saber el nombre de los proveedores) de APMT, lo cual lo podrán utilizar para sus propios fines. En ese extremo, el Concesionario considera que no existe la correspondencia necesaria, pues, por un lado, estas terceras empresas tendrán acceso a información detallada (procesos, tiempo y costos de APMT), mientras que, el Concesionario no podrá conocer el detalle de procesos, tiempos y costos que estas otros ofertantes del servicio de gasificado asumen. En tal sentido, APMT indica que las terceras empresas que ofrecen el servicio de gasificado podrían obtener una ventaja competitiva que no habría sido adquirida por su propia eficiencia.

- b) Que, la información se encuentra en concordancia con las definiciones de secreto comercial establecidas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el Indecopi, debido a que se ha mantenido alejada del conocimiento de terceros, siendo la única excepción el Ositrán. Además, posee valor comercial, efectivo o potencial, ya que la información contiene información relativa a estructura de costos y en forma indirecta los términos de negociación y las condiciones contractuales acordadas. Además, la divulgación del detalle de procesos, costos y horas de trabajos podría ser aprovechado por empresas que también brindan el servicio de gasificado; es decir, estas otras empresas que brindan el servicio de gasificado (sea DPW Callao, DT extraportuarios o las empresas que brindan gasificado en los almacenes o plantas de *packing* de los exportadores) podrían aprovecharse de la información, a la que no podrían haber tenido acceso en ningún caso. De esa manera, estos terceros lo utilizarían para diversos fines (como reducción de tiempos, búsqueda de proveedores que le brinden similares costos al obtenido por APMT, etc). Es decir, las terceras empresas que ofrecen el servicio de gasificado podrían obtener una ventaja competitiva que no habría sido adquirida por su propia eficiencia.

La información de las actividades descritas en la Propuesta Tarifaria presentada por APMT es general, y no posee el detalle presentado en las Cartas N° 1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-APMTC/LEG y N° 1263-2022-APMTC/LEG. En tal razón, no se puede mencionar que la información presentada en la Propuesta Tarifaria de APMT, con carácter público, sea el sustento para concluir que la información de actividades descrita en detalle en las Cartas N° 1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-APMTC/LEG y N° 1263-2022-APMTC/LEG ya fueron hechas públicas en la Propuesta Tarifaria.

43. Respecto al **argumento (a)**, debe recordarse que, a través del Informe N° 00093-2022-GRE-OSITRAN -que sustentó y forma parte integrante de la Resolución Impugnada- se indicó que, para evaluar la confidencialidad de la información debe tenerse en cuenta el contexto en el cual dicha información ha sido presentada al Organismo Regulador.
44. Así, la información fue presentada por APMT en el marco del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, el cual fue iniciado a solicitud del propio APMT, quien basó su solicitud de fijación tarifaria en el pronunciamiento del Indecopi respecto de la no existencia de condiciones de competencia. En ese sentido, se señaló que debe tenerse presente lo señalado por el Tribunal de Transparencia a través de la Resolución N° 010300782019. En aquel caso, el mencionado Tribunal 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 y Acceso a la Información Pública 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].

45. En dicho caso, el Tribunal de Transparencia 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.
46. Luego, a partir de esa premisa, el Tribunal de Transparencia 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.
47. Siguiendo dicho criterio de ponderación, en el caso evaluado por el mencionado Tribunal de Transparencia, este estimó que, debido a que la información había sido presentada en el marco de un procedimiento tarifario 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.
48. En esencia, a partir del pronunciamiento del Tribunal de Transparencia 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.
49. Además, si bien el criterio antes mencionado fue desarrollado originalmente por parte del Tribunal de Transparencia, este ha sido adoptado por el Ositrán al resolver diversos pedidos de confidencialidad que formulan las Entidades Prestadoras, en virtud de las facultades de calificación de información confidencial otorgadas a este Organismo Regulador²¹.
50. En el presente caso, el Informe N° 00093-2022-GRE-OSITRAN que sustenta la Resolución Impugnada advirtió que la información en cuestión contenida en las Cartas N° 1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-APMTC/LEG y N° 1263-2022 APMTC/LEG, fue proporcionada por APMT en el marco del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” iniciado a solicitud del Concesionario, y, como tal, siguiendo el criterio del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información

²¹ Por ejemplo, aquellos casos resueltos mediante las Resoluciones de Consejo Directivo N° 0034-2022-CD-OSITRAN, N° 0032-2022-CD-OSITRAN, N° 0049-2020-CD-OSITRAN, N° 0048-2020-CD-OSITRAN, N° 0044-2020-CD-OSITRAN y N° 0041-2020-CD-OSITRAN.

Pública antes señalado, la información presentada por APMT debe ser de público conocimiento a efectos de que los usuarios puedan acceder a ella, toda vez que estos últimos tienen el derecho de participar en el procedimiento tarifario, incluso, de impugnar²² la decisión de este Organismo Regulador sobre la determinación de la tarifa; máxime considerando que, como evaluó el señalado Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, son tales *consumidores finales los que soportan el pago de las tarifas por un servicio público que en virtud de la concesión otorgada es prestado por un particular, por lo tanto, ellos 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.*

51. Lo anterior, más aún cuando, tal como lo ha señalado por el Tribunal de Transparencia, el Concesionario ha decidido 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.
52. Ahora bien, APMT indica que el caso visto por el Tribunal de Transparencia es distinto al presente caso, toda vez que APMT no ejerce una posición “monopólica” en la prestación del “Servicio de Gasificado de contenedores llenos”, por el contrario, existen muchos ofertantes del servicio en los terminales portuarios del Callao y cercanías.
53. Para sustentar su posición, APMT cita el pronunciamiento del Tribunal de Transparencia sobre la característica “monopólica” de la Entidad Prestadora que evaluó el referido órgano:

