



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

RESOLUCIÓN DE LA GERENCIA DE REGULACIÓN Y ESTUDIOS ECONÓMICOS

Nº 00001-2024-GRE-OSITRAN

Lima, 25 de septiembre de 2024

VISTAS:

La Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277 recibida el 20 de agosto de 2024, complementada con la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0324 del 16 de septiembre de 2024, mediante las cuales Lima Airport Partners S.R.L. solicita la confidencialidad de los dos (2) informes legales presentados a través de la mencionada Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 14 de febrero del 2001, el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción¹ (en adelante, el Concedente o MTC) y Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, el Concesionario o LAP) suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (en adelante, AIJC).
2. El referido Contrato de Concesión estableció un nivel máximo de las tarifas por los servicios de TUUA (nacional e internacional), aterrizaje y despegue (y estacionamiento)², a ser aplicadas por el Concesionario durante los primeros ocho (8) años de vigencia de la Concesión. Asimismo, dispuso que, a partir del noveno año, dichas tarifas se reajustarían periódicamente por la variación del índice de precios al consumidor de los EEUU, menos un porcentaje estimado de los incrementos de productividad, el cual sería calculado por Ositrán y permanecería fijo por un período de cinco (5) años.
3. A la fecha de emisión del presente Informe, el Concedente y el Concesionario han suscrito ocho (8) adendas al Contrato de Concesión. En particular, la Adenda N° 6 suscrita el 08 de marzo del 2013, estableció que una vez que entre en operaciones el Nuevo Terminal de Pasajeros, el Concesionario cobrará la Tarifa Unificada de Uso Aeroportuario aplicable a los pasajeros de transferencia en el AIJC (en adelante, TUUA de Transferencia), de acuerdo con las disposiciones del Contrato de Concesión, las Leyes Aplicables y las Normas así definidas en el Contrato de Concesión.
4. Mediante la Resolución de Presidencia N° 0034-2024-PD-OSITRAN de fecha 06 de junio de 2024³, se inició el procedimiento de fijación tarifaria de oficio de la TUUA de Transferencia, vigente a partir del inicio de operaciones del Nuevo Terminal de Pasajeros del mencionado aeropuerto.

¹ Desde la aprobación de la Ley N° 27779, Ley Orgánica que modifica la Organización y Funciones de diversos Ministerios, la denominación es: Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

² De acuerdo con el Anexo 5 del Contrato de Concesión, el servicio de aterrizaje y despegue nacional e internacional comprende el estacionamiento por 90 minutos (plataforma y/o posición remota); después de los 90 minutos, se aplica el 10% de la tarifa de aterrizaje y despegue por las primeras cuatro (4) horas, y posteriormente, el 2,5% de dicha tarifa por cada hora o fracción.

³ Notificada el 06 de junio de 2024 al Concesionario a través del Oficio N° 0236-2024-PD-OSITRAN. En la misma fecha se notificó al MTC a través del Oficio N° 0237-2024-PD-OSITRAN.

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de la Ley N° 27269, Ley
La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas e

NT: 2024120635
Clave: vzO2WHG



5. El Informe Conjunto N° 00080-2024-IC-OSITRAN (GRE-GAJ), que sustenta y forma parte integrante de la Resolución de Presidencia N° 0034-2024-PD-OSITRAN, consideró dentro del alcance del procedimiento de fijación tarifaria los siguientes flujos de pasajeros de transferencia: Internacional-Internacional (INT-INT), Doméstico-Doméstico (DOM-DOM) y Doméstico-Internacional (DOM-INT), excluyendo a los pasajeros de transferencia del flujo Internacional – Doméstico (INT-DOM).
6. Mediante la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277 recibida con fecha 20 de agosto de 2024, LAP presentó dos informes de estudios jurídicos con el objetivo de sustentar el alcance de los pasajeros de transferencia respecto de los cuales corresponde fijar la TUUA de transferencia.
7. Considerando que uno de los informes presentados por LAP a través de la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277 tiene como encabezado “*confidencial y privilegiado*”, mediante el Oficio N° 00230-2024-GG-OSITRAN – notificado el 12 de septiembre de 2024 – la Gerencia General solicitó indicar de manera clara y precisa los requisitos necesarios para la declaración de confidencialidad previstos en el artículo 9 del Reglamento para la Determinación, Ingreso, Registro y Resguardo de la Información Confidencial presentada ante OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD-OSITRAN (en adelante el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán).
8. Por intermedio de la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0324 recibida con fecha 16 de septiembre de 2024, LAP atendió el pedido formulado por la Gerencia General; asimismo, solicitó que también se declare la confidencialidad respecto al otro informe legal remitido a través de la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277.
9. Mediante el Memorando N° 367-2024-GAJ-OSITRAN recibido con fecha del 20 de septiembre de 2024, la Gerencia de Asesoría Jurídica se dirigió a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos indicando que se culminó con la evaluación de los requisitos de forma de la solicitud de confidencialidad presentada por LAP, por lo que corresponde que el órgano competente se pronuncie sobre el fondo, en aplicación del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán.
10. A través de la Resolución de Presidencia N° 0062-2024-PD-OSITRAN de fecha 23 de septiembre de 2024⁴, sustentada en el Informe Conjunto N° 00141-2024-IC-OSITRAN, se dispuso el inicio de oficio del procedimiento de interpretación del literal a) del numeral 1.1 de la sección “Régimen de tarifas y precios aplicables” del Anexo 5 y la Cláusula Cuarta de la Adenda N° 6 del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Ello, según las consideraciones expuestas en el mencionado informe conjunto, con el fin de dilucidar si el término “pasajeros en transferencia” comprende únicamente a los pasajeros INT-INT y DOM-DOM o no.

II. ANÁLISIS

II.1. Evaluación de los requisitos de forma de la solicitud de confidencialidad

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

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

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

- a) Resumen o listado de la información presentada.
- b) Motivo por el cual se presenta la información.

⁴ Notificado el 24 de septiembre de 2024 al Concesionario a través del Oficio N° 00461-2024-PD-OSITRAN. En la misma fecha se notificó al MTC a través del Oficio N° 00462-2024-PD-OSITRAN.

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

12. Como se ha indicado en la Sección de Antecedentes del presente informe, mediante el Memorando N° 00367-2024-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica ha indicado que la solicitud de confidencialidad presentada por el Concesionario mediante la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277 recibida el 20 de agosto de 2024, complementada con la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0324 de fecha 16 de septiembre de 2024, cumple con los requisitos de forma señalados en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, por lo que corresponde al órgano competente emitir pronunciamiento sobre el fondo del pedido de confidencialidad formulado.

II.2. Justificación del pedido de confidencialidad

13. Mediante la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0324 el Concesionario justificó su pedido de confidencialidad señalando que dicha información se encuentra inmersa en el literal a) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán debido a que, a su juicio, los dos (2) informes legales son documentos que constituyen opiniones legales producidas como parte del proceso deliberativo relacionado a la fijación de la TUUA de Transferencia, el cual se encuentra en curso.

II.3. Órgano competente para resolver la solicitud de confidencialidad

14. De acuerdo con el numeral 7 del artículo 39 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM del 28 de febrero de 2015 (en adelante, ROF), la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos tiene como función resolver las solicitudes de confidencialidad no referidas a secreto comercial o industrial, en el ámbito de sus competencias, conforme a la normativa de la materia.
15. Por su parte, el artículo 4 del Reglamento de Confidencialidad de Ositrán establece que la Gerencia General es la encargada de actuar en segunda instancia administrativa para determinar la información como confidencial a excepción de la información considerada como secreto comercial o secreto industrial, en cuyo caso el Consejo Directivo será competente para actuar en primera y segunda instancia administrativa. Dicha disposición es concordante con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 7 del ROF⁵.
16. Así, en la medida que el pedido de confidencialidad presentado por el Concesionario se sustenta en que la información se encontraría protegida por una causal distinta al secreto comercial o al secreto industrial, corresponde a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos resolver la solicitud de confidencialidad formulada por LAP, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 39 del ROF.

