

**RESOLUCIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 003-2015-OS-ST.CC/TSC**

Lima, 19 de enero de 2015.

VISTO:

El Expediente sobre la declaración de confidencialidad de determinadas cláusulas del “Acuerdo de Transacción Extrajudicial, Transferencia de Bienes, Constitución de Derechos de Servidumbre de Ocupación, Paso y Tránsito y Desistimientos”, en adelante El Acuerdo, solicitado por GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A., en adelante CÁLIDDA.

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1. En el procedimiento de solución de controversias tramitado bajo el Expediente N° CC-91-2014, seguido por EDEGEL S.A.A., en adelante EDEGEL, contra CÁLIDDA sobre descuento en la facturación de la Tarifa Única de Distribución, EDEGEL ofreció como medio probatorio la exhibición de El Acuerdo, el cual fue admitido dentro del procedimiento indicado. En este contexto, CÁLIDDA solicitó mediante escrito con registro de Mesa de Partes de Osinergmin N° 201400165482, presentado el día 11 de diciembre de 2014, la declaración de confidencialidad de determinadas cláusulas de El Acuerdo.
- 1.2. Mediante Oficio N° 22-2014-OS-ST.CC/TSC de fecha 15 de diciembre de 2014, notificada a CÁLIDDA el 16 de diciembre de 2014, la Secretaría General del Tribunal de Solución de Controversias, en adelante La Secretaría, solicitó a CÁLIDDA que subsane los requisitos de admisibilidad de su solicitud de confidencialidad de conformidad con lo establecido en el artículo 12° del Procedimiento para la Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial, aprobado mediante Resolución N° 202-2010-OS/CD, en adelante El Procedimiento.
- 1.3. Mediante escrito presentado el día 15 de diciembre de 2014, EDEGEL señala su posición respecto del pedido de confidencialidad presentado por CÁLIDDA y solicita que este sea desestimado. Este documento fue encausado en el procedimiento de confidencialidad mediante el Oficio N° 23-2014-OS-ST.CC/TSC.
- 1.4. Mediante escrito presentado el día 19 de diciembre de 2014, CÁLIDDA subsanó las observaciones indicadas por La Secretaría mediante Oficio N° 22-2014-OS-ST.CC/TSC.
- 1.5. Mediante escrito presentado el 24 de diciembre de 2014, CÁLIDDA manifestó su posición respecto de lo expresado por EDEGEL en el escrito indicado en el numeral 1.3.
- 1.6. Mediante Resolución N° 001-2014-OS-ST.CC/TSC, notificada a CÁLIDDA y EDEGEL el 29 de diciembre de 2014, La Secretaría prorrogó el plazo de calificación de la información como confidencial por cinco (05) días adicionales.

- 1.7. Mediante Resolución N° 002-2014-OS-ST.CC/TSC, de fecha 30 de diciembre de 2014, notificada a CÁLIDDA y EDEGEL el 08 de enero de 2015, La Secretaría solicitó a CÁLIDDA que remita los documentos indicados en el numeral 2.2 de la Cláusula Segunda de El Acuerdo y que remita las comunicaciones a las que hace referencia el numeral 11.6 de la Cláusula Décimo Primera de El Acuerdo. En tal sentido, el plazo al que hace referencia la resolución indicada en el ítem anterior transcurriría a partir del cumplimiento del indicado requerimiento.
- 1.8. Mediante escrito de fecha 12 de enero de 2015, CÁLIDDA cumplió con remitir los documentos indicados en el numeral 2.2 de la Cláusula Segunda de El Acuerdo e indico que no se había aplicado lo establecido en el segundo párrafo del numeral 11.6 de la Cláusula Décimo Primera de El Acuerdo.

2. DOCUMENTO QUE SE SOLICITA SEA DECLARADO CONFIDENCIAL

CÁLIDDA solicita que las siguientes cláusulas de El Acuerdo sean declaradas confidenciales por tiempo indeterminado:

- Numerales 2.2. y 2.5 de la Cláusula Segunda.
- Cláusula Tercera, salvo el texto siguiente:

TERCERA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES RELATIVAS A LA TRANSFERENCIA DE LOS BIENES

KALLPA y CÁLIDDA acuerdan que los términos y condiciones aplicables a la transferencia de los BIENES serán los siguientes:

3.1 KALLPA se compromete a transferir y Cálidda a adquirir los BIENES cuyos detalles y características se encuentran consignados en el Anexo 2 del presente documento, que forma parte integrante del mismo. Cálidda declara conocer y aceptar el estado de los BIENES y declara estar de acuerdo en recibirlos en el estado en que se encuentran, sin garantías de ninguna clase, obligándose a darles el mismo nivel de operación y mantenimiento que le brinda a cualquier otra infraestructura que forma parte del Sistema de Distribución de Cálidda, según este término se encuentra definido en las leyes aplicables.

3.2 Cálidda pagará a KALLPA como contraprestación a la transferencia a la que se refiere el numeral anterior (...).

- Cláusula Cuarta, salvo el texto siguiente:

CUARTA: DE LA FORMULA TRANSACCIONAL

4.6 (...) descuento aplicable previsto en el Anexo E del Contrato de Distribución (...)

- Cláusula Quinta.
- Cláusula Sexta, salvo el siguiente texto:

SEXTA: DE LAS DISPOSICIONES APLICABLES AL PAGO DE LA TARIFA POR CONCEPTO DE SERVICIO DE DISTRIBUCIÓN DE KALLPA A FAVOR DE CALIDDA
6.1 A la fecha de suscripción de la presente Transacción, las Partes convienen en suscribir el Contrato de Prestación del Servicio de Distribución de Gas Natural, en mismo que se adjunta como Anexo 4.

Las Partes convienen en que Cálidda, como parte de la presente Transacción, no cobrará a KALLPA el Derecho de Conexión. A tal efecto, Cálidda renuncia, a favor de KALLPA y de la manera más amplia permitida por las leyes aplicables, a cobrar dicho Derecho de Conexión o concepto similar que pudiera ser establecido a favor de Cálidda.

- Cláusula Séptima.
- Cláusula Octava.
- Cláusula Décima.
- Cláusula Décimo Primera, salvo el texto siguiente:

DECIMO PRIMERA: DISPOSICIONES VARIAS

(...)

11.5 Las Partes declaran que mantendrán la confidencialidad del presente documento.

- Cláusula Décimo Segunda.
- Los Anexos Nos. 1, 2, 5, 6, 7, 8, y 9.

