



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010300942019

Expediente : 00075-2019-JUS/TTAIP
 Impugnante : RONALD BLADIMIRO TICONA APAZA
 Entidad : Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. – SEAL S.A.
 Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 19 de marzo de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00075-2019-JUS/TTAIP de fecha 12 de febrero de 2019, interpuesto por el ciudadano **RONALD BLADIMIRO TICONA APAZA** contra la Carta TR/AL-0026-2019, notificada por correo electrónico el 14 de febrero de 2019, mediante la cual la **SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A. - SEAL S.A.** denegó la solicitud de acceso a la información pública presentada por el recurrente el día 31 de enero de 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 31 de enero de 2019, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el recurrente solicitó a la entidad copias fedateadas del expediente administrativo de solicitud de electrificación rural para los terrenos ocupados por la Asociación Urbanizadora La Pascana del Distrito de Yura - Arequipa.

Mediante correo electrónico de fecha 14 de febrero de 2019, se notificó al recurrente la Carta TR/AL-0026-2019, mediante la cual la entidad le comunicó que solo el interesado puede acceder a la información solicitada, ya sea acreditando su condición de miembro de la Junta Directiva de la Asociación Urbanizadora La Pascana o presentando carta poder de autorización para realizar trámites ante la entidad, de acuerdo a la legitimidad respecto de sus datos personales, de conformidad a lo establecido por el artículo 49° del Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS.

Asimismo, la entidad señaló que las personas jurídicas sujetas al régimen privado, descritas en el numeral 8) del artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹, que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público bajo cualquier modalidad, están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerzan; en ese sentido, concluyó que la información solicitada por el recurrente se

¹ En adelante, Ley 27444.

encuentra dentro de la excepción contenida en el numeral 5 del artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM², al contener información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión a la vida intimidad personal y familiar; adicionalmente a ello, la entidad argumentó que el expediente técnico elaborado por el profesional responsable no podrá ser emitido al amparo de la Ley sobre el Derecho de Autor, aprobado por Decreto Legislativo N° 822³.

Con fecha 27 de febrero de 2019, el recurrente formuló el recurso de apelación materia de análisis alegando que la denegatoria no se ajusta a lo establecido en el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú como tampoco en la Ley de Transparencia. De igual modo, el recurrente considera que la entidad debe interpretar las excepciones de manera restrictiva y motivar adecuadamente la denegatoria a su solicitud de acceso a la información pública.

Mediante Carta N° SEAL-TR/A-00038-2019 de fecha 12 de marzo de 2019, la entidad realizó sus descargos⁴ respecto del recurso de apelación presentado por el recurrente, ratificando los fundamentos expuestos en la denegatoria a la solicitud de acceso a la información.

II. ANÁLISIS

El numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú 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, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

A su vez, el artículo 10° de la Ley de Transparencia, establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

De igual modo, el último párrafo del artículo 8° de la referida ley, precisa que las empresas del Estado están sujetas al procedimiento de acceso a la información pública; asimismo, el artículo 9° del mismo cuerpo legal establece que las personas jurídicas sujetas al régimen privado que gestionan servicios públicos están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce.

Finalmente, el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor establece que, salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes. A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la

² En adelante, Ley de Transparencia.

³ En adelante, Decreto Legislativo N° 822.

⁴ Requerimiento realizado mediante Resolución N° 010100812019, notificado el 7 de marzo de 2019.

autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.

2.1 Materia en discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información requerida por el recurrente se encuentra dentro de los alcances de la excepción de confidencialidad contenida en el numeral 5 del artículo 17° de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación de la materia en discusión

Sobre el particular, se debe tener en cuenta que el artículo 3° de la Ley de Transparencia, consagra expresamente el Principio de Publicidad, estableciendo que “toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”.

En esa línea, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02814-2008-PHD/TC, ha señalado respecto del mencionado Principio de Publicidad lo siguiente:

“(...) Esta responsabilidad de los funcionarios viene aparejada entonces con el principio de publicidad, en virtud del cual toda la información producida por el Estado es, prima facie, pública. Tal principio a su vez implica o exige necesariamente la posibilidad de acceder efectivamente a la documentación del Estado”.

En consecuencia, la información contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control del estado es de acceso público.

En cuanto a ello, la entidad respondió al recurrente que es una persona jurídica sujeta al régimen privado que gestiona servicios públicos y, por ende, solamente se encuentra obligada a brindar información sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley de Transparencia.