*“Cabe anotar que el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez es el principal aeropuerto del país y el único aeropuerto internacional comercial de Lima, por lo que en dicho contexto, el ejercicio por parte de OSITRAN de su facultad de fijar las tarifas por los servicios que presta el concesionario Lima Airport Partners S.R.L del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, **resulta necesario en un contexto de ausencia de competencia, pues al no existir más de una oferta de este servicio en el mercado local, los pasajeros y usuarios de tal servicio sólo pueden acudir al único proveedor del mercado, consistiendo la regulación de tarifas en la determinación de un precio máximo para cada servicio replicando las condiciones de un mercado competitivo**, de modo tal que no genere utilidades desmesuradas para el proveedor con un perjuicio para los usuarios, ni pérdidas económicas a la empresa que perjudiquen la prestación eficiente del servicio.*

*En tal sentido, siendo que **el servicio público de infraestructura aeroportuaria ofrecido por Lima Airport Partners S.R.L. a las aerolíneas y público usuario es monopólico – a partir de una concesión otorgada-**, **el OSITRAN tiene la obligación de supervisar el servicio que presta y fijar las tarifas por tales servicios, para lo cual debe seguir el procedimiento previsto en el Reglamento General de Tarifas***

²² RETA:

“Artículo 43.- Medios impugnatorios

43.1. Frente a las resoluciones que aprueben la fijación, revisión o desregulación de tarifas relativas a los servicios prestados por las Entidades Prestadoras, y frente a las resoluciones que pongan fin al procedimiento; procede la interposición del recurso de reconsideración de conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 y la Ley N° 27838.
(...)”.

Ley N° 27838:

“Artículo 3.- Procedimiento de determinación de tarifas

El Organismo Regulador fijará el procedimiento para determinar la regulación de las tarifas, mediante norma del más alto rango de la entidad y comprenderá, entre otros aspectos, los siguientes:

(...)”.

5. La aplicación del recurso impugnatorio que las Empresas Prestadoras y los Organismos Representativos de Usuarios puedan interponer en contra de la resolución emitida por el Organismo Regulador, se regirá por las disposiciones establecidas por la Ley de Procedimiento Administrativo General para el recurso de reconsideración.
(...)”.

anteriormente citado, a efecto de limitar el posible abuso de poder de mercado de la concesionaria”.

54. Al respecto, es importante hacer notar que, si bien el Tribunal de Transparencia hace alusión al término “monopolio”, es claro al resaltar que lo determinante para la aplicación del criterio, es considerar la **“ausencia de competencia”**, esto es, un escenario donde sea necesario que el Ositrán intervenga ejerciendo su función reguladora a través del establecimiento de tarifas que repliquen las condiciones de un mercado competitivo. Así, de una lectura correcta de la cita aludida por APMT, se puede observar que, a efectos de determinar el carácter público de la información que proporcionó LAP en el marco de un procedimiento tarifario, el Tribunal de Transparencia consideró que dicha empresa brindaba servicios en razón de una concesión otorgada, que dichos servicios se brindaban en ausencia de condiciones de competencia, precisamente por esa razón correspondía a este Regulador determinar las tarifas aplicables a dichos servicios, de conformidad con el procedimiento previsto en el RETA.
55. En el presente caso, la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión del TNM contiene las pautas del procedimiento que debe seguir el Concesionario cuando desee iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial, y define el rol del Indecopi en la fase previa al inicio del procedimiento, así como el rol del Ositrán en la fijación de la tarifa, en el escenario que Indecopi considere que no existen condiciones de competencia en la prestación del servicio:

“8.23. Del mismo modo, por la prestación de cada uno de los Servicios Especiales, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará un Precio o una Tarifa, según corresponda. Respecto de los Servicios Especiales con Tarifa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA en ningún caso podrá cobrar Tarifas que superen los niveles máximos actualizados, de acuerdo al procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, sobre la base de lo contenido en el Anexo 5.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA antes de iniciar la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en el presente Contrato de Concesión, o cuando se trate de servicios nuevos, tal como así están definidos en el Reglamento General de Tarifas de OSITRAN, deberá presentar al INDECOPI con copia al REGULADOR su propuesta de Servicio Especial debidamente sustentada, a efectos que dicha entidad se pronuncie sobre las condiciones de competencia en los mercados que a la fecha de efectuada la referida solicitud no estén sometidos a régimen de regulación económica.

A solicitud de INDECOPI, la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE tendrán la obligación de presentar la información de la que dispongan, a efectos que INDECOPI realice el análisis de las condiciones de competencia. INDECOPI tendrá un plazo de setenta (70) Días Calendario para pronunciarse, contados a partir del Día siguiente de recibida la solicitud respectiva.

En el caso que INDECOPI se pronuncie señalando que no existen condiciones de competencia en el mercado en cuestión, OSITRAN iniciará el proceso de fijación o revisión tarifaria, según corresponda, de acuerdo con los procedimientos y normas establecidos en el Reglamento General de Tarifas (RETA), determinando la obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de brindar los referidos Servicios Especiales con Tarifa a todo Usuario que lo solicite, bajo los mismos términos condiciones.

(...)”.

[Énfasis y subrayado agregados].

56. Además, el artículo 17 del RETA establece que la Entidad Prestadora podrá solicitar al Ositrán el inicio de un procedimiento de fijación o revisión tarifaria. Asimismo, establece los requisitos legales mínimos que deberá contener toda solicitud de fijación tarifaria, de la siguiente manera:

“Artículo 17.- Solicitud de inicio del procedimiento de fijación y revisión tarifaria

17.1. La Entidad Prestadora podrá solicitar al Ositrán, el inicio de un procedimiento de fijación o revisión tarifaria.

17.2. La solicitud de fijación y revisión de tarifas debe contener como mínimo la siguiente información:

- a) Denominación de la Entidad Prestadora solicitante.
- b) Número de asiento registral en la que conste las facultades del representante legal de la Entidad Prestadora.
- c) Domicilio en el cual la Entidad Prestadora desea recibir las notificaciones del procedimiento. De ser el caso, indicar dirección de correo electrónico, señalando de forma expresa si autoriza que las notificaciones se realicen a dicha dirección de correo electrónico, de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y sus modificatorias.
- d) Identificación y descripción detallada del servicio(s) objeto de la solicitud de fijación o revisión tarifaria.
- e) Fundamentos que sustentan la solicitud.
- f) Propuesta tarifaria, incluyendo una explicación detallada de la metodología empleada para su elaboración, así como la información y documentación sustentante respectiva, conforme se detalla en el acápite II del Anexo I del presente Reglamento.”

[Énfasis y subrayado agregados.]

- 57. Como se observa, a partir de la lectura de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, de manera previa a la prestación de cualquier Servicio Especial no previsto en él, APMT debe presentar su propuesta al Indecopi, con copia al Ositrán. De manera que, el Indecopi se debe pronunciar sobre la existencia de condiciones de competencia, y, en caso la respuesta sea negativa y el Concesionario lo solicite al Organismo Regulador, el Ositrán iniciará el procedimiento de fijación tarifaria según lo establecido en el RETA.
- 58. Así, conforme al procedimiento contractual previsto en la Cláusula 8.23, luego de que, mediante Carta N° 0032-2021-APMTC/LEG del 09 de marzo de 2021, APMT solicitó al Indecopi que se pronuncie sobre las condiciones de competencia para el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” en el TNM, este último se pronunció a través del Informe Técnico N° 042-2021-CLC/INDECOPI²³ del 19 de julio de 2021, en el cual se concluyó que dicho servicio no se prestaría en condiciones de competencia.
- 59. Cabe mencionar que, frente a dicho pronunciamiento emitido por el Indecopi, mediante Carta N° 619-2021 APMTC/LEG y anexo del 10 de agosto de 2021, APMT presentó comentarios respecto a los dos mercados relevantes definidos en el Informe Técnico N° 42-2021-CLC/INDECOPI, a efectos de que la CLC evalúe estos escenarios y le precise en qué casos se verificaría o no la existencia de condiciones de competencia.
- 60. En atención a ello, mediante Carta N° 140-2021/DLC-INDECOPI del 03 de septiembre de 2021 dirigida a APMT, por encargo de la CLC, la DLC concluyó que, analizados los nuevos argumentos señalados por APMT y, en base a la información disponible, las conclusiones contenidas en el Informe Técnico 042-2021-CLC/INDECOPI se mantienen, siendo que el servicio denominado “Gasificado de contenedores llenos” no se prestaría en condiciones de competencia”^{24,25}.

²³ El mencionado Informe Técnico fue remitido a este Regulador mediante Oficio 088-2021/ST-CLC-INDECOPI recibido el 20 de julio de 2021.

²⁴ Cabe indicar que, en su Carta N° 140-2021/DLC-INDECOPI dirigida a APMT, la DLC también señaló que “determinada información o supuestos contemplados en el escrito de [APMT, es decir, la Carta N° 619-2021 APMTC/LEG y anexo] constituye información que no fue presentada por APM Terminals Callao S.A. [...] en su propuesta de servicio especial para que el [...] Indecopi se pronuncie sobre las condiciones de competencia. En tal sentido, la Comisión considera que el momento oportuno para que APMT remita toda aquella información que estime conveniente evaluar es antes de su pronunciamiento; por lo que se exhorta a APMT para que, en el caso de futuras solicitudes, lo realice en este periodo”.

²⁵ La antes indicada Carta N° 140-2021/DLC-INDECOPI fue remitida a este Regulador mediante Oficio N° 010-2021/DLC-INDECOPI recibido el 07 de septiembre de 2021.

61. Con posterioridad a la obtención de la respuesta del Indecopi²⁶ en el que determinó que el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” no se prestaría en condiciones de competencia, mediante Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG recibida el 20 de abril de 2022, APMT solicitó a este Regulador el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial antes mencionado. Así, mediante la carta antes señalada, el Concesionario señaló que se cumplía con los requisitos para proceder con dicho inicio de procedimiento tarifario, indicando que el Indecopi mediante el Informe N° 042-2021-CLC/INDECOPI ha señalado que no existen condiciones de competencia en la prestación del servicio “Gasificado de contenedores llenos”.
62. En ese contexto, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0021-2022-CD-OSITRAN sustentada en el Informe Conjunto N° 00047-2022-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), el Consejo Directivo del Ositrán dispuso, a pedido de APMT, el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” a ser brindado en el TNM, bajo la premisa de que, tal como fue señalado por APMT en su solicitud de fijación tarifaria, conforme al procedimiento contractual previsto en la Cláusula 8.23, el Indecopi emitió su pronunciamiento sobre la existencia de condiciones de competencia a través del Informe Técnico N° 042-2021-CLC/INDECOPI, ratificado mediante la Carta N° 140-2021/DLC-INDECOPI, concluyendo que el mencionado Servicio Especial no se prestaría en condiciones de competencia.
63. Es preciso mencionar que, incluso, en la medida que el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” a ser brindado en el TNM no se prestaría en condiciones de competencia conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, en atención al pedido formulado por APMT en su solicitud de fijación tarifaria del servicio antes señalado, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 0021-2022-CD-OSITRAN se fijó una tarifa provisional para dicho servicio en tanto se determine la tarifa final, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del RETA.
64. Por lo expuesto, se observa que carece de sustento el argumento expuesto por APMT en el marco de su Recurso de Reconsideración, conforme al cual el Servicio Especial de “Gasificado de contenedores llenos” se brindaría en condiciones de competencia. Por el contrario, debe destacarse que, conforme a lo señalado en su Contrato de Concesión, es una facultad del Concesionario brindar el mencionado servicio especial; en ejercicio de dicha facultad, y conforme al procedimiento establecido en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, APMT requirió al Indecopi que se pronuncie sobre la existencia de condiciones de competencia; y, sobre la base del pronunciamiento emitido por el Indecopi – sobre la inexistencia de condiciones de competencia – es que el propio Concesionario solicitó al Regulador que intervenga a través de la fijación de una tarifa para el servicio antes indicado.
65. Así, existiendo los presupuestos para el desarrollo del procedimiento de fijación tarifaria, *“el OSITRAN tiene la obligación de (...) fijar las tarifas por tales servicios, para lo cual debe seguir el procedimiento previsto en el Reglamento General de Tarifas anteriormente citado, a efecto de limitar el posible abuso de poder de mercado de la concesionaria”*, lo cual, justamente ha citado por APMT al referirse al pronunciamiento del Tribunal de Transparencia en su Recurso de Reconsideración.
66. En consecuencia, contrariamente a lo indicado por el Concesionario, el criterio del Tribunal de Transparencia sí es aplicable al presente caso.
67. Por otro lado, en cuanto a lo que señala el Concesionario respecto a que, para la determinación que efectuó el Tribunal de Transparencia en el caso antes citado, dicho colegiado tuvo en consideración que se debe realizar una ponderación entre los derechos fundamentales en juego, por un lado, los derechos de libre iniciativa, libertad de empresa y libre intercambio de servicios y bienes destinados a reducir el riesgo de las operaciones económicas, y por otro lado, el derecho a la vida privada y la intimidad, debe señalarse

²⁶ Informe Técnico N° 042-2021-CLC/INDECOPI y la Carta N° 140-2021/DLC-INDECOPI.

que dicha inferencia se encuentra fuera de contexto por los motivos que se indican a continuación.

68. En efecto, de la revisión del pronunciamiento del Tribunal de Transparencia, se advierte que dicha afirmación ha sido extraída de una cita que hace el referido órgano de un pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en el marco del Expediente N° 02838-2009-PHD/TC. Así, el Tribunal de Transparencia señaló lo siguiente:

“a) Reflexiones sobre algunas sentencias del Tribunal Constitucional aplicables al caso concreto

- ***Expediente N° 02838-2009-PHD/TC.-*** Proceso constitucional de hábeas data seguido por una empresa clasificadora de riesgos contra el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, respecto al pedido de entrega de los Balances Generales y Estados de Ganancias y Pérdidas de las personas jurídicas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores, en el cual el Tribunal Constitucional analizó “... de manera puntual y detallada sobre qué aspectos versa la documentación solicitada.”, desarrollando los conceptos de secreto bancario y vida privada -citando a su vez las Sentencias N° 000004-2004-AI/TC y 01219-2003-HD/TC-, (...).

Resulta pertinente anotar que el Tribunal Constitucional dedicó buena parte de su análisis en ponderar los bienes jurídicos comprometidos a efectos de emitir sentencia (Fundamentos 29 a 39), comparando por un lado los derechos de libre iniciativa privada, libertad de empresa y libre intercambio de servicios y bienes destinados a reducir el riesgo de las operaciones económicas, y por otro, el derecho a la vida privada y la intimidad, concluyendo que:

“lo que realmente resulta relevante es la naturaleza de la información sujeta a reserva por las implicancias que su exposición puede generar en los particulares, ... ” (. . .) “En todo caso, aun cuando el suministro de la información requerida incremente la eficiencia del mercado, el logro de tal objetivo no puede realizarse a costa de sacrificar completamente otros bienes constitucionales igualmente legítimos”.

*En el referido pronunciamiento, si bien se resolvió denegar la entrega de los Balances Generales y Estados de Ganancias y Pérdidas solicitados al considerarse que contienen información bancaria, se evidencia que el Tribunal Constitucional realizó un análisis particular sobre el caso concreto, pues no se limitó a deducir que la información bancaria contenida en las Subcuentas 104, 105 y 106 del Balance General se encontraba tutelada por el secreto bancario como una expresión del derecho fundamental a la intimidad, y por esa razón no procedía su entrega, **sino que necesariamente realizó una ponderación de los derechos constitucionales en controversia para emitir su pronunciamiento, considerando como un elemento de análisis la posición de riesgo que podría originar una limitación al secreto bancario y su prevalencia sobre otros derechos constitucionales igualmente protegidos”.***

[Subrayado y énfasis agregado].

69. A partir de la cita completa del pronunciamiento del Tribunal de Transparencia, se advierte que en el caso citado por dicho órgano, el Tribunal Constitucional hizo una mención a los derechos indicados por APMT (libre iniciativa privada, libertad de empresa y libre intercambio de servicios y bienes destinados a reducir el riesgo de las operaciones económicas por un lado, y por otro lado, el derecho a la vida privada y la intimidad) con ocasión del análisis de la calificación del secreto bancario, lo cual no es objeto del presente caso. Sin perjuicio de ello, más allá de la simple cita que ha hecho APMT sobre este extremo del pronunciamiento emitido por el Tribunal de Transparencia, es importante señalar que el Concesionario tampoco ha manifestado que dichos derechos sean relevantes para la evaluación de la información objeto de su Recurso de Reconsideración.
70. De igual forma, es preciso reiterar que, tal como se sustentó en el Informe N° 00093-2022-GRE-OSITRAN, si bien la información señalada en los puntos (ii) al (xii) se encuentra vinculada a costos de APMT, dicha información ha sido presentada en el marco del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial de Gasificado de contenedores llenos, iniciado a solicitud de APMT. Además, como se ha mencionado previamente, dicho procedimiento de fijación tarifaria se encuentra en trámite debido a que

el servicio antes mencionado no se brinda en condiciones de competencia, de conformidad con el pronunciamiento emitido por el Indecopi de conformidad con lo establecido en el procedimiento previsto en la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, siendo sobre la base de dicho pronunciamiento que APMT solicitó que este Regulador determine la tarifa aplicable para el referido Servicio Especial²⁷.

71. Respecto al **argumento (b)**, conforme fue indicado en el Informe N° 00093-2022-GRE-OSITRAN, ni el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, ni el TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establecen una definición de lo que constituye el secreto comercial. Siendo ello así, corresponde remitirse a definiciones y conceptos desarrollados en la normativa y lineamientos que existen sobre la materia.
72. Al respecto, la OMPI indica que, por lo general, constituye secreto comercial toda información comercial que otorgue a una empresa una ventaja competitiva y sea desconocida por otros²⁸.
73. 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].

74. Asimismo, la CLC del Indecopi aprobó los Lineamientos sobre Confidencialidad de la CLC²⁹, señalando lo siguiente con respecto al secreto comercial³⁰:

²⁷ Cabe mencionar que, la Resolución Impugnada declaró, entre otros, la confidencialidad de los datos de identificación de los trabajadores, pues – en línea con el criterio del Tribunal de Transparencia antes citado – si bien se considera relevante que la información sobre costos vinculados a la mano de obra pudiera ser conocido por los usuarios en el marco del procedimiento de fijación tarifaria, corresponde cautelar la identidad de los trabajadores.

²⁸ Ver: <<https://www.wipo.int/tradesecrets/es/>>. Último acceso: 02 de diciembre de 2022. Cita:

“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”.

[Énfasis y subrayado agregados].

²⁹ Aprobados mediante la Resolución 027-2013/CLC-INDECOPI.

³⁰ 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:

*“(…) 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 ella³¹. **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].

75. 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.”

76. 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].

77. En ese sentido, de acuerdo con la normativa y los 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 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.

“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”.

78. Por otro lado, es importante señalar que, la Ley N° 27838, Ley de Transparencia de los Procedimientos Regulatorios, cuyo artículo 2³², establece que el objeto de la citada ley es garantizar que la función reguladora sea ejecutada con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económicos, y establecer los mecanismos que garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas, mediante el acceso a toda la información utilizada por los Organismos Reguladores.
79. Además, el artículo 5 de la citada Ley N° 27838 señala que la información que califique como confidencial bajo el supuesto de secreto comercial o industrial debe constar en resolución motivada emitida por el Consejo Directivo del Organismo Regulador, tal como se cita a continuación:

“Artículo 5.- Información confidencial

La calificación de la información “confidencial” referida al secreto comercial o industrial de las empresas prestadoras de servicios públicos, deben constar en resolución motivada expedida por el Consejo Directivo del Organismo Regulador.”

80. En ese sentido, debe afirmarse que la mencionada Ley N° 27838 contempla como regla general que la información de los procedimientos tarifarios debe ser de acceso público, pues se busca garantizar la transparencia del procedimiento tarifario, permitiendo que toda persona pueda acceder a la información que se analiza para la determinación de las tarifas; y, que de manera excepcional, se pueda declarar la confidencialidad de la información presentada en el marco de un procedimiento tarifario, debiendo dicha declaratoria de confidencialidad constar en resolución motivada emitida por la máxima instancia del Organismo Regulador.
81. Con base en lo anterior, respecto a la información de punto (i) listada al inicio de esta Sección del presente Informe Conjunto, es decir, aquella referida a la lista de actividades para brindar el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, en el Informe N° 0093-2022-GRE-OSITRAN se concluyó que la misma no calificaba como secreto comercial en tanto varias de las actividades listadas por APMT han sido previamente proporcionadas en la Propuesta Tarifaria presentada por APMT mediante la Carta N° 0336-2022-APMTC/LEG³³, de fecha 20 de abril de 2022, sin que, en dicha oportunidad, el Concesionario haya presentado una solicitud de confidencialidad específicamente sobre dicha información. Igualmente, se indicó que cierta información de las actividades, así como de los insumos para la provisión del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” se encuentra contenida en la Carta N° 0032-2021-APMTC/LEG, recibida el 09 de marzo de 2021 sin pedido de confidencialidad alguno por parte de APMT³⁴.
82. Asimismo, mediante el Informe N° 0093-2022-GRE-OSITRAN se concluyó que, además, la información presentada por APMT refleja pasos o actividades que razonablemente pueden ser comunes a la prestación del servicio en cuestión, siendo así, no se trata de información exclusiva o desconocida para terceros. Adicionalmente, se advirtió que APMT no fundamentó cómo dicha lista de actividades, por sí misma, sería susceptible de explotación económica; y, tampoco acreditó que dicha información conocida por terceros (en la medida que, mediante las Cartas N° 1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-

³² ***“Artículo 2.- Objeto de la norma***

La presente Ley tiene por objeto garantizar que la función reguladora sea ejecutada con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económicos, y establecer los mecanismos que garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas, mediante el acceso a toda la información utilizada por los Organismos Reguladores.”

³³ Específicamente, en las páginas 9, 10, 12 y 13 de la señalada Propuesta Tarifaria de APMT.

³⁴ Dicha carta fue presentada por APMT al Indecopi, con copia al Ositrán, a fin de que la Comisión de Libre Competencia del Indecopi se pronuncie sobre la existencia de las condiciones de competencia del servicio antes mencionado. Luego del pronunciamiento del Indecopi, la información contenida en la Carta N° 0032-2021-APMTC/LEG fue recogida en el Informe Conjunto N° 056-2021-IC-OSITRAN, el mismo que sustentó la Resolución de Consejo Directivo N° 0016-2021-CD-OSITRAN a través de la cual se declaró que el servicio mencionado califica como un Servicio Especial no previsto en el Contrato de Concesión.

APMTC/LEG y N° 1263-2022-APMTC/LEG, APMT indicó que la información había sido compartida con personas interesadas en contratar sus servicios) haya sido resguardada a través de acuerdos de confidencialidad u otros que pueda llevarnos a afirmar que el administrado ha implementado los mecanismos necesarios para resguardar su información. En ese sentido, se determinó que la información es susceptible de ser y haber sido conocida por terceros, por lo que no califica como secreto comercial.

83. Al respecto, a través de su Recurso de Reconsideración, el Concesionario alega que esta información es mucho más detallada que la información presentada como pública a través de sus Cartas N° 0032-2021-APMTC/LEG y N° 0336-2022 APMTC/LEG, por lo que la información no habría sido hecha pública a través de las cartas mencionadas.
84. Sobre el particular, se advierte que APMT reconoce que la información para la cual se solicitó la confidencialidad, contiene información previamente divulgada, en tanto fue presentada como información pública. En efecto, según lo establecido en los artículos 3³⁵ y 8³⁶ del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, el administrado tiene la responsabilidad de solicitar que la información que proporcione sea declarada confidencial si así lo considera, de no hacerlo, ella recibirá el tratamiento de información pública³⁷. Por dicha razón, con acierto, se concluyó que parte de la información sobre las actividades que conforman la prestación del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” presentada por APMT constituyen información pública.
85. No obstante lo anterior, como previamente se ha indicado, esa no fue la única razón para denegar la confidencialidad de la información relativa a la lista de actividades del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, sino que se consideró que, el íntegro de la información (es decir, la información en detalle a la que hace referencia APMT) en sí misma no poseía valor comercial porque las actividades reflejaban acciones que razonablemente pueden ser comunes a la prestación del servicio en cuestión, ello, sumado a que APMT ni había acreditado que dicha lista de actividades *per se* sería susceptible de aprovechamiento económico ni ha presentado acuerdos de confidencialidad con los clientes a quienes les compartió dicha información. Todo lo cual, lleva a concluir que la información no es exclusiva de APMT, sino que puede ser conocida o encontrarse en posesión de terceros.
86. Es más, lo mencionado en el párrafo precedente respecto a que la información corresponde a una práctica común para brindar el servicio ha sido afirmado por el propio Concesionario con ocasión de su Carta N° 0336-2022 APMTC/LEG, según se cita a continuación:

“Este tipo de servicio es proporcionado a productos perecederos con el objetivo de inhibir la producción de etileno y retrasar la maduración (degradación o deterioro) de las mercancías; lo cual finalmente permite el transporte marítimo de largas distancias (que pueden estar regularmente en rangos de entre 20 a 45 días).

La práctica habitual para inhibir la producción de etileno y retrasar la maduración de las mercancías es que la atmosfera del contenedor contenga un bajo nivel del gas oxígeno (O2) y un alto nivel del gas dióxido de carbono (CO2)4 y nitrógeno (N2). Los niveles

³⁵ **“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”.

³⁶ **“Artículo 8.- Información Pública.**

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

³⁷ De manera similar a lo establecido en el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, los Lineamientos sobre Confidencialidad de la CLC señalan que un requisito para que la información sea declarada confidencial es que esta no haya sido previamente divulgada.

exactos de O₂ y CO₂ serán indicados por el usuario cuando solicite el servicio bajo análisis. En el gráfico siguiente, se muestra, a modo de ejemplo, el antes y después del servicio bajo análisis. El “antes” es como podría llegar el contenedor a APMT en cuanto a atmósfera (niveles de gases); se observa que el contenedor podría llegar con 78% de nitrógeno, 20.9% de oxígeno, 0.04% de CO₂ y 0.09% de otros gases. Luego de brindarse el servicio bajo análisis, los niveles de gases de nitrógeno aumenta a 83%, pero lo importante, es que el oxígeno se reduce a 5% y el CO₂ se eleva a 12%, tal como lo podría demandar el usuario⁶.

(...)

Otro aspecto a mencionar, es que el servicio bajo análisis se brindará indistintamente bajo la técnica del tipo Atmósfera Modificada (MA por sus siglas en inglés) o a contenedores que poseen la tecnología de atmósfera controlada⁷.

⁶ Como se ha mencionado, la práctica general para retrasar la maduración de las mercancías es la provisión conjunta de N₂ y CO₂ (primero N₂ y luego CO₂). No obstante, dependiendo de la tecnología del contenedor o la necesidad específica del cliente, en ciertas ocasiones se puede suministrar únicamente N₂ o en otras ocasiones únicamente CO₂.”

⁷ Una referencia respecto a las diferencias entre ambas tecnologías es el documento “Controlled Atmosphere and Modified Atmosphere Guidelines Refrigerated Cargo Ships and Refrigerated Containers” publicado por el ICCT (International Cold Chain Technology) [sic].”.

87. Según se observa, la información sobre la lista de actividades para brindar el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, tal como ha sido presentada por APMT no reviste un valor comercial, por el contrario, corresponde a prácticas habituales o comunes para cualquier ofertante del servicio, lo cual no ha sido desvirtuado por el Concesionario en su Recurso de Reconsideración. Inclusive, como ejemplo, la información relativa a la inyección de gases, que forma parte de la lista de actividades antes mencionada, puede ser conocida a través del documento citado por el propio APMT en su Carta N° 0336-2022 APMT/LEG: *Controlled Atmosphere and Modified Atmosphere Guidelines Refrigerated Cargo Ships and Refrigerated Containers*” publicado por el ICCT (International Cold Chain Technology)³⁸.
88. Por tanto, corresponde ratificar la denegatoria de confidencialidad de la información del punto (i) establecida en el Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2022-CD-OSITRAN.
89. Respecto a la información de los puntos (ii) al (xii), relativa a la estructura de costos de APMT para la prestación del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” (lo que incluye la cantidad y costos de la mano de obra y de los insumos para brindar el servicio mencionado; la información sobre la descripción del uso de dichos insumos y de dicha mano de obra; los gastos de mantenimiento de un equipo y de combustible; los planes de mantenimiento del equipo; y, costos de las inversiones y la descripción de las mismas) el Concesionario alega que se cumple la definición de secreto comercial establecida por la OMPI y el Indecopi.
90. Al respecto, debe recordarse que, según se ha citado en esta Sección del presente Informe Conjunto, uno de los supuestos para que dicha información califique como secreto comercial es que su divulgación pueda generar una ventaja competitiva en terceros. En la misma línea, el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia 48/2021 recaída en el Expediente N° 02422-2019-PHD/TC, resaltó que para que determinada información sea protegida por el secreto comercial, además de mantenerla en secreto, debe concurrir el hecho referido a que su divulgación genere un perjuicio real a la persona jurídica:

“17. En tal sentido, una determinada información comercial o empresarial, a grandes rasgos, será calificada como confidencial o secreta cuando además de recaer en un objeto determinado y que exista sobre ella, la voluntad de mantenerla en secreto, debe concurrir el hecho referido a que su divulgación pueda ocasionar un perjuicio real a la persona jurídica o natural, empresa privada, mixta o del Estado. Ello es así en la medida en que la voluntad de mantener secreta la información ha de obedecer a un legítimo

³⁸ Ver <https://www.crtech.co.uk/pages/ICCT/ICCT_CA_MA_Guidelines_May_2014.pdf>. Último acceso: 02 de diciembre de 2022.

interés objetivo, un interés económico que busque evitar que el acceso público produzca un menoscabo de la competitividad frente a los competidores y que debilite su posición en el mercado o le genere algún daño económico”.

[Subrayado nuestro].

91. En el presente caso, APMT ha alegado que la divulgación de la información le generaría un perjuicio frente a otros ofertantes del servicio “Gasificado de contenedores llenos”, toda vez que estos obtendrían información que no es obtenida por su propio esfuerzo, generándoles una ventaja competitiva.
92. Al respecto, considerando lo indicado en el acápite en el que se analizó el argumento a), corresponde indicar que, en el presente caso, APMT solicitó ante el Ositrán el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” justamente porque el servicio en cuestión no se prestaría en condiciones de competencia, ello conforme a lo señalado por el Indecopi en su Informe Técnico N° 042-2021-CLC/INDECOPI y ratificado mediante la Carta N° 140-2021/DLC-INDECOPI, ambos notificados a APMT antes de que dicha Entidad Prestadora solicite el inicio del procedimiento de fijación tarifaria del mencionado Servicio Especial.
93. Siendo así, carece de sustento lo afirmado por el Concesionario, en el sentido de que, en caso terceros pudieran acceder a la información objeto de análisis en este punto podrían obtener una ventaja competitiva en perjuicio de APMT, toda vez que el Indecopi ha dejado establecido que el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” no se brindaría en condiciones de competencia, y, como tal, no sería posible que existieran terceros con suficiente presión competitiva sobre dicha Entidad Prestadora los cuales pueden aprovecharse de tal información en perjuicio de APMT. En consecuencia, corresponde ratificar la denegatoria de confidencialidad de la información del punto (ii) al (xii) establecida en el Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2022-CD-OSITRAN.
94. Sin perjuicio de lo expuesto, es importante indicar que, cierta información referida a las cantidades de los insumos y la descripción de la mano de obra se encuentra contenida en el “Acta detallada de visita al Terminal Norte Multipropósito (TNM) del 05.10.2022”. Al respecto, cabe señalar que, mediante Oficio N° 00421-2022-GG-OSITRAN, la Gerencia General del Ositrán consultó a APMT si la información contenida en dicha acta era objeto de una solicitud de confidencialidad, toda vez que se había advertido que la misma había sido firmada y devuelta al Ositrán con un pie de página que señala “*Classification: Confidential*”.
95. En atención a ello, mediante la Carta N° 1367-2022 APMTC/LEG – presentada por APMT con posterioridad a la fecha en la que el Ositrán le notificó la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN – el Concesionario indicó de manera expresa que no estaba solicitando la confidencialidad del “Acta detallada de visita al Terminal Norte Multipropósito (TNM) del 05.10.2022”, en consecuencia, en aplicación de los artículos 3 y 8 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, debe señalarse que dicha información ha sido presentada como pública y, por tanto, es pasible de ser conocida por terceros. Siendo así, respecto a dicha información en particular, resulta inexacto lo afirmado por APMT cuando indica que la información se mantiene únicamente en reserva de APMT, pues esta última ha sido proporcionado al Ositrán con carácter público.
96. En relación al punto (xiii), referido a la información sobre la posición del Concesionario sobre la representatividad de la información proporcionada de cara a la elección de la metodología más adecuada para la determinación de la tarifa máxima del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, con ocasión del análisis efectuado en el Informe N° 00093-2022-CD-OSITRAN, no se verificó que la misma tuviera valor comercial, incluso, el Concesionario no justificó que tuviera dicho carácter. Por el contrario, se consideró que, dado que se trata de los argumentos planteados por el Concesionario sobre la metodología a ser utilizada en el procedimiento tarifario en curso, dichos argumentos deben ser

conocidos por los usuarios a efectos de que puedan participar en el mismo, en consecuencia, se denegó su confidencialidad.

97. Sobre el particular, no se advierte que el Concesionario haya desvirtuado lo analizado en el Informe N° 00093-2022-CD-OSITRAN, en tanto, ninguno de sus argumentos presentados en su Recurso de Reconsideración se encuentran destinados a probar el valor comercial de la información del punto (xiii), en consecuencia, corresponde ratificar la denegatoria de su confidencialidad establecida en el Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2022-CD-OSITRAN.
98. En relación al punto (xiv), referido a los párrafos de las Cartas N° 1222-2022-APMTC/LEG y N° 1263-2022-APMTC/LEG en los cuales el Concesionario sustenta su pedido de confidencialidad, tal como se explicó en el Informe N° 00093-2022-CD-OSITRAN que sustenta la Resolución Impugnada, no se verificó que la misma tuviera valor comercial, incluso, el Concesionario no justificó que tuviera dicho carácter. Además, se advirtió que dicha información había sido presentada de manera idéntica a través de la Carta N° 1134-2022 APMTC/LEG, respecto de la cual no solicitó la confidencialidad de este extremo de la información. Así, en aplicación de los artículos 3 y 8 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, se concluyó que dicha información había sido previamente presentada como pública, en consecuencia, se denegó su confidencialidad.
99. Al respecto, tampoco se advierte que el Concesionario haya desvirtuado lo analizado en el Informe N° 00093-2022-CD-OSITRAN, en tanto, ninguno de sus argumentos presentados en su Recurso de Reconsideración se encuentran destinados a probar el valor comercial de la información del punto (xiv) o a cuestionar su divulgación previa, en consecuencia, corresponde ratificar la denegatoria de su confidencialidad establecida en el Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2022-CD-OSITRAN.

IV. CONCLUSIONES

100. El Concesionario ha interpuesto su Recurso de Reconsideración cumpliendo con los requisitos establecidos en el TUO de la LPAG.
101. El Recurso de Reconsideración interpuesto por el Concesionario se encuentra destinado a cuestionar lo resuelto mediante el Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN, el mismo que denegó la confidencialidad de la información listada en el considerando 41 del presente Informe Conjunto.
102. Del análisis desarrollado en el presente Informe Conjunto, se pueden extraer, fundamentalmente, las conclusiones expuestas a continuación:
 - Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 021-2022-CD-OSITRAN, se inició el procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”. En ese marco procedimental, el Concesionario presentó la información materia del presente Recurso de Reconsideración. Cabe señalar que dicho procedimiento se inició debido a que, conforme a la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión del TNM, el Indecopi emitió su pronunciamiento señalando que el servicio antes mencionado no se brindaría en condiciones de competencia. Es preciso resaltar, además, que dicho procedimiento se inició a solicitud de APMT, quien, como parte del sustento de su solicitud de fijación tarifaria presentada ante este Organismo Regulador, se remitió al pronunciamiento emitido por el Indecopi.

- Considerando lo mencionado en el párrafo precedente, contrariamente a lo señalado por APMT en su Recurso de Reconsideración, el criterio desarrollado por el Tribunal de Transparencia en la Resolución N° 010300782019 es aplicable al presente caso. Así, al igual que en el caso evaluado por el referido órgano, APMT brinda servicios en virtud de una concesión y, en particular, el Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos” no se brinda en condiciones de competencia, de acuerdo al pronunciamiento dado por el Indecopi en virtud de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, siendo precisamente esa la razón por la que se viene llevando a cabo el procedimiento de fijación tarifaria del servicio antes mencionado, a solicitud de APMT.
- Dado lo anterior, en línea con el criterio del Tribunal de Transparencia, resulta relevante que la información materia del Recurso de Reconsideración de APMT pueda ser de conocimiento público, a fin que los usuarios puedan conocer dicha información para participar en el procedimiento y, eventualmente, ejercer su derecho a impugnar la decisión del Regulador.
- Además, en cuanto al listado de actividades asociadas a la prestación del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, debe reiterarse que parte de dicha información fue previamente presentada con carácter público, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán. Asimismo, respecto al íntegro de la información, como ha sido reconocido por APMT, debe decirse que corresponde a actividades que resultan razonablemente comunes o habituales en la prestación del servicio en cuestión, por lo que no se verifica que dicha información posea valor comercial. En consecuencia, su confidencialidad no puede ser otorgada.
- Asimismo, carecen de fundamento las alegaciones vertidas por APMT, en el sentido de que la divulgación de la información objeto de su Recurso de Impugnación podría afectar su posición competitiva frente a terceros. Ello, toda vez que dicha información ha sido presentada en el marco del procedimiento de fijación tarifaria del Servicio Especial “Gasificado de contenedores llenos”, el cual - como se ha indicado previamente - se inició debido a que, de acuerdo con el pronunciamiento emitido por el Indecopi en virtud de la Cláusula 8.23 del Contrato de Concesión, el mencionado servicio no se brinda en condiciones de competencia.
- En cuanto a los párrafos contenidos en las Cartas N° 1134-2022-APMTC/LEG, N° 1222-2022-APMTC/LEG y N° 1263-2022 APMTC/LEG, relativos a los argumentos que expuso el Concesionario sobre la supuesta falta de representatividad que tenía la información suministrada sobre la prestación del servicio, así como los fundamentos que presentó sobre su pedido de confidencialidad, corresponde reiterar que no se verifica que dicha información pudiera tener un valor comercial ni que su divulgación pudiera ocasionar un perjuicio a APMT, debiendo resaltarse que el Concesionario tampoco ha presentado justificación sobre ello.

103. En ese sentido, por las consideraciones expuestas a lo largo del presente Informe Conjunto, corresponde declarar infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por APM Terminals Callao S.A. en todos sus extremos, contra Artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0050-2022-CD-OSITRAN; en consecuencia, corresponde ratificar el Artículo 3 de la señalada resolución.

V. RECOMENDACION

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

Atentamente,

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos

GLORIA CADILLO ÁNGELES

Gerente de Asesoría Jurídica

Adj.:

- Proyecto de resolución.

NT 2022129179