3. SUSTENTO DE LA SOLICITANTE

CÁLIDDA sustenta su solicitud de confidencialidad con los siguientes fundamentos:

- 3.1. El Acuerdo fue suscrito con la finalidad de: (i) adquirir el ducto de uso de propio que hasta ese momento era propiedad de KALLPA GENERACIÓN S.A., en adelante KALLPA, como consecuencia del establecimiento de un nuevo marco legal aplicable a este tipo de infraestructura; (ii) establecer los mecanismos para el desistimiento de los procesos judiciales interpuestos por KALLPA contra el Ministerio de Energía y Minas, Osinergmin y CÁLIDDA; y (iii) establecer los derechos de superficie sobre el área en donde dicho activo se encuentra ubicado.
- 3.2. CÁLIDDA y KALLPA -cada una aplicando las estrategias comerciales de negociación establecidas internamente en sus corporaciones- llevaron a cabo diversas negociaciones para cada uno de los puntos (i), (ii) y (iii) mencionados en el numeral anterior. Precisa que en estas negociaciones se estableció como un elemento de la fórmula transaccional el descuento a favor de KALLPA en la Tarifa de Única de Distribución de gas natural, en adelante TUD, respecto del cual EDEGEL ha planteado una reclamación ante Osinergmin con el objeto que CÁLIDDA aplique el mismo descuento.

- 3.3. El descuento es el aspecto, dentro de todos los aspectos negociados en El Acuerdo, que interesa al Cuerpo Colegiado y a EDEGEL para la resolución de la reclamación; por tanto, los términos de El Acuerdo que no están referidos al descuento otorgado a favor de KALLPA, son privados y no existe razón por la cual se justifique que esta información deba ser de acceso público.
- 3.4. Solo podrían ser materia de divulgación aquellos aspectos referidos a la aplicación del descuento; siendo que los demás aspectos como por ejemplo el precio pagado por el activo, los detalles técnicos del activo, el mecanismo de transferencia, las condiciones precedentes para la transferencia, la forma de pago, entre otros, que en estricto no tienen vinculación con el descuento, no deberían ser materia de divulgación pública al estar dentro del ámbito privado y respecto de los cuales las partes desean que tenga carácter reservado, razón por la cual han pactado expresamente su confidencialidad.
- 3.5. De conformidad con los artículos 4° y 5° de El Procedimiento, toda información no vinculada al descuento contenida en El Acuerdo debe ser considerada confidencial, protegida por el secreto comercial/empresarial, debido a que plasma la estrategia comercial de negociación que CÁLIDDA ha utilizado para lograr la transferencia del activo de KALLPA e incorporarlo dentro de su sistema de distribución, lo cual para CÁLIDDA tiene un valor comercial significativo, efectivo y potencial, especialmente en aquellos casos en los cuales CÁLIDDA requiera la transferencia de otros activos para prestar el servicio a través de su sistema de distribución considerando que existe aún una empresa en su área de concesión que cuenta con un ducto de uso propio y además, que eventualmente otras personas pudieran obtener autorización para instalar y operar ductos de usos propios, en aquellos casos en los cuales actualmente el concesionario por razones técnicas o económicas no pueda prestar el servicio de distribución de gas natural por red de ductos y que en el futuro, este ducto deba ser incorporado al sistema de distribución.
- 3.6. La divulgación pública de la estrategia comercial de negociación de CÁLIDDA para obtener la transferencia de activos le causaría un perjuicio en el mercado, lo que se manifestaría de la siguiente forma: (a) predictibilidad de las actuaciones de negociación de CÁLIDDA frente a terceros y (b) reducción del poder de negociación de CÁLIDDA frente a nuevos acuerdos de transferencia, lo cual podría incrementar sus costos de transacción.
- 3.7. La divulgación de la información contenida en El Acuerdo conllevaría a que en algunos casos, de forma no sustentada y bajo una interpretación sesgada e incompleta, sin tener la oportunidad de aclarar las condiciones diferentes que tenía KALLPA a la firma de El Acuerdo, algunos agentes consideren que CÁLIDDA lleva a cabo prácticas discriminatorias en la prestación de sus servicios, lo cual dañaría la reputación comercial de CÁLIDDA.
- 3.8. En el numeral 11.5 de la Cláusula Décimo Primera de El Acuerdo CÁLIDDA y KALLPA de manera expresa pactaron la confidencialidad de este. En tal sentido, señala que las partes manifestaron expresamente en El Acuerdo su voluntad e interés consciente de mantenerlo con carácter reservado. Asimismo indica que existen sólo dos versiones de El Acuerdo, uno en poder de KALLPA y otra en poder de CÁLIDDA, el cual no ha sido objeto de divulgación por ninguna de las partes. Finalmente señala que la versión de El Acuerdo que está en poder

de CÁLIDDA está resguardada en la oficina del Gerente de Asuntos Regulatorios y Legales de CÁLIDDA en un archivo de documentos confidenciales, al cual sólo tiene acceso el Gerente de Asuntos Regulatorios y Legales y el Gerente General de CÁLIDDA.

4. POSTURA DE EDEGEL

EDEGEL, parte reclamante del procedimiento de solución de controversias indicado en el numeral 1.1. Antecedentes de la presente resolución, solicita que se desestime la solicitud de confidencialidad presentada por CÁLIDDA en mérito de lo siguiente:

- 4.1. Conforme con el artículo 260° de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) para que una información califique como secreto comercial debe reunir tres características: (i) tratarse de información que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible; (ii) tener un valor comercial por ser secreta; y, (iii) que haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla en secreto.
- 4.2. El Acuerdo no reúne ninguna de las características mencionadas en el párrafo precedente. En consecuencia, no constituye secreto comercial ni califica como información confidencial. Incluso en el supuesto que El Acuerdo calificase como confidencial, esta calificación tendría que ser levantada en virtud del derecho de defensa de EDEGEL; el cual prevalece sobre un eventual derecho a la confidencialidad de la información. Agrega que conocer El Acuerdo es vital para que EDEGEL contradiga los argumentos expuestos por CÁLIDDA y para que el Cuerpo Colegiado resuelva la controversia.
- 4.3. Señalada que hacer público El Acuerdo no le causa perjuicio a CÁLIDDA debido a que la Transferencia de Ducto es obligatoria y sus condiciones se encuentran reguladas por el marco legal. En consecuencia, El Acuerdo no refleja una política comercial.

La información materia de la Solicitud de Confidencialidad no califica como información confidencial

- 4.4. El secreto comercial/empresarial está definido en el artículo 260° de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN):

Artículo 260°.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;*
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.*

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos procesos de producción; o, a

los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios (subrayado agregado).

4.5. En relación al artículo citado, El Acuerdo no reúne las características para ser calificada como secreto comercial por lo siguiente:

(i) Si bien no se trata de información fácilmente accesible -a decir de EDEGEL, CÁLIDDA está obstaculizando injustificadamente su acceso-, sí es información generalmente conocida. La existencia de El Acuerdo es de conocimiento general en virtud de lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto Supremo N° 082-2009-EM¹, que modificó el Reglamento de la Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-99-EM, en adelante D.S. N° 082-2009-EM. Asimismo, señala que se conoce la existencia de El Acuerdo debido a que la propia CÁLIDDA es la que invocó el íntegro de las cláusulas y condiciones arribadas en este como el elemento que colocaría en condiciones diferentes las prestaciones de KALLPA y EDEGEL y, por ende, que justificaría el trato desigual entre ambas.