Al respecto, se debe precisar que la entidad es una empresa estatal⁵ de derecho privado que forma parte del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE, constituida como sociedad anónima y que conforme a su Memoria Anual 2017⁶ cuenta con el 88.72 % del accionariado estatal, mientras que solo el 11.28% es de accionariado privado minoritario. Siendo esto así, no resulta aplicable el artículo 9° de la Ley de Transparencia invocado por la entidad, sino el artículo 8° del mismo cuerpo legal.

Sobre lo antes expuesto, el Tribunal Constitucional en los Fundamentos 21 al 25 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03994-2012-PHD/TC, ha señalado lo siguiente:

⁵ Conforme se aprecia en su portal institucional, consultado el 30 de enero de 2019, disponible en: <http://www.fonafe.gob.pe/portal?accion=empresas&t=1&i=18&o=01&m=3>

⁶ Conforme se aprecia en su portal institucional, consultado el 15 de marzo de 2019, disponible en: <http://www.seal.com.pe/Documents/Forms/AllItems.aspx?RootFolder=%2FDocuments%2FGERENCIA%20GENERAL%2FMEMORIA%20ANUAL>

“21. Ahora bien, no toda actividad empresarial del Estado tiene las mismas características, así como no toda actividad con implicancia económica en la que participa el Estado se hace con la forma societaria de una Empresa del Estado. En ese sentido, el artículo 4 del propio Decreto Legislativo 1031 ha identificado tres formas en las que se desarrolla la actividad empresarial del Estado:

‘4.1 Empresas del Estado de accionariado único: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.

4.2 Empresas del Estado con accionariado privado: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.

4.3 Empresas del Estado con potestades públicas: Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación’.

El legislador también ha señalado que no considera actividad empresarial del Estado al accionariado estatal minoritario en empresas privadas.

22. En la línea de lo expuesto, para efectos de la eficacia del derecho de acceso a la información pública frente a estas empresas del Estado resulta necesario identificar las razones que justifiquen que sea posible un requerimiento de información ante las mismas.

23. Al respecto, una primera razón es la referida a la conformación del accionariado de las empresas del Estado. En tanto la existencia de un accionariado estatal supone ineludiblemente un acto de disposición de recursos públicos, el interés público en el destino de esa actividad es inobjetable. Las acciones en titularidad del Estado serán pues elementos que permitan identificar un interés público en la empresa, interés que debe estar abierto al control de los ciudadanos en un Estado democrático.

24. Una segunda razón, que permite superar las insuficiencias de la primera en los casos de accionariado minoritario, es la existencia de control de la empresa por parte del Estado. Y es que más allá de la cantidad de acciones que pueda tener el Estado en una empresa, lo que permite trasladar los fines públicos al desarrollo de una actividad empresarial es la existencia de control por parte del Estado. Es mediante este control de la actividad que se concretiza la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado que manda la Constitución.

25. En consecuencia, es la presencia de estos dos elementos (accionariado estatal y control por parte del Estado) lo que será necesario para acreditar que existe interés público en estos casos. Así podrá aplicarse el principio de publicidad, tal como ha sido previsto en la norma correspondiente, con la presunción de que la información en posesión de estas empresas es, en principio, también pública”.

(subrayado agregado)

En consecuencia, la entidad se encuentra obligada a atender las solicitudes de información que le sean presentadas dentro del marco de la Ley de Transparencia.

En esa línea, la entidad afirmó en la CARTA TR/AL-0026-2019 de fecha 14 de febrero de 2019 que la entrega de la información requerida se encuentra protegida por el numeral 5 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, precisando que contiene información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión a la vida intimidad personal y familiar; no

obstante, se advierte de autos que la entidad no ha cumplido con justificar las razones por las que dicha información debe ser considerada confidencial, conforme lo exige el Tribunal Constitucional en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, la cual precisa:

“Como antes se ha mencionado, esta presunción de inconstitucionalidad se traduce en exigir del Estado y sus órganos la obligación de probar que existe un bien, principio o valor constitucionalmente relevante que justifique que se mantenga en reserva, secreto o confidencialidad la información pública solicitada y, a su vez, que sólo si se mantiene tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera que si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y confirmarse su inconstitucionalidad; y, consecuentemente, la carga de la prueba sobre la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado”.

(subrayado agregado)

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la existencia de datos personales que requieran ser protegidos no excluye la posibilidad de garantizar el derecho del recurrente de acceder a la información solicitada, protegiendo únicamente la información cuya entrega pueda contravenir lo dispuesto por la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, conforme lo ha expresado en el Fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04872-2016-PHD/TC en la cual se señala:

“9. Atendiendo a lo previamente expuesto, es perfectamente posible satisfacer el derecho que tiene la ciudadanía de acceder a la información de carácter público de quienes laboran dentro de la Administración Pública y, al mismo tiempo, proteger la información de carácter privado de dichas personas, tachando lo concerniente, por ejemplo, a los datos de contacto, pues con ello se impide su divulgación. Por consiguiente, corresponde la entrega de lo peticionado, previo pago del costo de reproducción”.