II.4. Evaluación de fondo de la solicitud de confidencialidad

II.4.1. Normativa aplicable

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

⁵ “Artículo 7. -Funciones del Consejo Directivo

Son funciones del Consejo Directivo, las siguientes:

(...)

12. Resolver las solicitudes de información confidencial referidas a secreto comercial o industrial, conforme a la normativa de la materia;

(...)”.

“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”.

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

“Artículo 8.- Información Pública

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

19. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, “*se considera información confidencial la cual, debido a su contenido, no resulta conveniente su divulgación en el mercado o aquella que por norma legal sea considerada como tal, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 6º del presente Reglamento”.*
20. Por su parte, el literal a) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán establece como uno de los supuestos por los cuales la información puede ser declarada confidencial, aquella información que forma parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno:

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

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

*a. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, cesa la confidencialidad si OSITRAN opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.
(...)”.*

21. Dicha disposición se encuentra en línea con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 15-B de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, Ley de Transparencia), como se observa a continuación:

“Artículo 15-B.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

1. *La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública. Una vez tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones.
(...)”.*

22. Cabe señalar que el artículo 3 de la Ley de Transparencia establece que toda información que posee una entidad del Estado se presume pública, estando dicha entidad obligada a entregar la referida información a las personas que la soliciten.

“Artículo 3.- principio de publicidad

Todas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad.

Los funcionarios responsables de brindar la información correspondiente al área de su competencia deberán prever una adecuada infraestructura, así como la organización, sistematización y publicación de la información a la que se refiere esta Ley.

En consecuencia:

1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la presente Ley.

(...)”

[Énfasis y subrayado agregados].

23. Por tanto, de acuerdo con la normativa antes citada, la regla general es que la información que poseen las entidades del Estado, incluyendo aquella entregada por parte de los administrados, tiene carácter público; sin embargo, la normativa admite excepciones destinadas a proteger, tanto a la entidad como a los administrados, de daños que podrían ser causados por la divulgación de cierta información. Tal es el caso de la información incurra en el numeral 1 del artículo 15-B de la Ley de Transparencia.
24. Dicho esto, a continuación, se procederá a analizar si la información presentada por el Concesionario califica como confidencial bajo el supuesto previsto en el numeral 1 del artículo 15-B de la Ley de Transparencia.

II.4.2. Sobre si la información califica como confidencial

25. Como se indicó previamente, mediante la Resolución de Presidencia N° 0034-2024-PD-OSITRAN de fecha 06 de junio de 2024, sustentada en el Informe Conjunto N° 00080-2024-IC-OSITRAN, se dispuso el inicio del procedimiento de fijación de la TUUA de Transferencia, vigente a partir de la entrada en operación del Nuevo Terminal de Pasajeros del AIJC. El Informe Conjunto N° 00080-2024-IC-OSITRAN consideró dentro del alcance del procedimiento de fijación de la TUUA de Transferencia los siguientes flujos de pasajeros de transferencia: Internacional-Internacional (INT-INT), Doméstico-Doméstico (DOM-DOM) y Doméstico-Internacional (DOM-INT), excluyendo a los pasajeros de transferencia del flujo Internacional – Doméstico (INT-DOM).
26. En este caso, el objeto de la solicitud de confidencialidad de LAP son dos (2) informes legales (en adelante, los Informes Legales de LAP), presentados por intermedio de la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277, con el fin de que sean evaluados por el Ositrán en el presente procedimiento de fijación tarifaria. LAP sustenta su pedido de confidencialidad en los siguientes argumentos:
- (a) Los Informes Legales de LAP, que son de autoría de terceros – asesores externos del Concesionario – forman parte del proceso deliberativo previsto en el numeral 1 del artículo 15-B de la Ley de Transparencia, los cuales han sido emitidos única y exclusivamente para que sean evaluados por el Ositrán en el marco del procedimiento de fijación tarifaria de la TUUA de Transferencia.
- (b) La divulgación de los Informes Legales de LAP puede afectar al Concesionario porque podrían ser conocidos por otros agentes involucrados de manera directa en el procedimiento tarifario en curso, el mismo que se encuentra en trámite.

- (c) La divulgación de los Informes Legales de LAP puede afectar negativamente a las firmas de abogados contratados por el Concesionario con carácter *intuitu personae* toda vez que ellas brindan asesoría legal a otras compañías del sector, afectando su posición frente a sus clientes.

27. Respecto a los argumentos señalados en el **punto (a) precedente**, es importante traer a colación el pronunciamiento de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, la Autoridad de Transparencia) contenido en la Opinión Consultiva N° 044-2021-JUS/DGTAIPD, según el cual, para que la información califique como confidencial bajo el supuesto previsto en el numeral 1 del artículo 15-B de la Ley de Transparencia, referida al proceso deliberativo, deben concurrir necesariamente los siguientes supuestos:

- “Que la información objeto de solicitud contenga consejos, recomendaciones u opiniones expedidos en el marco de un proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, pública, gubernamental o de poder público, es decir, una decisión adoptada por una autoridad en ejercicio de sus competencias.

Aquí cabe precisar que se trata de información previa a la decisión, **es decir, sus antecedentes, los cuales podrán ser considerados o no por el tomador de la decisión final o autoridad.**

La excepción no resulta aplicable a la información contenida en la decisión pública adoptada (o resultado del proceso), salvo que resulte aplicable otra restricción.

- **Que la publicidad, conocimiento o divulgación prematura y previa de aquellos consejos, recomendaciones u opiniones, al momento de su valoración, interrumpa, menoscabe, inhiba o afecte en algún modo –o tenga el potencial de hacerlo– la posterior adopción de la decisión final y el debido cumplimiento de las funciones del tomador de la decisión, órgano o entidad requerida.**

Esto es así, por cuanto, a través de esta excepción “(...) **lo que se busca salvaguardar es la toma de decisiones [que les competen a las autoridades]** para impedir que cualquier influencia pueda causar impacto en las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que se emitan durante la deliberación [afectando el proceso], así como en la adopción de la determinación que culmine el proceso deliberativo, [afectando la misma toma de decisión]”⁶.

[Énfasis agregado].

28. En el presente caso, los Informes Legales de LAP no constituyen consejos, recomendaciones u opiniones que el Ositrán haya solicitado o contratado a efectos de que coadyuven a la toma de la decisión de este Organismo Regulador en el procedimiento de fijación de la TUUA de Transparencia. Por el contrario, se tratan de informes que ha presentado el Concesionario con el objetivo de sustentar su posición respecto al alcance de los pasajeros de transferencia respecto de los cuales considera que se debería fijar la TUUA de transferencia en el marco del mencionado procedimiento.
29. Así, teniendo en cuenta lo señalado en la citada Opinión Consultiva, debe indicarse que los Informes Legales de LAP no constituyen un antecedente de la decisión final que corresponderá adoptar a este Regulador, que “*podría ser considerado o no*” por este último al emitir su decisión final. En efecto, en la medida que han sido presentados por LAP para sustentar su posición en cuanto al alcance de los pasajeros respecto de los cuales el Regulador debería fijar la TUUA de transferencia, de manera obligatoria deberán considerarse dichos Informes Legales -evaluándose si corresponde estimar o no tales

⁶ La referida opinión consultiva citó:
TRINIDAD ZALDÍVAR, Ángel y SAN MARTÍN, Marina. Comentarios al artículo 183. En: Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México Comentada. Mexico: Info, 2018, 573.

argumentos- en estricta aplicación del principio de debido procedimiento⁷ previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

30. Tal es así que, como se mencionó en la sección de antecedentes del presente informe, considerando precisamente los Informes Legales de LAP presentados en el marco del procedimiento de fijación tarifaria de la TUUA de transferencia, mediante Resolución de Presidencia N° 0062-2024-PD-OSITRAN se ha decidido proceder con el inicio de un procedimiento de interpretación contractual a efectos de dilucidar el alcance de los pasajeros de transferencia respecto de los cuales corresponde fijar dicha Tarifa en virtud de la Adenda 6 del Contrato de Concesión. Como se explica en el informe que sustenta la mencionada resolución, resulta importante dilucidar dicho aspecto a efectos de definir el alcance de los pasajeros de transferencia a los cuales se les aplicará la Tarifa que se determine el marco del mencionado procedimiento de fijación tarifaria. Por tanto, no se verifica que se cumpla el primer supuesto concurrente de la Opinión Consultiva N° 044-2021-JUS/DGTAIPD.
31. En cuanto al segundo supuesto concurrente, resulta claro que la divulgación de los Informes Legales de LAP no interrumpe, menoscaba, inhibe o afecta en modo alguno – ni tiene el potencial de hacerlo – la posterior adopción de la decisión final en el procedimiento tarifario iniciado mediante la Resolución de Presidencia N° 0034-2024-PD-OSITRAN o, inclusive, en la decisión final sobre el procedimiento de interpretación contractual iniciado mediante la Resolución de Presidencia N° 0062-2024-PD-OSITRAN. Por el contrario, su divulgación podría contribuir en la participación de los terceros involucrados, lo que permitiría contar con mayores elementos de juicio para la adopción de una decisión final sobre el particular. En consecuencia, tampoco se cumple el segundo supuesto concurrente desarrollado por la Opinión Consultiva N° 044-2021-JUS/DGTAIPD.
32. Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, los Informes Legales de LAP no califican como confidenciales en virtud del literal a) del artículo 6 del Reglamento de Confidencialidad, en concordancia con el numeral 1 del artículo 15-B de la Ley de Transparencia, contrariamente a lo alegado por el Concesionario.
33. Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a los argumentos señalados en los **puntos (b) y (c) precedentes**, según los cuales la divulgación de los Informes Legales de LAP puede generar un perjuicio a LAP y a sus consultores externos -autores de dichos informes-, resulta pertinente reiterar que tales informes han sido presentados por el Concesionario a efectos de que el Ositrán los considere en el procedimiento de fijación de la TUUA de Transferencia iniciado mediante la Resolución de Presidencia N° 0034-2024-PD-OSITRAN.

⁷ Numeral 1.2 del artículo 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

***“1.2. Principio del debido procedimiento.-** Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; **a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios;** a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; **a obtener una decisión motivada,** fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.*

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

[Énfasis y subrayado agregados].



34. Sobre el particular, debe tenerse presente lo indicado por el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, Tribunal de Transparencia) a través de la Resolución N° 010300782019 de fecha 08 de marzo de 2019, respecto a la información recabada dentro de un procedimiento tarifario⁸. En aquel caso, el Tribunal de Transparencia revocó la decisión del Ositrán de denegar a un administrado el acceso a los Estados Financieros que proporcionó LAP en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria; en específico, 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.

⁸ Cabe señalar que, si bien en dicha oportunidad el Tribunal de Transparencia evaluó el carácter confidencial de la información que presentó LAP en el marco de un procedimiento de revisión tarifaria bajo el supuesto de secreto bancario, el razonamiento desarrollado por el Tribunal en esa oportunidad es igual de relevante en este caso, pues versa sobre información que forma parte de un procedimiento tarifario.



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 subrayados agregados].

35. Como se puede apreciar, en dicho caso, el Tribunal de Transparencia reconoció que los organismos reguladores – como 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, debido a que 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.
36. Luego, a partir de esa premisa, el Tribunal de Transparencia realizó una ponderación entre los derechos fundamentales en juego, a efectos de determinar la reserva o publicidad de la información. Siguiendo dicho criterio de ponderación, en el caso evaluado por el mencionado Tribunal de Transparencia, se 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, así como a toda información relacionada a la tarifa, 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.
37. Además, el Tribunal de Transparencia resaltó que, en el marco de una concesión, es la empresa privada quien decidió voluntariamente participar de una función que en principio le corresponde al Estado, 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.



38. 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.
39. En el presente caso, como se ha señalado de manera reiterada en el presente documento, los Informes Legales de LAP fueron remitidos por este a fin de sustentar su posición sobre el alcance de los pasajeros de transferencia respecto a los cuales se debe fijar la TUUA de transferencia en el marco del procedimiento de fijación tarifaria iniciado mediante la Resolución de Presidencia N° 0034-2024-PD-OSITRAN; por tanto, han sido presentados con el objetivo que sean considerados por el Regulador en el marco de dicho procedimiento de fijación tarifaria.
40. Asimismo, como se mencionó previamente, teniendo en consideración los Informes Legales de LAP, mediante Resolución de Presidencia N° 0062-2024-PD-OSITRAN se ha decidido iniciar un procedimiento de interpretación contractual a efectos de dilucidar el alcance de los pasajeros de transferencia a los cuales corresponde fijar la TUUA de transferencia en virtud de la Adenda 6.
41. En ese sentido, siguiendo el criterio del Tribunal de Transparencia antes señalado, la información presentada por LAP en el marco del procedimiento de fijación tarifaria debe ser de público conocimiento para los usuarios, pues son ellos quienes 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 – como lo es, aquella que se encuentra destinada a establecer el alcance de los pasajeros de transferencia, es decir, los usuarios que estarán obligados al pago de la TUUA de Transferencia.
42. Por la misma razón, en tanto la determinación del alcance de los pasajeros de transferencia que se realizará a través del procedimiento de interpretación contractual iniciado mediante la Resolución de Presidencia N° 0062-2024-PD-OSITRAN tendrá un impacto directo en el procedimiento de fijación tarifaria de la TUUA de Transferencia, corresponde indicar que, con mayor razón, resulta importante permitir el acceso de los usuarios a los Informes Legales de LAP.
43. Por tanto, debe primar la regla de publicidad a fin de garantizar el acceso de los usuarios a la información contenida en los Informes Legales de LAP. Ello, más aún cuando LAP ha alegado que el perjuicio que sufriría como consecuencia de la divulgación de los Informes Legales es que los terceros involucrados de manera indirecta en el procedimiento de fijación tarifaria podrían conocer la posición del Concesionario en el mencionado procedimiento. Precisamente, los procedimientos tarifarios se caracterizan por ser transparentes y participativos pues existen otros agentes -los usuarios- quienes tienen derecho a participar en tales procedimientos, toda vez que en ellos recae el pago de las tarifas que se determinan en el marco de los mismos, tal como lo ha reconocido el Tribunal de Transparencia. De ahí, la importancia que tengan acceso a la información que es materia de análisis en el procedimiento, como son los argumentos de LAP en torno al alcance de los pasajeros de transferencia a los cuales, a su juicio, correspondería fijarse la TUUA de transferencia (es decir, los usuarios que asumirán dicho pago).
44. De otro lado, LAP se ha limitado a señalar que la divulgación de los Informes Legales *“podría generar un impacto negativo a afectación[sic] a las firmas de abogados que han elaborado dichos documentos, toda vez que, estos estudios brindan asesoría legal a otras compañías del sector, pudiendo su divulgación afectar su posición respecto de otros clientes; o potenciales clientes.”* Como se puede apreciar, se trata de una mera afirmación de LAP en torno a un posible perjuicio a los estudios de abogados a los cuales ha contratado, sin que se aprecie cómo sería posible que la divulgación de los Informes Legales de LAP, elaborados por los mencionados estudios de abogados a pedido de LAP,

podría afectarlos con otros clientes o potenciales clientes. En cualquier caso, no está demás reiterar que ha sido LAP quien ha decidido contratar a estos estudios de abogados a fin de que elaboren los Informes Legales que ha presentado en el marco del procedimiento de fijación tarifaria, señalado que constituyen los argumentos del Concesionario en el marco de dicho procedimiento; por lo que, en línea con lo antes expuesto, los mismos deben ser de público acceso.

45. Adicionalmente, resulta pertinente poner en relieve que, de acuerdo con lo señalado en la propia Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277 – que no forma parte de la solicitud de confidencialidad formulada por LAP, dado que esta solo se extiende a los Informes Legales de LAP adjuntos a ella – estos últimos fueron realizados, entre otros, sobre la base de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, la propuesta de LAP en el proceso de promoción de la inversión privada mediante la cual se les adjudicó la concesión y su solicitud de modificación de la Adenda N° 6 del Contrato de Concesión. Como se advierte, dichos documentos y otros a los cuales hacen referencia los Informes Legales de LAP son de carácter público, por lo que no se verifica razón alguna para declarar su confidencialidad.
46. Finalmente, como se mencionó en la Sección de Antecedentes del presente informe, en la oportunidad que LAP presentó la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277, a través de la cual adjuntó los Informes Legales de LAP, se observó que solo uno de ellos (de fecha 16 de agosto de 2024) contenía la expresión “*confidencial y privilegiado*”, lo que propició que, a través del Oficio N° 00230-2024-GG-OSITRAN, la Gerencia General solicitara al Concesionario que, respecto a dicho informe legal indique de manera clara y precisa los requisitos necesarios para la declaración de confidencialidad previstos en el artículo 9 del Reglamento de Confidencialidad.
47. Sin embargo, de la revisión de la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277, no se observa que el Concesionario haya formulado pedido de confidencialidad alguno respecto del otro informe legal (de fecha 19 de agosto de 2024) presentado en esa oportunidad. Sobre esto, es preciso recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, las Entidades Prestadoras o los terceros tendrán el derecho a solicitar que determinada información que presenten al Ositrán que consideren confidencial sea declarada como tal, siendo responsabilidad de estas el requerirlo de acuerdo con lo dispuesto en dicho Reglamento.
48. En línea con lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de Confidencialidad antes citado, el artículo 8 de la misma norma establece que, en caso las Entidades Prestadoras o terceros proporcionen información al Ositrán sin formular un pedido de confidencialidad, dicha información será considerada pública. En tal sentido, en la medida que al presentar la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277, LAP no formuló un pedido de confidencialidad respecto de ese informe legal, dicha información fue proporcionada con carácter público al Ositrán.
49. Si bien de manera posterior, mediante Carta N° C-LAP-GALG-2024-0324 recibida con fecha 16 de septiembre de 2024, el Concesionario solicitó la confidencialidad del informe legal antes mencionado (de fecha 19 de agosto de 2024), teniendo en cuenta que dicha información había sido proporcionada previamente con carácter público a través de la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277 recibida con fecha 20 de agosto de 2024; carece de objeto alegar que el mismo tenga carácter confidencial como alega el Concesionario.



50. Por lo tanto, de conformidad con la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; y, el Reglamento de Confidencialidad del Ositrán, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2003-CD/OSITRAN y sus modificatorias;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Denegar la solicitud de confidencialidad formulada por Lima Airport Partners S.R.L. respecto a los dos (2) informes legales remitidos mediante la Carta N° C-LAP-GALG-2024-0277 recibida el 20 de agosto de 2024.

Artículo 2º.- Notificar la presente resolución a Lima Airport Partners S.R.L.

Artículo 3º.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional del Ositrán ubicado en la Plataforma Digital Única del Estado Peruano (<http://www.gob.pe/ositran>).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Firmada por

RICARDO QUESADA ORÉ

Gerente de Regulación y Estudios Económicos
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visada por

MELINA CALDAS CABRERA

Jefe de Regulación
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visada por

ELIANA CASTILLO MAR

Abogada Senior
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

Visada por

KIMBERLY LEÓN ROSALES

Analista Legal
Gerencia de Regulación y Estudios Económicos

NT 2024120635