(ii) Señala que El Acuerdo no tiene un valor comercial por ser secreto porque se trata de una negociación que no fue voluntaria ni estuvo sujeta a la libre negociación, de manera que no refleja la política comercial de CÁLIDDA. En efecto, dice que tal como la propia CÁLIDDA ha reconocido, El Acuerdo es el resultado de una obligación impuesta a las partes por D.S. N° 082-2009-EM.

(iii) Indica que CÁLIDDA no ha demostrado que El Acuerdo haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla en secreto. Pese a insistir en que se declare el carácter confidencial de El Acuerdo, CÁLIDDA ni siquiera ha indicado que exista un convenio de confidencialidad entre las partes (y en el resumen no confidencial no aparece cláusula alguna de confidencialidad). Por lo tanto, CÁLIDDA no ha probado siquiera que las partes tuvieron la intención manifiesta de mantener El Acuerdo en reserva al momento de suscribirlo. Agrega que no se ha demostrado que El Acuerdo haya sido objeto de medidas razonables para conservar su confidencialidad. Asimismo precisa que el literal b) del artículo 11° de El Procedimiento establece que la existencia de un convenio de confidencialidad no es por sí solo argumento suficiente para declarar la confidencialidad de la información.

4.6. Concluye que El Acuerdo no reúne las características para calificar como secreto comercial. En consecuencia, no es confidencial de acuerdo al marco legal aplicable.

¹ Artículo 3°.- *Dejar sin efecto las Autorizaciones para Operar Ductos de Uso Propio y Valorización de las Inversiones.*
3.1 *Las Autorizaciones para Instalar y Operar Ductos de Uso Propio, otorgadas mediante las Resoluciones Directorales N° 069- 2007-EM/DGH y N° 154-2006-EM/DGH, quedarán sin efecto cuando se produzcan cualquiera de las dos opciones que se indican a continuación:*

i) Al día siguiente que la Concesionaria de Distribución de Lima y Callao y el Titular de la Autorización, comuniquen conjuntamente a la Dirección General de Hidrocarburos y al Osinermin, la suscripción de un acuerdo privado de transferencia de propiedad de los bienes materia del permiso de Ducto de Uso Propio, a favor de la concesionaria de distribución. (Subrayado agregado).

El ejercicio del derecho de defensa como límite a la declaración de confidencialidad

- 4.7. Señala que pese a que la declaración de confidencialidad de determinada información -en los supuestos taxativos descritos- constituye una excepción al derecho de acceso a la información pública, esta excepción encuentra su propio límite en el ejercicio de defensa de los administrados, el cual no puede verse afectado como consecuencia de la referida declaración.
- 4.8. Sostiene que El Procedimiento reconoce lo antes señalado cuando en el artículo 15° dispone lo siguiente:

Artículo 15°.- CRITERIOS PARA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD

(...)

e) Ejercicio del derecho de defensa y obtención de medios probatorios

Podrá ser estimada la necesidad de revelar la información a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa, tomando en consideración elementos como la relevancia de la información para la solución del caso específico, su fuerza probatoria y la gravedad de la infracción que se intenta descargar, frente al perjuicio que ocasionaría a la otra parte o a un tercero la revelación de la información. (...) (Negrita y subrayado de EDEGEL).

- 4.9. Argumenta que la normatividad de Osinergmin reconoce expresamente que incluso en aquellos supuestos en los que resulta válida la declaración de confidencialidad de determinados documentos, dicha declaración no puede oponerse a las partes de un procedimiento en el que el documento en cuestión constituye pieza clave para que éstas puedan ejercer de manera informada y sustentada su derecho de defensa en pos de obtener el reconocimiento de determinado derecho.
- 4.10. Señala que el mismo principio se encuentra recogido en otros procedimientos ante la Administración Pública como, por ejemplo, el caso de Indecopi. Agrega que en efecto, en el artículo 4° de la Directiva sobre confidencialidad de la información en los Procedimientos seguidos por los Órganos Funcionales del Indecopi, aprobada por la Directiva N° 001-2008/TRI-Indecopi se indica que:

4. Levantamiento del tratamiento confidencial de la información

(...) 4.2 Excepcionalmente, por razones de interés público o para garantizar el derecho de defensa, el órgano resolutorio puede determinar que el levantamiento de la confidencialidad resulta imprescindible para continuar con la tramitación del procedimiento, lo que deberá ser declarado en una resolución debidamente motivada (Negrita y subrayado de EDEGEL).

- 4.11. Sostiene que incluso en el supuesto negado de que El Acuerdo calificara como confidencial, esta declaración tendría que ser levantada, al menos frente EDEGEL a efecto que pueda ejercer cabalmente su derecho de defensa.
- 4.12. Indica que, cuando CÁLIDDA optó por infringir el principio de igualdad y no discriminación en la aplicación de la TUD, alegó que su proceder se justificaba no en lo previsto en las cláusulas en las que se regulaba literalmente el descuento -que son las que

convenientemente ha citado CÁLIDDA en su resumen no confidencial- sino en la negociación privada para una operación de compra de activo (transferencia del ducto de uso propio). De este modo, según la misma CÁLIDDA, es toda la negociación la que justifica el descuento otorgado a KALLPA.

- 4.13. Agrega que, de este modo resulta indispensable el análisis conjunto e integral de todo El Acuerdo pues, según la propia CÁLIDDA, son todas esas condiciones las que justificarían la diferencia de trato entre KALLPA y EDEGEL.
- 4.14. Señala que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 3741-2004-AA/TC:

24. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se concluye, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa (...).

- 4.15. En tal sentido, sostiene que negarle a EDEGEL la oportunidad de revisar El Acuerdo -en el que CALIDDA se ha estado escudando para justificar su incumplimiento al marco legal en perjuicio de EDEGEL-, sería vulnerar su derecho de defensa respecto de contradecir los argumentos de CÁLIDDA con los medios probatorios que ésta utiliza para sustentar su posición. Agrega, que siendo todo El Acuerdo el elemento central en la controversia tramitada bajo el Expediente N° CC-91-2014, EDEGEL tiene el derecho de poder revisar y cotejar su contenido. Ello no solamente le permitirá complementar y corroborar los fundamentos de la defensa, sino que también podrá -a partir de dicho análisis- evaluar la motivación y conclusiones que en su momento emita el Cuerpo Colegiado.
- 4.16. Sostiene que la conclusión acerca de si El Acuerdo lleva a concluir que efectivamente la actuación de CÁLIDDA constituye un incumplimiento al marco legal está reservada al Cuerpo Colegiado Ad- Hoc, debiendo tener EDEGEL el derecho a revisar en forma previa El Acuerdo, considerando que también tiene derecho a emitir sus propias interpretaciones respecto de su contenido y compartirlas en el procedimiento. Agrega que CÁLIDDA no puede decidir si la prueba ofrecida se actúa o no en atención a sus propios intereses.
- 4.17. Agrega que es necesario poner en conocimiento de EDEGEL el íntegro de El Acuerdo con la finalidad de poder verificar si el "temor" de CÁLIDDA (de que se interprete que esta lleva a cabo prácticas discriminatorias) tiene base fundada o no.

La divulgación de la Información no afectaría el negocio de CÁLIDDA

- 4.18. Sostiene que los perjuicios señalados por CÁLIDDA son infundados debido a que la transferencia del ducto de KALLPA no fue voluntaria ni estuvo sujeta a la libre negociación. Agrega que como la propia CÁLIDDA lo ha manifestado, El Acuerdo es el resultado de una obligación impuesta por el D.S. N° 82-2009-EM. Para EDEGEL, KALLPA se vio obligada a transferir el ducto y a pagar la TUD en las condiciones dictadas por el marco legal. Incluso,

Osinergmin estableció el mecanismo de compensación que debía ser aplicado a favor de KALLPA por la transferencia del ducto (Decreto Supremo N° 35-2013-EM).

- 4.19. Argumenta que los supuestos peligros que se invocan tampoco tienen asidero, pues no se está solicitando que el texto de El Acuerdo sea hecho de "público conocimiento", sino de conocimiento de EDEGEL en su calidad de reclamante en el procedimiento tramitado bajo el Expediente N° CC-91 y a los efectos de poder ejercer su derecho de defensa.
- 4.20. A decir de EDEGEL, carece por ello de toda lógica que CÁLIDDA asuma que EDEGEL va a recibir esta información para difundirla a terceros y perjudicarla.

5. PRECISIONES DE CÁLIDDA SOBRE LA POSTURA DE EDEGEL

- 5.1. CÁLIDDA señala que la confidencialidad de El Acuerdo ha sido una posición que ha tomado y mantenido incluso antes de la reclamación presentada por EDEGEL, al considerarlo desde un primer momento como un secreto comercial, como constaría en la comunicación de CÁLIDDA de fecha 21 de enero de 2014 dirigida a EDEGEL.
- 5.2. CÁLIDDA señala que los términos de El Acuerdo vinculados al descuento no revelaban en estricto la estrategia de negociación empleada por CÁLIDDA, lo cual se considera como secreto comercial. En tal sentido, flexibilizó su posición inicial -confidencialidad de todo El Acuerdo- y accedió a presentar El Acuerdo en el procedimiento de solución de controversias solicitando la confidencialidad solo de algunos términos de este, de conformidad con El Procedimiento.
- 5.3. CÁLIDDA señala que el contenido de los términos de El Acuerdo respecto de los cuales ha solicitado la confidencialidad como secreto comercial si reúnen las características establecidas en El Procedimiento, como son: (i) tratarse de información que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible, (ii) tener un valor comercial por ser secreta y (iii) que haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla en secreto.

Respecto del carácter reservado o privado de la información

- 5.4. El contenido de El Acuerdo no es de fácil acceso, ello debido a que se mantiene en reserva por las partes dentro del ámbito privado, con lo cual El Acuerdo cumple con tener un carácter reservado y privado, cumpliendo de esta manera una de las características para declarar una información como confidencial. Agrega que El Acuerdo nunca fue presentado al Ministerio de Energía y Minas, ni fue parte de la información que obtiene Osinergmin derivado de su función de supervisión o regulación, es decir, El Acuerdo recién es conocido por Osinergmin como consecuencia de la reclamación en trámite y solo debido a que EDEGEL solicitó su presentación en la presente reclamación.
- 5.5. Si bien es cierto de acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM², en adelante TUO de la Ley de Transparencia, toda información que posea el Estado se presume pública (salvo cuando sea confidencial), cabe tener en consideración que la

² Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 24 de abril de 2003.

información a que se refiere esta disposición es aquella producida por el Estado o aquella que normalmente las empresas deben de remitir a fin de que el Estado -en este caso Osinergmin- pueda realizar sus funciones de supervisión o regulación. El Acuerdo no es una información que CÁLIDDA o KALLPA estén obligadas a presentar a Osinergmin para que este pueda ejercer sus funciones de supervisión o regulación.

- 5.6. El Acuerdo no es información pública, es información privada que vincula solo a dos partes CÁLIDDA y KALLPA. Esta distinción es importante porque sobre la base de la interpretación de EDEGEL podría sustentarse que cualquier información privada pueda convertirse en pública, para lo cual sólo bastaría pedir su presentación ante las instancias de solución de controversias de Osinergmin. Esto convertiría al TUO de la Ley de Transparencia en una herramienta para que un privado pueda acceder a los acuerdos privados de otras empresas, cuando la finalidad de este cuerpo normativo es que el Estado brinde el acceso a información de naturaleza pública (no privada).
- 5.7. El sustento de EDEGEL consistente en que El Acuerdo es información de conocimiento general no es exacto. Para CÁLIDDA el hecho que una operación sea conocida por el público en general, no implica que las condiciones de la operación ni la estrategia comercial de las partes involucradas sean también de conocimiento público, puesto que estas se mantienen en reserva dentro del ámbito privado. Por ejemplo, es de conocimiento general la adquisición de MAESTRO por parte de SODIMAC; sin embargo, las condiciones y los acuerdos específicos de la transacción se mantienen en el ámbito privado, de igual manera en el mercado eléctrico es de conocimiento general que KALLPA adquirió la Central Térmica Las Flores de la empresa DUKE ENERGY EGENOR S. EN C. POR A.; sin embargo, las condiciones de compra de los activos y demás condiciones no son de conocimiento público por cuanto estas empresas en su contrato de compraventa pactaron la confidencialidad de sus términos. Postura contraria generaría que cualquier competidor tenga la posibilidad de reclamar el conocimiento de las condiciones de toda operación en los mercados para tener mayor información comercial de su competidor, lo cual no es correcto.
- 5.8. En el presente caso, lo que es de conocimiento general es que derivado del marco legal se estableció como una opción el que CÁLIDDA y KALLPA celebren un acuerdo de transferencia del ducto de uso propio que hasta ese momento era de propiedad del KALLPA, es decir, en estricto, la celebración de El Acuerdo ni el contenido de este es de conocimiento general.
- 5.9. El D.S. 082-2009-EM establece que en caso se celebre un acuerdo de transferencia del ducto de uso propio, las partes tienen la obligación de comunicar el hecho al Ministerio de Energía y Minas. Al respecto, los términos de El Acuerdo de los que se ha solicitado la confidencialidad cumplen con ser reservados dado que, a esta entidad las partes solo le informaron de la existencia de El Acuerdo y no se hizo pública dicha información.
- 5.10. Como consecuencia del D.S. 048-2008-EM, KALLPA debía pagar la TUD y pasar a formar parte del sistema de distribución, para lo cual KALLPA debía transferir su ducto de uso propio a CÁLIDDA y, para ello, CÁLIDDA y KALLPA privadamente negociarían los términos para la transferencia y conclusión de los procesos judiciales en trámite (iniciados por KALLPA). Asimismo, en el caso de EDEGEL la inversión en la conexión fue pagada por

CÁLIDDA a diferencia de KALLPA que la asumió íntegramente. En tal sentido, son estas condiciones las que diferencian a KALLPA y a EDEGEL, no El Acuerdo.

Respecto del valor comercial, efectivo o potencial, de la información

- 5.11. El D.S. 048-2008-EM y el D. S. 082-2009-EM solo regulan la posibilidad y el mecanismo bajo el cual KALLPA podía transferir el ducto de uso propio a CÁLIDDA, es decir, no establecen las condiciones bajo las cuales se realizaría dicha transferencia. En tal sentido, el marco legal aplicable no definió el precio de la transferencia, los detalles técnicos que debía tener el activo, las condiciones de pago, la forma de los desistimientos de los procesos judiciales, los derechos de superficie a ser otorgados, entre otras cosas, que sólo las partes podían definir mediante una negociación privada.
- 5.12. El valor comercial de El Acuerdo se sustenta en la estrategia comercial de negociación de CÁLIDDA y en el perjuicio que le ocasionaría su divulgación.
- 5.13. Respecto de la afirmación de EDEGEL consistente en que las condiciones de El Acuerdo no necesitaron ser negociadas en razón de que Osinergmin a través del Decreto Supremo N° 35-2013-EM estableció el mecanismo de compensación que debía ser aplicado a favor de KALLPA, señala que El Acuerdo se suscribió en el año 2010, es decir, el decreto a que hace referencia EDEGEL es posterior a la negociación de El Acuerdo.

Respecto de las medidas tomadas para mantener la información en reserva dentro del ámbito privado

- 5.14. Señala que existen sólo dos versiones de El Acuerdo, una en poder de KALLPA y otra en poder de CÁLIDDA y ninguna de las partes ha divulgado El Acuerdo. Específicamente, la versión que está en poder de CÁLIDDA está resguardada en la oficina del Gerente de Asuntos Regulatorios y Legales de esta en un archivo de documentos confidenciales, al cual sólo tiene acceso el Gerente de Asuntos Regulatorios y Legales y el Gerente General de CÁLIDDA.

Sobre el ejercicio del derecho de defensa de EDEGEL

- 5.15. La reclamación en concreto parte de un supuesto incumplimiento contractual de CÁLIDDA respecto del contrato de Servicio de Transporte Firme de Gas Natural vía la Red Principal de Distribución suscrito con EDEGEL, lo que indirectamente involucra el descuento que le fue otorgado a KALLPA en la TUD establecido en El Acuerdo. En tal sentido, dice CÁLIDDA que ha flexibilizado su posición respecto de la confidencialidad de las cláusulas de El Acuerdo relacionadas con el descuento para que estas sean puestas a disposición de EDEGEL para su defensa.
- 5.16. Los términos de El Acuerdo sobre los cuales se ha solicitado la confidencialidad deben ser declarados como tal, en razón de que su contenido no es relevante para la resolución de la reclamación. Señala que cabría hacerse la siguiente pregunta ¿El precio de transferencia del ducto pactado, la forma de pago, el otorgamiento de los derechos de superficie, las características del activo materia de transferencia son determinantes para resolver la

presente controversia?, para CÁLIDDA frente a estas preguntas la respuesta siempre será negativa.

5.17. Finalmente, CÁLIDDA señala que El Acuerdo contiene términos estrictamente privados que sólo aplican a CÁLIDDA y KALLPA. En tal sentido, el precio del ducto de uso propio no fue trasladado a la TUD, por lo que dicho acuerdo no tiene un impacto tarifario.

6. ANÁLISIS DE LA SECRETARÍA:

6.1. Derecho a la información pública y la confidencialidad como excepción

El derecho a recibir información de una entidad pública, se encuentra reconocido en el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el cual establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido; exceptuándose de ello la información que afecte la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

En la misma línea, el artículo 3³ del TUO de la Ley de Transparencia recoge el principio de publicidad, en virtud del cual toda información que posee una entidad del Estado se presume pública, estando obligada a entregar la referida información a las personas que la soliciten. Sólo se exceptúa del derecho de acceso a la información pública, los casos previstos en los artículos 15°, 16° y 17° del indicado cuerpo normativo.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 15°, 16° y 17° del TUO de la Ley de Transparencia, no procede el acceso a la información pública respecto de información expresamente calificada como reservada o secreta por razones de seguridad nacional. Asimismo, se protege la información confidencial comprendida dentro de los supuestos establecidos en la norma indicada.

Al respecto, el artículo 17° del TUO de la Ley de Transparencia -recogido en el artículo 4° de El Procedimiento- establece los supuestos en los cuales la información será considerada confidencial:

- La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte de un proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno.
- La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial o industrial, tecnológico y bursátil.
- La información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.
- La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de la administración pública cuya publicidad pueda revelar una estrategia en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información

³ En sus numerales 1 y 3.

protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado.

- La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar.
- De aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una ley aprobada por el Congreso de la República.

En este sentido, la regla general es el acceso a la información que posean las entidades del Estado, incluso cuando se trata de información entregada por los administrados, y la excepción es la declaración de confidencialidad. Sin embargo, el derecho de acceso a la información pública no es un derecho absoluto sino que admite excepciones destinadas a resguardar o proteger, tanto a la entidad, como a los administrados y al público en general, de daños que podrían ser causados por la divulgación de cierta información. Estas excepciones se sustentan en causales específicas y, tratándose de normas de excepción y que limitan un derecho fundamental de acceso a la información, deben ser interpretadas restrictivamente, al amparo de lo normado en el artículo 18⁴ del TUO de la Ley de Transparencia.

CÁLIDDA ha solicitado que determinadas cláusulas de El Acuerdo -proporcionado a Osinergmin como medio probatorio dentro del procedimiento de solución de controversias tramitado bajo el Expediente N° CC-91-2014- sean declaradas confidenciales por cuanto constituirían secreto comercial, dado que contienen información que plasmaría la estrategia comercial que ha utilizado para lograr la transferencia del ducto de uso propio de KALLPA a su favor. En ese sentido, se procede a analizar la información presentada, a fin de determinar si se encuentra dentro de los supuestos establecidos por el artículo 17° del TUO de la Ley de Transparencia, en particular, sobre el aspecto vinculado al secreto comercial.

6.2. Sobre el secreto comercial

Se considera 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; entendiéndose como tales, por ejemplo los aspectos relativos a la estrategia competitiva, datos relacionados a la estructura de costos, políticas de descuento y condiciones contractuales acordadas⁵.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.2 de El Procedimiento, para que determinada información sea considerada como secreto comercial, debe reunir las siguientes características:

⁴ Artículo 18°.- *Regulación de las excepciones:*

Los casos establecidos en los artículos 15°, 16° y 17° son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley.

⁵ Referencialmente, cabe señalar que el Anexo I de los Criterios de Interpretación sobre Solicitudes de Confidencialidad de los Lineamientos sobre Confidencialidad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, aprobados mediante Resolución N° 027-2013-CLC-INDECOPI, señala determinados tipos de información sobre los cuales la indicada Comisión ha establecido que constituyen información confidencial, entre otros, los Contratos (Adendas, cláusulas adicionales, convenios, condiciones contractuales en general), cuando revelan condiciones comerciales específicas entre la empresa solicitante, sus clientes y proveedores.

- Tratarse de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado.
- 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.
- Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

En el mismo sentido, se pronuncia el numeral 40.2 del artículo 40° del Decreto Legislativo N° 1044, que aprueba la Ley de Represión de Competencia Desleal, y el artículo 260° de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

De acuerdo con lo expuesto, corresponde determinar si El Acuerdo reúne las características enunciadas en artículo 5.2 de El Procedimiento:

- **Tratarse de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado:**

A decir de EDEGEL, El Acuerdo no cumpliría con la característica indicada dado que este es de conocimiento general en virtud de lo que establece el artículo 3° del D.S. N° 082-2009-EM, el cual señala expresamente lo siguiente:

Artículo 3°.- Dejar sin efecto las Autorizaciones para Operar Ductos de Uso Propio y Valorización de las Inversiones.

3.1 Las Autorizaciones para Instalar y Operar Ductos de Uso Propio, otorgadas mediante las Resoluciones Directorales N° 069-2007-EM/DGH⁶ y N° 154-2006-EM/DGH, quedarán sin efecto cuando se produzcan cualquiera de las dos opciones que se indican a continuación:

i) Al día siguiente que la Concesionaria de Distribución de Lima y Callao y el Titular de la Autorización, comuniquen conjuntamente a la Dirección General de Hidrocarburos y al Osinergmin, la suscripción de un acuerdo privado de transferencia de propiedad de los bienes materia del permiso de Ducto de Uso Propio, a favor de la concesionaria de distribución.

ii) A los 30 días luego que la Concesionaria de Distribución en Lima y Callao comunique a la Dirección General de Hidrocarburos y al Osinergmin, el término de la construcción de las obras y redes que le permita dar el servicio de distribución al Titular de la Autorización, de conformidad con las normas legales vigentes.

3.2 En el supuesto a que se refiere el literal i) del numeral 3.1 anterior, Osinergmin reconocerá a la Concesionaria de Distribución, el valor de los bienes materia del permiso de Ducto de Uso Propio que determine, de acuerdo con las Reglas del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM.

⁶Mediante la Resolución Directoral N° 069-2007-EM-DGH se autorizó a la empresa Globeleq Perú S.A. -ahora KALLPA- la instalación y operación de un ducto de uso propio para transportar gas natural hasta el ingreso a la Estación de Medición y Regulación de la Central Térmica a Gas de Ciclo Abierto Kallpa, ubicada en el distrito de Chilca, provincia de Cañete, departamento de Lima.

3.3 Osinergmin deberá supervisar el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.

Es de precisar que el citado artículo solo establece los supuestos en los cuales quedarán sin efecto las autorizaciones para operar los ductos de uso propio, es decir, lo que es de conocimiento público es la posibilidad y bajo qué condiciones quedarían sin efecto las referidas autorizaciones. Lo cual no implica necesariamente que se adopte “un acuerdo” -menos aún publicar su contenido-, dado que este es solo uno de los supuestos contemplados por la norma. Además debe considerarse que KALLPA no era la única empresa que operaba un ducto de uso propio al momento de la aprobación de la referida norma.

Cabe indicar que si bien en el punto i) del numeral 3.1 del mencionado artículo 3° se establece que de suscribirse un acuerdo, este debe ser comunicado a la Dirección General de Hidrocarburos y a Osinergmin, es decir, determina la obligación de informar la existencia del acuerdo, mas no el contenido de este -cláusulas, convenios, condiciones contractuales en general-, el cual según lo señalado por la norma es privado, carácter que se ha reivindicado con el pacto de confidencialidad suscrito por CÁLIDDA y KALLPA.

De la revisión de los documentos que obran en el Expediente a fojas 457 y 458 - información no confidencial- se verifica que CÁLIDDA y KALLPA solamente comunicaron al Osinergmin y a la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas la suscripción de El Acuerdo y no presentaron su contenido.

Finalmente, es de destacar que CÁLIDDA ha señalado que El Acuerdo no fue presentado, ni requerido al Ministerio de Energía y Minas, ni fue parte de la información que obtiene Osinergmin derivado de su función de supervisión o regulación, afirmación que refuerza el carácter reservado y privado de El Acuerdo.

- **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:**

CÁLIDDA señala que existen sólo dos versiones de El Acuerdo, una en poder de KALLPA y otra en poder de CÁLIDDA, precisando que ninguna lo ha divulgado. Añade que la versión que se encuentra en poder de CÁLIDDA está resguardada en la oficina del Gerente de Asuntos Regulatorios y Legales de esta, en un archivo de documentos confidenciales al cual solo tiene acceso el Gerente de Asuntos Regulatorios y Legales, y el Gerente General de CÁLIDDA.

Asimismo, el contenido de El Acuerdo -cláusulas, convenios, condiciones contractuales en general- no han sido puestos en conocimiento de autoridad alguna, como Osinergmin o el Ministerio de Energía y Minas, como se señaló en el punto anterior.

Por tanto, esta Secretaría considera que quienes tienen acceso a El Acuerdo - CÁLIDDA y KALLPA- poseen voluntad e interés consiente para mantenerlo reservado, dado que en El Acuerdo consta expresamente el compromiso de las partes de mantener la confidencialidad de este, como se indica en el numeral 11.5 de la cláusula Décimo Primera de El Acuerdo y que las partes han tomado las medidas necesarias para conservar el carácter reservado de este, como se ha señalado precedentemente.

– **Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial:**

CÁLIDDA sustenta el valor comercial de El Acuerdo en su proceso de negociación, dado que este plasma la estrategia comercial de negociación de la empresa. Asimismo, señala que la revelación de su estrategia de negociación le conllevaría un perjuicio, puesto que existen empresas dentro del área de concesión de CÁLIDDA que cuentan con ducto de uso propio y que potencialmente podrían negociar con CÁLIDDA su transferencia.

Al respecto, Walter Gutierrez Camacho⁷ comentando el artículo 1354° del Código Civil -libertad de contratación-, señala lo siguiente:

(...)

En materia contractual la autonomía privada se expresa en la libertad de contratación, que consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás. De esta manera, el Derecho otorga a los particulares el poder de crear la norma que regulará sus relaciones económicas, sus negocios y de las personas con quienes se vinculará.

En tal sentido, en uso de su autonomía privada, CÁLIDDA y KALLPA a través de El Acuerdo regularon una serie de prestaciones recíprocas -las que se mencionan precedentemente- de forma particular y única, es decir, diferente de los demás, lo cual requirió necesariamente la interacción de las estrategias de negociación particulares de cada una de las partes con la finalidad de obtener para sí el máximo beneficio de El Acuerdo.

De lo señalado precedentemente, se colige que El Acuerdo contiene la estrategia comercial de negociación que CÁLIDDA ha utilizado para lograr la transferencia del activo -ducto de uso propio- de KALLPA e ingresarlo dentro de su sistema de distribución y concluir con los procedimientos administrativos y judiciales en trámite respecto de ese ducto.

Asimismo, debe indicarse que la divulgación pública de El Acuerdo le causaría perjuicio en el sentido que generaría predictibilidad de las actuaciones de CÁLIDDA frente a terceros y la reducción del poder de negociación de CÁLIDDA.

En tal sentido, la divulgación de El Acuerdo tendría un impacto en la eficacia de las estrategias comerciales adoptadas por CÁLIDDA en el desarrollo de sus negociaciones,

⁷ GACETA JURÍDICA, Código Civil Comentado, Tomo VII, Contratos en General, Segunda Edición.

lo cual le causaría perjuicio a esta, dado que terceros podrían ser beneficiados con el conocimiento de la estrategia negociadora de CÁLIDDA, más aun considerando que actualmente existen empresas con ductos de uso propio dentro del área de concesión de CÁLIDDA.

De lo expuesto, se desprende que El Acuerdo contiene información cuya importancia para CÁLIDDA la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a ella y por tanto constituye un valor comercial efectivo.

Por tanto, del análisis efectuado se concluye que El Acuerdo cumple con las características para ser considerado como secreto comercial.

6.3. Sobre la confidencialidad

Al haberse establecido que El Acuerdo constituye secreto comercial, corresponde analizar los criterios contemplados en el artículo 15° de El Procedimiento a fin de determinar o no la declaración de confidencialidad de este.

a) Pertinencia de la información:

Cabe precisar que El Acuerdo, de conformidad con el artículo 43° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 223-2013-OS/CD, fue ofrecido, admitido y actuado como medio probatorio dentro del procedimiento de solución de controversias tramitado bajo el Expediente N° CC-91-2014 indicado en el numeral 1.1. Antecedentes de la presente resolución.

Al respecto, el artículo 197° de Código Procesal Civil señala que: *Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.*

Por tanto, El Acuerdo resulta pertinente y necesario, dado que deberá ser valorado por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc encargado de pronunciarse sobre la referida controversia, independientemente de que este determine que la valoración de El Acuerdo resulte o no determinante para sustentar su pronunciamiento.

b) No divulgación previa:

Del análisis de El Acuerdo se verifica expresamente el compromiso de las partes de mantener la confidencialidad de este, como se advierte del texto del numeral 11.5 de la cláusula Décimo Primera de El Acuerdo -no comprendida en la solicitud de confidencialidad-.

CÁLIDDA ha manifestado haber adoptado las medidas necesarias para mantener el carácter reservado de El Acuerdo, como son: (i) que exista solo dos versiones de El Acuerdo, una en poder de KALLPA y la otra en poder de CÁLIDDA, no habiendo sido objeto

de divulgación por ninguna de las partes, y; (ii) la versión de El Acuerdo que está en poder de CÁLIDDA está resguardada en la Oficina del Gerente de Asuntos Regulatorios y Legales, dentro de un archivo de documentos confidenciales, al cual solo tienen acceso el Gerente de Asuntos Regulatorios y Legales y el Gerente General de CÁLIDDA. Asimismo, señala que El Acuerdo no ha sido presentado al Ministerio de Energía y Minas, ni al Osinergmin en el ejercicio de sus funciones de supervisión o regulación, precisando que recién este documento ha sido presentado ante el regulador en el procedimiento de solución de controversias conjuntamente con la solicitud de declaración de confidencialidad.

Por tanto, a criterio de esta Secretaría, El Acuerdo ha sido objeto de medidas razonables para conservar su confidencialidad, impidiendo su divulgación e incluso evitando que haya estado disponible de alguna forma para terceros.

c) Afectación que podría causar la divulgación de la información:

Se advierte que El Acuerdo contiene un contrato privado suscrito entre CÁLIDDA y KALLPA con la finalidad de (i) adquirir el ducto de uso de propio que en ese entonces le pertenecía a KALLPA; (ii) establecer los mecanismos para el desistimiento de los procesos judiciales interpuestos por KALLPA contra el Ministerio de Energía y Minas, Osinergmin y CÁLIDDA; y (iii) establecer los derechos de superficie sobre el área en donde dicho activo se encuentra ubicado.

Al respecto, tal como se ha señalado precedentemente, El Acuerdo posee ciertas cláusulas que a consideración de CÁLIDDA deben ser declaradas confidenciales, por cuanto en ellas se plasma la estrategia comercial de negociación que CÁLIDDA ha utilizado para lograr la transferencia del activo de KALLPA e ingresarlo dentro de su sistema de distribución.

En esta línea, la divulgación de El Acuerdo revelaría el impacto y eficacia de las estrategias comerciales adoptadas por CÁLIDDA en el desarrollo de sus negociaciones, lo cual le causaría perjuicio a esta, dado que terceros podrían ser beneficiados con el conocimiento de la estrategia negociadora de CÁLIDDA, más aun considerando que actualmente existen empresas con ductos de uso propio dentro del área de concesión de esta.

Es de destacar el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 081-2007-EM, en su artículo 86° establece la posibilidad que un consumidor pueda acceder al servicio de gas natural mediante ductos de uso propio; lo cual es concordante con el Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-99-EM que en su artículo 9° establece que los interesados con consumo de gas natural mayores a treinta mil metros cúbicos estándar por día, ubicados en zonas geográficas donde no exista un concesionario de distribución, podrán solicitar autorización a la Dirección General de Hidrocarburos para la instalación y operación provisional de un ducto que le permita contar con suministro de gas natural desde la red de transporte. En tal sentido y considerando que el marco normativo al que se hace referencia se encuentra vigente, actualmente cualquier empresa que cumpla con las características señaladas podría instalar un ducto de uso propio, lo cual genera la posibilidad que en el futuro CÁLIDDA, como distribuidor, tenga que negociar la transferencia de mencionado activo.

Por tanto, a consideración de esta Secretaría la divulgación pública de El Acuerdo le causaría perjuicio a CÁLIDDA dado que generaría predictibilidad de las actuaciones de CÁLIDDA frente a terceros y la reduciría el poder de negociación de esta.

d) Difusión periódica de la información:

En el marco legal vigente no existe norma que obligue a CÁLIDDA, a publicar o hacer público el texto de El Acuerdo.

e) Ejercicio del derecho de defensa y obtención de medios probatorios:

EDEGEL, en su calidad de reclamante en el procedimiento de solución de controversias - indicado en el numeral 1.1. Antecedentes de la presente resolución- en el cual El Acuerdo se ofrece, admite y actúa como medio probatorio, señala que debe tener la posibilidad de revisarlo y cotejar su contenido, lo cual le permitirá complementar y corroborar los fundamentos de su defensa, así como evaluar la motivación y conclusiones que en su momento emita el Cuerpo Colegiado.

Respecto del derecho de defensa, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que *el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso.* (STC N° 06260-2005-HC/TC).

De la misma forma, también el Tribunal Constitucional ha precisado que (...) *no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa (...)* (STC N° 3741-2004-AA/TC).

Tal como se desprende de lo actuado en el procedimiento de solución de controversias - Expediente N° CC-91-2014- la exhibición de El Acuerdo es solicitado por EDEGEL dado que, a decir de este, CÁLIDDA habría invocado El Acuerdo para sustentar: i) el descuento en la facturación de la TUD que CÁLIDDA le otorga a KALLPA, en adelante El Descuento y ii) la presunta diferencia entre los contratos suscritos por CÁLIDDA con EDEGEL⁸ y con KALLPA⁹ que implicaría que no sean contratos con prestaciones equivalentes a pesar que ambas empresas son generadoras eléctricas.

Tal como se ha analizado previamente, El Acuerdo reúne las características para ser declarado confidencial; sin embargo, considerando la materia controvertida del procedimiento de solución de controversias, las cláusulas y en general los aspectos vinculados a El Descuento no deben ser declarados confidenciales y en consecuencia deben ser puestos en conocimiento de EDEGEL a efecto que esta empresa cuente con los

⁸ Contratos de Servicios de Transporte Firme de Gas Natural Vía la Red Principal de Distribución para las centrales térmicas Santa Rosa y Ventanilla, suscritos por CÁLIDDA y EDEGEL el 22 de setiembre de 2008.

⁹ Contrato de Servicio de Distribución de Gas Natural en Alta Presión, suscrito por CÁLIDDA y KALLPA el 30 de setiembre de 2010.

elementos para argumentar su posición. En efecto, CÁLIDDA ha solicitado la confidencialidad de El Acuerdo, excepto de aquellos aspectos relacionados con El Descuento. Es importante precisar que de la revisión del texto de El Acuerdo se ha verificado que no existen otras cláusulas referidas a El Descuento distintas a las no consideradas confidenciales por CÁLIDDA.

En el resumen no confidencial que CÁLIDDA acompaña a su solicitud de confidencialidad¹⁰ expone el contexto en el cual se suscribe El Acuerdo, es decir, la base legal sobre la cual se realiza este, las reclamaciones y procesos judiciales interpuestas por KALLPA y que se pondrían fin con El Acuerdo; el pacto de confidencialidad suscrito por las partes y las cláusulas de El Acuerdo vinculadas al objeto de este y a El Descuento.

De otro lado, de la revisión de El Acuerdo se desprende que las cláusulas que se ha solicitado sean declaradas confidenciales contienen el monto de contraprestación por la transferencia del ducto de uso propio, las condiciones de mantenimiento, planos y detalles técnicos del activo materia de transferencia; planos y detalles técnicos referidos a los derechos de servidumbre sobre el área donde se ubica el ducto de uso propio; solución de controversias, entre otros, que solo competen al ámbito privado de quienes lo suscribieron y por tanto, en opinión de esta Secretaría no constituyen datos relevantes para la resolución de la controversia tramitada bajo el Expediente N° CC-91-2014, considerando las cláusulas que han sido liberadas como no confidenciales.

De lo señalado precedentemente, si bien EDEGEL tendrá conocimiento parcial de El Acuerdo, tal restricción no justifica que se obligue a CÁLIDDA a soportar el perjuicio al que se hace referencia en el punto c) de la presente. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc -órgano encargado de resolver la controversia- tendrá acceso a El Acuerdo de conformidad con el numeral 18.3 del artículo 18° de El Procedimiento a fin de evaluarlo.

f) Perjuicio de revelar la información respecto de la empresa, en contraposición con el beneficio social de revelarla:

Conforme se ha indicado en el literal c), existe la posibilidad de que la divulgación de la información afecte a CÁLIDDA, y no se prevé que la restricción de acceso a esta información cause impactos relevantes a los intereses públicos, por cuanto se refieren a términos contractuales y privados que determinaron la transferencia del ducto de uso propio, incorporado como medio probatorio en el procedimiento de solución de controversias, tramitado bajo el expediente N° CC-91-2014.

Finalmente, considerando que El Acuerdo contiene términos contractuales y privados suscritos entre CÁLIDDA y KALLPA solo de interés para las partes, los cuales además han pactado expresamente su confidencialidad, corresponde declarar la confidencialidad por periodo indeterminado de las cláusulas de El Acuerdo solicitadas por CÁLIDDA.

¹⁰ En el escrito de subsanación de observaciones presentado el 19 de diciembre de 2014.

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos; en el Reglamento General del Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y en el Procedimiento para la Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial, aprobado mediante Resolución Osinergmin N° 202-2010-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Calificar como confidencial las cláusulas del “Acuerdo de Transacción Extrajudicial, Transferencia de Bienes, Constitución de Derechos de Servidumbre de Ocupación, Paso y Tránsito y Desistimiento” y sus anexos que se especifican en el Numeral 2. *Documento que se solicita sea Declarado Confidencial* de la presente Resolución, a solicitud de GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A. El referido acuerdo obra a fojas 398 a 486 del Expediente N° CC-91-2014 del procedimiento de solución de controversias.

Artículo 2°.- Establecer que la Secretaria General del Tribunal y Cuerpos Colegiados será la responsable que la información clasificada como confidencial, por medio de la presente resolución, no sea divulgada, debiendo adoptar las medidas adecuadas para el cumplimiento de este fin.

Artículo 3°.- La presente resolución será publicada en la página Web de Osinergmin: <http://www.osinergmin.gob.pe> , y notificada a GAS NATURAL DE LIMA Y CALLAO S.A. dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su emisión.

Artículo 4°.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el numeral 13.5 del artículo 13° del Procedimiento para la Determinación, Registro y Resguardo de la Información Confidencial, aprobado mediante Resolución N° 202-2010-OS/CD, que procede contra esta Resolución la interposición del recurso de apelación, el cual deberá ser presentado ante el órgano que dictó la Resolución apelada dentro de los cinco (05) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Resolución impugnada.

Jacqueline Kam Paredes

Secretaria General del Tribunal y Cuerpos Colegiados.
Osinergmin.