(subrayado agregado)

En consecuencia, carece de sustento el argumento de la entidad respecto a no encontrarse obligada a entregar la información requerida, de acuerdo a los fundamentos antes expuestos.

Por otra parte, respecto a la afirmación de la entidad de que solo el interesado puede acceder a la información solicitada, debemos puntualizar que conforme al numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú se establece que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, con excepción de aquellas informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

De lo señalado podemos colegir que el derecho de acceso a la información pública puede ser ejercido por cualquier persona, sin necesidad de acreditar condición o carta poder alguna, siempre y cuando se trate de información pública que poseen las entidades de la Administración Estatal comprendidas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, lo que se encuentra acreditado en el caso de autos.

De otro lado, la entidad argumentó en sus descargos que el expediente técnico elaborado por el profesional responsable no podrá ser entregado al amparo del Decreto Legislativo N° 822, "Ley sobre el Derecho de Autor", particularmente respecto a lo dispuesto en el literal "i" del artículo 5° que señala que los "planos" están comprendidas entre las obras protegidas por el referido marco legal⁷.

Al respecto, el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 822 establece que, salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales⁸ y programas de ordenador⁹ definidas en los numerales 19 y 34 del artículo 2° del referido cuerpo legal, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se registrará por lo pactado entre las partes. A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.

En tal sentido, advirtiéndose que en el presente caso no se advierte de autos que los planos hayan sido creados en virtud de una relación laboral o contractual entre la entidad y los titulares del derecho de autor¹⁰, corresponde cautelar la información protegida por el derecho aludido, con especial énfasis en los "planos" contenidos en el expediente requerido, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 17° de la Ley de Transparencia el cual precisa que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de aquellas materias exceptuadas por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República¹¹, siendo que en el presente caso la información se encuentra protegida de conformidad con lo dispuesto en el literal "i" del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 822; sin embargo, ello no impide que la entidad proporcione el referido expediente excluyendo la información protegida por el derecho de autor¹².

Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 30° del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en aplicación de


⁷ Es preciso señalar que menciona además la realización de labores de ingeniería y cálculos, no obstante, la entidad no hace referencia expresa al marco legal aplicable.

⁸ 19. Obra audiovisual: Toda creación intelectual expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin sonorización incorporada, susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. La obra audiovisual comprende a las cinematográficas y a las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía.

⁹ 34. Programa de ordenador (software): Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un computador ejecute una tarea u obtenga un resultado. La protección del programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.

¹⁰ En cuanto a ello, se advierte que sería la asociación la que ha generado la información correspondiente a los planos antes mencionados.

¹¹ "Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:
(...)

6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República".

¹² Sin perjuicio de lo antes expuesto, atendiendo a que el recurrente señala que existe una investigación en trámite en la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Arequipa, se deja a salvo su derecho de solicitar se incluya dicha información en la referida investigación de considerarlo pertinente, a cuyo contenido tiene acceso al ser parte de la investigación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 324° del Nuevo Código Procesal Penal.

la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, corresponde a cada entidad determinar la responsabilidad en que eventualmente hubieran incurrido sus funcionarios y/o servidores por la comisión de presuntas conductas infractoras a las normas de transparencia y acceso a la información pública.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° y el numeral 1 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1353¹³;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación recaído en el Expediente N° 00075-2019-JUS/TTAIP, interpuesto por el ciudadano **RONALD BLADIMIRO TICONA APAZA**, **REVOCANDO** lo dispuesto en la Carta TR/AL-0026-2019; y en consecuencia, **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A.**, que entregue al recurrente la información solicitada, de conformidad con los considerandos expuestos en la presente resolución.

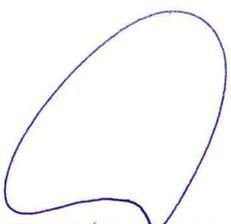
Artículo 2.- SOLICITAR a la **SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A.** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite la entrega de dicha información al ciudadano **RONALD BLADIMIRO TICONA APAZA**.

Artículo 3.- DECLARAR agotada la vía administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 228° de la Ley N° 27444.

Artículo 4.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al ciudadano **RONALD BLADIMIRO TICONA APAZA** y a la **SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A.**, de conformidad con lo previsto en el numeral 16.1 del artículo 16° de la norma antes citada.

Artículo 5.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.minjus.gob.pe).


MARÍA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta


PEDRO CHILET PAZ
Vocal


ULISES ZAMORA BARBOZA
Vocal

vp: uzb

¹³ Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses

