



Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Resolución N° 010302762019

Expediente : 00300-2019-JUS/TTAIP
 Impugnante : **MARCELO GABRIEL CASTILLA BAEZ**
 Entidad : **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**
 Sumilla : Declara fundado recurso de apelación

Miraflores, 11 de junio de 2019

VISTO el Expediente de Apelación N° 00300-2019-JUS/TTAIP de fecha 22 de mayo de 2019, interpuesto por el ciudadano **MARCELO GABRIEL CASTILLA BAEZ** contra la comunicación contenida en el correo electrónico de fecha 7 de mayo de 2019, mediante la cual el **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**¹ atendió parcialmente la solicitud de acceso a la información pública presentada con Registro N° 119214 de fecha 22 de abril de 2019.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 22 de abril de 2019 el recurrente solicitó al MTC, mediante formulario virtual de acceso a la información pública, que se le remitiera por correo electrónico la siguiente información:

- 1) El Memorando N° 991-2017-MTC/27.
- 2) El Memorando N° 2742-2017-MTC/07.
- 3) El Oficio N° 7607-2015-MTC/27.
- 4) El Oficio N° 7159-2016-MTC/27.
- 5) Pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles de Telefónica del Perú S.A.A. entre los años 2015 y 2019.
- 6) En caso no se haya cobrado a Telefónica del Perú S.A.A. el canon antes señalado, solicita se remitan las razones por las que no se realizó la cobranza.
- 7) Las razones por las cuales no se ha considerado la reversión del espectro radiobeléctrico ni la terminación de la concesión.
- 8) Información sobre el proceso contencioso administrativo contra la Resolución N° 98-2016-SDC-INDECOPI, así como la medida cautelar dictada por el 25° Juzgado Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Mediante correo electrónico de fecha 7 de mayo de 2019, la entidad informó al recurrente que a través de dos enlaces electrónicos le remitía la información proporcionada por la Dirección General de Programas y Proyectos de

¹ En adelante, MTC.

Comunicaciones, precisando que se había protegido la información calificada como reserva tributaria, correspondiente a la fuente de gasto de la concesionaria, conforme al numeral 2 del artículo 17° de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en concordancia con los numerales 2 y 3 del artículo 9° de la Directiva de Confidencialidad de Información del Subsector Comunicaciones, aprobada mediante Decreto Supremo N° 009-2008-MTC, habiéndole entregado, según se advierte de autos, los Memorandos N° 455-2019-MTC/27 y 991-2017-MTC/27, así como los Oficios N° 7607-2015-MTC/27 y 7159-2016-MTC/27, sin consignar los importes de determinación y pago del canon por concepto del uso del espectro radioeléctrico de los años 2015 y 2016.

Asimismo, la entidad le entregó en un anexo adjunto, un cuadro en el que se consignó información sobre la situación -pendiente o no- de los pagos por concepto de canon anual de los años 2015 a 2019 de la empresa Telefónica del Perú S.A.A., indicándole además que no existían razones para revertir la concesión del espectro radioeléctrico o para disponer la resolución del contrato de concesión².

Sobre la información correspondiente al proceso contencioso administrativo iniciado por el MTC contra Telefónica del Perú S.A.A. impugnando la Resolución N° 98-2016-SDC-INDECOPI, así como la medida cautelar dictada por el 25° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, la entidad precisó que, de acuerdo al Memorando N° 2759-2019-MTC/07 derivado por el Procurador Público Adjunto del MTC, no era posible remitir información sobre dicho proceso por encontrarse en trámite, siendo de aplicación el numeral 4 del artículo 15°-B de la Ley N° 27927, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Con fecha 22 de mayo de 2018 el recurrente interpuso recurso de apelación contra la respuesta remitida a su correo electrónico, alegando que la información denegada no se encontraba protegida por la reserva tributaria, en la medida que el propio Ministerio de Transportes y Comunicaciones había considerado en reiteradas ocasiones que el canon no tenía naturaleza tributaria, precisando que el canon no es un tributo por las siguientes razones: i) la ley no lo había considerado como tal; ii) la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de Recursos Naturales determinaba su naturaleza no tributaria; iii) el canon no suponía una manifestación del *ius imperium* del Estado; iv) el MTC no brindaba un servicio individualizado al contribuyente, lo que es un requisito del tributo "tasa"; y, v) no se sustentaba en la capacidad contributiva de los sujetos obligados, concluyendo que la información solicitada no es confidencial.

Mediante la Resolución N° 010102612019³ se admitió a trámite el citado recurso de apelación, requiriendo a la entidad la formulación de sus descargos, los cuales fueron presentados mediante el Oficio N° 1804-2019-MTC/04.02⁴, que contiene el Memorando N° 759-2019-MTC/27 emitido por la Directora General de Programas y Proyectos de Comunicaciones, en el que se indica que conforme a las Resoluciones Directorales N° 065-2018-MTC/26 y 0049-2019-MTC/26⁵, la información relativa al monto del canon se encuentra calificada como confidencial, en la medida que la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o cualquier otro dato relativo a ellos se encuentra protegido por la reserva tributaria, conforme a lo estipulado por el artículo 85° del Código Tributario.

² Información consignada en la parte final del Memorando N° 455-2019-MTC/27.

³ Notificada el 3 de junio de 2019.

⁴ Ingresado a esta instancia con fecha 7 de junio de 2019.

⁵ Documentos adjuntos a los descargos formulados.

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, exceptuando las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

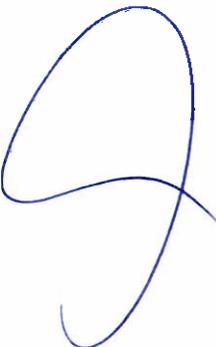
A su vez, el artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM⁶, establece que toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones de ley, teniendo las entidades la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Asimismo, el artículo 10° de la citada norma 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.

Cabe anotar que el segundo párrafo del artículo 13° de la Ley de Transparencia, modificado por el Decreto Legislativo N° 1353, 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 Intereses⁷, establece que la denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada por las excepciones previstas por los artículos 15° a 17° de la mencionada ley. Añade el tercer párrafo que la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de crear o producir información con la que no cuentan o no tengan la obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, en cuyo caso corresponde que la entidad comunique que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder.



Respecto a las excepciones al derecho de acceso a la información pública, el numeral 2 del artículo 17° de la norma citada establece que es información confidencial: *“La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente”*. Añade el numeral 4 del mismo artículo, que es información confidencial la preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la **estrategia a adoptarse** en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial.



Asimismo, el primer párrafo del artículo 18° de la misma ley señala que las excepciones establecidas en los artículos 15°, 16° y 17° del referido texto son los únicos supuestos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

Por su parte, el artículo 85° del Texto Único Ordenando del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF⁸, establece que *“Tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la*

⁶ En adelante, Ley de Transparencia.

⁷ En adelante, Decreto Legislativo N° 1353.

⁸ En adelante, Código Tributario.

base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros, así como la tramitación de las denuncias a que se refiere el Artículo 192°."

2.1 Materia de discusión

De autos se aprecia que la controversia radica en determinar si la información denegada al recurrente se encuentra comprendida en las excepciones al derecho de acceso a la información pública previstas en los numerales 2 y 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia.

2.2 Evaluación

Con relación a los requerimientos formulados por el recurrente, de autos se aprecia lo siguiente:

- 1) Información no entregada sin justificación:
 - Memorando N° 2472-2017-MTC/07
- 2) Información entregada parcialmente alegando la excepción prevista en el numeral 2 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, correspondiente a la reserva tributaria:
 - Memorando N° 991-2017-MTC/27
 - Oficio N° 7607-2015-MTC/27
 - Oficio N° 7159-2016-MTC/27
 - Información sobre el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles de Telefónica del Perú S.A.A. entre los años 2015 y 2019; y de ser el caso, las razones por las cuales no se ha realizado el cobro del canon respectivo.
- 3) Información entregada parcialmente alegando la excepción prevista en el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, correspondiente a la información que puede revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación de un proceso judicial en trámite:
 - Información sobre el proceso contencioso administrativo contra la Resolución N° 98-2016-SDC-INDECOPI, así como la medida cautelar dictada por el 25° Juzgado Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- 4) Información proporcionada:
 - Las razones por las cuales no se ha considerado la reversión del espectro radioeléctrico ni la terminación de la concesión. Al respecto, la entidad comunicó que no existen razones para considerar la reversión del espectro radioeléctrico ni la emisión de resolución que resuelva el contrato de concesión de la empresa Telefónica del Perú S.A.A.

En tal sentido, la apelación formulada por el recurrente debe entenderse únicamente respecto de la información no entregada sin justificación y aquella sobre la cual se alega la existencia de los supuestos de excepción previstos en

los numerales 2 y 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia (requerimientos 1, 2 y 3).

Sobre el particular, conforme con lo dispuesto por las citadas normas y en aplicación del Principio de Publicidad, toda información que posean las entidades que conforman la Administración Pública contenida en documentos escritos o en cualquier otro formato es de acceso público, por lo que las restricciones o excepciones injustificadas a su divulgación menoscaban el derecho fundamental de toda persona al acceso a la información pública.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03035-2012-PHD/TC, que *"De acuerdo con el principio de máxima divulgación, la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción, de ahí que las excepciones al derecho de acceso a la información pública deben ser interpretadas de manera restrictiva y encontrarse debidamente fundamentadas"*.

A su vez, conforme lo dispuesto por el artículo 13° de la Ley de Transparencia, corresponde que toda entidad fundamente debidamente la aplicación de las excepciones contempladas en dicha ley, tal como lo dispone el Tribunal Constitucional en el Fundamento 13 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC, que señala:

"13. 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".

Dicho colegiado ha agregado en el Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 01219-2003-PHD/TC, que *"Evidentemente, ni siquiera la condición de libertad preferida de la que goza el derecho de acceso a la información hace de ella un derecho constitucional que no pueda ser objeto de limitaciones. Como se encarga de recordar el propio inciso 5) del artículo 2° de nuestra Ley Fundamental, su ejercicio no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que se pueden derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (v. gr. derecho a la intimidad personal), o bien por la necesidad de salvaguardar bienes constitucionalmente relevantes (v. gr. la seguridad nacional), y siempre que éstas hayan sido expresamente previstas por ley"*.

A su vez, respecto a la aplicación de las excepciones, dicho colegiado ha establecido que no basta que una declaración de confidencialidad se legitime por la sola definición contenida en una ley, sino que es necesario analizar su trascendencia y finalidad práctica en la realidad, conforme se desprende del Fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2579-2003-HD/TC: *"Evidentemente, no es constitucionalmente tolerable que una declaración de confidencialidad se legitime por el sólo hecho de ampararse en la ley. Los derechos constitucionales, como lo eran en el Estado legal de derecho, no valen*

en el ámbito de las leyes, sino a la inversa: las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales; de manera que, si a través de una ley se limita el ejercicio de un derecho fundamental, tal restricción necesariamente debe sustentarse en un fin constitucionalmente valioso, además de presentarse como una medida estrictamente necesaria y adecuada para conseguir lo que se persigue alcanzar." (subrayado nuestro).

Ahora bien, con relación a la entrega del Memorando N° 2472-2017-MTC/07 solicitado por el recurrente (requerimiento 1), de conformidad con lo previsto por el artículo 3° de la Ley de Transparencia, toda información obrante en poder del Estado se presume pública, salvo que se encuentre incurso en algún supuesto de excepción expresamente contenido en la ley. Asimismo, en virtud de lo señalado por el artículo 13° del mismo texto, corresponde a la entidad sustentar las razones de hecho y la excepción en la cual se ampara el rechazo de la solicitud de acceso a la información pública.

Siendo ello así, se aprecia en esta instancia que la entidad ha omitido indicar en los Memorandos N° 455-2019-MTC/27 y 2759-2019-MTC/07⁹, así como en su correo electrónico de fecha 7 de mayo de 2019, que no cuenta con la información requerida, no tiene la obligación de poseerla o, teniéndola en su poder, acreditar la existencia de algún supuesto de excepción al derecho de acceso a la información pública previsto en la ley para su denegatoria, por lo que corresponde que la entidad entregue al recurrente la copia del Memorando N° 2472-2017-MTC/07 requerido o, de ser el caso, informe de manera clara, precisa y veraz su inexistencia.

Respecto a la entrega parcial de la información correspondiente al Memorando N° 991-2017-MTC/27, los Oficios N° 7607-2015-MTC/27 y 7159-2016-MTC/27, la información sobre el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico de Telefónica del Perú S.A.A. entre los años 2015 y 2019, así como las razones por las cuales no se efectúa el cobro respectivo (requerimiento 2), la entidad ha omitido proporcionar la información correspondiente a los montos de determinación y de pago por dicho concepto, así como informar las razones por las cuales no se realiza el cobro respectivo, de ser el caso, alegando su confidencialidad en aplicación de la reserva tributaria prevista en el artículo 85° del Código Tributario, al considerar que los referidos pagos califican como gastos realizados por las empresas concesionarias¹⁰.

Dicho alegato es fundamentado por la entidad mediante las Resoluciones Directorales N° 065-2018-MTC/26 y 049-2019-MTC/26¹¹, en las cuales se concluye que la información relativa a la liquidación a pagar por concepto de canon, en la medida que constituye una fuente de gasto de la concesionaria, se encuentra protegida por la reserva tributaria.

Cabe anotar que dichas resoluciones directorales se sustentan, según la entidad, entre otras normas, en los numerales 2 y 3 del artículo 9°¹² de la

⁹ Memorando elaborado por el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con fecha 2 de mayo de 2019.

¹⁰ En el Memorando N° 991-2017-MTC/27 se hace referencia a once (11) anexos que contienen información sobre los pagos realizados por concepto de canon por el uso del espectro radioeléctrico de las empresas Megatrack S.A.C., Geo Supply S.A.C., Gilat to Home S.A., Tesacom S.A.C., Telefónica Móviles S.A., Américatel Perú S.A., Rural Telecom S.A.C., Infotelecom Internacional S.R.L., Andina de Comunicación Móvil, Melquisedec S.A. y otros, los cuales no han sido adjuntados al referido memorando.

¹¹ Resolución que contiene el Informe N° 120-2019-MTC/26, cuyo Anexo de Evaluación de Solicitud de Confidencialidad precisa que la información referida al "canon anual" y "monto en soles", al constituir la liquidación a pagar por cada concesionaria, se encuentra protegida por el secreto bancario y la reserva tributaria.

¹² "Artículo 9.- Criterios para determinar la confidencialidad de la información

Directiva de Confidencialidad de la Información del Subsector Comunicaciones¹³, aprobada por Decreto Supremo N° 009-2008-MTC, en el entendido que es confidencial aquella información que revela la estrategia y/o secreto comercial de sus titulares, o cuya sensibilidad de la información a revelar o proteger, respecto al mercado, pudiera generar un perjuicio para el solicitante o un tercero.

Sobre el particular se advierte que, si bien en los documentos anexos a los descargos formulados por la entidad mediante el Oficio N° 1804-2019-MTC/04.02 y el Memorando N° 759-2019-MTC/27 se hace referencia a la confidencialidad de la estrategia, secreto comercial y secreto bancario de terceros, el único fundamento propuesto concretamente por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para denegar la información solicitada respecto a la liquidación y pago por concepto de canon realizados por Telefónica del Perú S.A.A. en los años 2015 a 2019, **es su confidencialidad en aplicación de la reserva tributaria, al tratarse de gastos para la concesionaria.**

En consecuencia, corresponde determinar en esta instancia si la información solicitada es confidencial en aplicación de la reserva tributaria.

Al respecto, el numeral 2 del artículo 17° de la Ley de Transparencia establece que es información confidencial, entre otra, aquella que es protegida por la reserva tributaria, habiéndose establecido en el artículo 85° del Código Tributario que tendrá carácter de información reservada, entre otros, **los gastos**, cuando estén **contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga la Administración Tributaria** por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros.

Con relación a la reserva tributaria, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 009-2001-AI/TC, que *"La reserva tributaria constituye un límite a la utilización de los datos e informaciones **por parte de la Administración Tributaria**, y garantiza que en dicho ámbito, esos datos e informaciones de los contribuyentes, **relativos a la situación económica y fiscal**, sean conservadas en reserva y confidencialidad, no brindándosele otro uso que el que no sea para el cumplimiento estricto de sus fines, salvo en los casos señalados en el último párrafo del inciso 5) del artículo 2° de la Constitución y con respeto del principio de proporcionalidad"*. (subrayado nuestro).

Asimismo, respecto a la finalidad de la reserva tributaria, en el Fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00009-2014-PI/TC, el Tribunal Constitucional determinó que la reserva tributaria es una manifestación del derecho a la intimidad que busca proteger un aspecto de la vida privada de las

A fin de determinar si la información presentada por los Operadores de comunicaciones se encuentra dentro de los supuestos previstos en el artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, se aplicarán los criterios que se señalan a continuación: (...)

2. La medida en la cual la información revela la estrategia y/o secreto comercial de quien presenta la información o la de un tercero, o secretos industriales o tecnológicos de la empresa, de tal manera que su difusión no autorizada distorsione las condiciones de competencia en el mercado.
3. La sensibilidad de la información con respecto al mercado, es decir el grado de perjuicio de la revelación de la información para el solicitante y, el perjuicio derivado de su no revelación para terceros, entendiéndose por terceros a todas aquellas personas naturales o jurídicas distintas a la empresa involucrada en el procedimiento de solicitud de confidencialidad para lo cual se tomará en consideración:
 - a. La naturaleza de la información presentada y su impacto en el mercado.
 - b. El nivel de agregación o detalle.
 - c. La competencia existente en el mercado respecto al servicio que se informa."

¹³ En adelante, Directiva de Confidencialidad del MTC.

personas correspondiente a la "**biografía económica del individuo**", al señalar lo siguiente:

"12. Precisamente, bajo esta perspectiva, el Tribunal Constitucional tiene reconocido en su jurisprudencia que entre los **atributos asociados al derecho a la intimidad se encuentran** el secreto bancario y la **reserva tributaria** [STC 004-2004-AI/TC, fundamento 34], y si bien cada uno de ellos garantizan ámbitos vitales diferenciados, su tutela está dirigida a "**preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, [...] una especie de 'biografía económica' del individuo**", perfilándolo y poniendo en riesgo no sólo su derecho a la intimidad en sí mismo, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad [STC 004-2004-APTC, fundamento 35]. De esta manera, es posible concluir que la **reserva tributaria** y el secreto bancario **forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad**, o, como se le ha denominado, a **'poseer una intimidad'**". (subrayado nuestro).

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la reserva tributaria esta orientada a proteger la esfera privada del individuo **ante intromisiones que puedan generarle daños o riesgos potenciales de producirse**, conforme se indica en el Fundamento 14 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2838-2009-HD/TC: "... la reserva tributaria..., **únicamente [proscribe] aquellas limitaciones cuyo propósito es el de quebrar la esfera privada del individuo y ocasionarle perjuicios reales y/o potenciales de la más diversa índole**, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos y se encuentren dentro de los márgenes de lo informado por la razonabilidad y la proporcionalidad" (subrayado nuestro).

En ese orden de ideas, el contenido de la reserva tributaria esta dado por la información **que obtiene la Administración Tributaria en el ejercicio de sus funciones**, a partir de las **declaraciones de los contribuyentes** u otra información obtenida de terceros, las cuales contienen, entre otros datos, el detalle y los montos totalizados de los ingresos y gastos realizados por los contribuyentes, situación que no ocurre en el presente caso, pues **la entidad no califica como Administración Tributaria ni tiene la función de recibir declaraciones de naturaleza tributaria**.

Por otro lado, la reserva tributaria no constituye, en sí misma, un derecho fundamental recogido expresamente por la Constitución Política del Perú, sino que es la vertiente económica del derecho fundamental a la intimidad personal, en tanto su contenido pueda reflejar una biografía económica del sujeto y su publicidad pudiera poner en riesgo la integridad y seguridad del contribuyente; por lo tanto, la negativa de su publicidad está condicionada a que se cumpla con dicha circunstancia.

Así, un gasto en particular -pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico- realizado por una empresa privada que suscribió un contrato de concesión con el Estado para prestar un determinado servicio público, no evidencia mayor información cuya publicidad pueda generar un riesgo para la concesionaria, siendo, en todo caso, obligación de la entidad acreditar dicha circunstancia.

En tal sentido, la aplicación de la reserva tributaria como una excepción al derecho de acceso a la información pública, no opera por el solo hecho de encontrarse prevista en la ley, que en el presente caso se trata del término "**gasto**" contenido en el artículo 85° del Código Tributario, sino que para efecto

de constituir una excepción al derecho de acceso a la información pública es requisito indispensable que efectivamente el "dato" o la "información solicitada" sea tal que refleje meridianamente la situación económica, financiera o incluso tributaria de un contribuyente, y que dicha información, al ser pública, pueda poner en riesgo la seguridad e integridad del contribuyente, condiciones que no se cumplen en el caso específico del gasto por concepto del pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico, pues dicho desembolso es uno más entre muchos otros que realiza un concesionario de un servicio público, como son los gastos de planilla de trabajadores, contratación de servicios de terceros, compra de activos, publicidad, adquisición de mercadería, consultorías y asesorías especializadas, gastos de mobiliario, útiles de oficina, alquiler de equipos diversos, licencias de programas informativos, entre otros, de modo que al ser la información requerida sólo un dato específico -pago de canon- con relación a la totalidad de gastos que pueda realizar un contribuyente en un ejercicio fiscal, dicha información no califica como una "biografía económica" del concesionario, más aún cuando se trata de una empresa privada que ha suscrito voluntariamente un contrato de concesión con el Estado, sujetándose a determinadas condiciones y el cumplimiento de prestaciones que se encuentran reguladas no sólo en el respectivo contrato, sino en normas de orden público.

En efecto, alegar la reserva tributaria de un gasto específico como es el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico, y con ello suponer -erróneamente- su confidencialidad, llevaría a concluir equivocadamente que también es confidencial la información sobre los "ingresos" obtenidos por los proveedores del Estado a partir de contratos generados por convocatorias y concursos públicos suscritos bajo la aplicación de la Ley N° 30255, Ley de Contrataciones del Estado, pues conforme a lo señalado por el artículo 85° del Código Tributario, los "ingresos" de los contribuyentes gozan de la reserva tributaria, interpretación que carece de todo sustento legal debido a que la información sobre los servicios y bienes adquiridos por el Estado con recursos públicos, incluyendo claro está los montos pagados por las entidades, es información de absoluta naturaleza pública, salvo determinadas excepciones¹⁴.



Resulta pertinente anotar, con relación al fundamento legal formulado por la entidad, que tal como se aprecia de los numerales 2 y 3 del artículo 9° de la Directiva de Confidencialidad de la Información del Subsector Comunicaciones, que según la entidad sustenta las Resoluciones Directorales N° 065-2018-MTC/26 y 049-2019-MTC/26, dichos lineamientos no están referidos a la confidencialidad de la información protegida por la reserva tributaria, sino a la confidencialidad de la información que revela la estrategia y/o secreto comercial de sus titulares, o cuya sensibilidad de la información a revelar o proteger, respecto al mercado, pudiera generar un perjuicio para el solicitante o un tercero, de modo que la referencia realizada por la entidad de la citada directiva, además de carecer de fundamento, no resulta aplicable al presente caso.



Por otro lado, es necesario efectuar el análisis de la información solicitada por el recurrente, que en el caso concreto corresponde al pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico que realiza una empresa en favor del Estado.

Al respecto, el artículo 1° de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, señala que los recursos naturales "... constituyen patrimonio de la Nación, ...", añadiendo el literal e) del

¹⁴ Como ocurriría, por ejemplo, en el caso de adquisición de material bélico o renovación de equipos para la defensa nacional, y cuya información haya sido clasificada como secreta mediante la correspondiente resolución administrativa.

artículo 3° de la referida norma que se consideran recursos naturales, entre otros, “a la atmosfera y el espectro radioeléctrico” (subrayado nuestro).

Asimismo, el artículo 5° del mismo texto señala que “Los ciudadanos tienen derecho a ser informados y a participar en la definición y adopción de políticas relacionadas con la conservación y uso sostenible de los recursos naturales.” (subrayado nuestro)

Con relación al aprovechamiento de los recursos naturales, la respectiva retribución económica, el derecho de concesión y las condiciones de su aprovechamiento, los artículos 19°, 20°, 23° y 29° de la referida ley establecen lo siguiente:

“Artículo 19.- Los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural. (...)”

“Artículo 20.- Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. (...)”

“Artículo 23.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, ...”

“Artículo 29.- Las condiciones del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, son:

(...)

d. Cumplir con la retribución económica correspondiente, de acuerdo a las modalidades establecidas en las leyes especiales.”

(subrayado nuestro)

En tal sentido, conforme lo establece la Ley N° 26821, el espectro radioeléctrico es un recurso natural que constituye un patrimonio de la Nación, el cual puede ser aprovechado por particulares mediante su concesión a cambio de una retribución económica en favor del Estado.

A su vez, con relación a la concesión de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 702, Ley que regula la Promoción de Inversión Privada en Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC¹⁵, establece que “Las solicitudes de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones que, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, requerirán de Contrato de Concesión, se atenderán siguiendo el trámite establecido en el Reglamento de esta Ley. El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción podrá decidir la concesión mediante concurso público de oferta.” (subrayado nuestro).

En este contexto, el artículo 47° de la misma ley denomina concesión al “(...) acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones. El Ministerio otorgará concesión única para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones (...); asimismo, los artículos 55° y 56° de la referida ley señalan que las concesiones y autorizaciones están sujetas al pago de un derecho y son otorgadas por un plazo máximo de veinte (20) años renovables.

¹⁵ En adelante Ley de Telecomunicaciones.

Asimismo, el artículo 60° de la Ley de Telecomunicaciones señala que: "La utilización del espectro radioeléctrico dará lugar al pago de un canon que deberán satisfacer los titulares de estaciones radioeléctricas, emisoras y de las meramente receptoras que precisen de reserva radioeléctrico. El reglamento respectivo señalará los montos y formas de pago a propuesta del Ministerio de Transportes, Comunicaciones Vivienda y Construcción, los que serán aprobados mediante Decreto Supremo". (subrayado nuestro).

Concordante con esta última disposición, el numeral 6 del artículo 130° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC¹⁶, establece que es obligación del concesionario pagar oportunamente sus obligaciones, entre ellos el canon; asimismo, el numeral 6 del artículo 132° del mismo reglamento establece como causal de resolución del contrato de concesión, el "Incumplimiento del pago del canon por dos (2) años calendario consecutivos, salvo que cuente con fraccionamiento vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de las obligaciones económicas conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal." (subrayado nuestro)

Añade el artículo 231° del citado texto, que el canon anual que deben abonar los titulares de concesiones o autorizaciones por concepto del uso del espectro radioeléctrico se calcula aplicando los porcentajes en base a la Unidad Impositiva Tributaria¹⁷ vigente al primero de enero del año en que corresponde efectuar el pago.

Precisa el literal a) del numeral 2 del referido artículo, modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2018-MTC, publicado el 24 de enero 2018, que el cálculo para el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico se realiza de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$C = CAB \times NF \times CA \times CPB \times CPZ \times FS \times PO - CEI$$

Donde:

- C:** Es el canon anual por el uso del espectro radioeléctrico.
CAB: Es el coeficiente de ancho de banda.
NF: Es el número de bandas, sub-bandas y canales, de frecuencias asignados conforme a las canalizaciones respectivas, para la prestación del servicio en una zona determinada.
CA: Es el coeficiente de área.
CPB: Es el coeficiente de ponderación por bandas de frecuencias.
CPZ: Es el coeficiente de ponderación por zona.
FS: Es el coeficiente de participación por servicio.
PO: Es el presupuesto objetivo.
CEI: Es el coeficiente de expansión de infraestructura y/o mejora tecnológica de la infraestructura.

Es pertinente anotar que los datos relativos a CAB, NF, CA, CPB, CPZ, FS, PO y CEI, han sido reconocidos por la entidad como información de acceso público, conforme se aprecia del Anexo de Evaluación de Solicitud de Confidencialidad contenido en el Informe N° 120-2019-MTC/26, el cual sustenta la Resolución Directoral N° 049-2019-MTC/26 remitida por el Ministerio de Transporte y

¹⁶ En adelante, el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

¹⁷ En adelante, UIT.

Comunicaciones a este colegiado como parte de sus descargos, al señalar lo siguiente;

“Al respecto, los campos; Contiene información de conocimiento público, por ser naturalmente difundida en el curso ordinario de negocios de la empresa, y por sí sola no revela secreto comercial y su difusión no distorsiona las condiciones de competencia en el mercado; por el contrario, transparenta la identidad del profesional que representa al concesionario, en el cumplimiento de un requerimiento formulado por la Administración Pública.

En consecuencia, en aplicación de los fundamentos antes expuestos y al no cumplirse con los criterios contenidos en los incisos 2) y 3) del artículo 9° de la Directiva de Confidencialidad, al no revelar estrategia y/o secreto comercial, así como que su difusión no ocasiona perjuicio a la concesionaria, corresponde declarar como pública la información bajo análisis.” (subrayado nuestro)

Asimismo, el inciso 9 del artículo 75° de la Ley de Telecomunicaciones establece como función del Ministerio de Transportes y Comunicaciones “Administrar el uso del espectro radioeléctrico y elaborar y aprobar el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias”. Respecto al régimen sancionador en materia de telecomunicaciones, el numeral 7 del artículo 88° de la referida ley establece que la falta de pago del canon respectivo constituye una infracción grave.

Finalmente, los artículos 84° y 101° de la citada ley señalan que el pago del canon tiene como finalidad solventar el presupuesto de Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones -OSIPTEL-, y que debe aplicarse también al desarrollo de las telecomunicaciones, al control y monitoreo del espectro radioeléctrico y a sufragar las obligaciones contraídas con los organismos internacionales de telecomunicaciones.

Por otro lado, conforme se ha verificado de la Adenda a los Contratos de Concesión para la Prestación del Servicio Público de Telefonía Móvil suscrito por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con la empresa Telefónica Móviles S.A.¹⁸ el 21 de marzo de 2013¹⁹, los Contratos de Concesión aprobados por Resoluciones Ministeriales N° 373-91-TC/15.17²⁰, 440-91-TC²¹ y 055-92-TC/15.17²² han sido renovados, conforme al plazo de la concesión regulado en la Cláusula Séptima de la referida adenda, estableciéndose diversas prestaciones adicionales a cargo de la concesionaria²³, manteniéndose en la Cláusula Novena (9.02) la obligación de la concesionaria de “... cumplir con los pagos señalados en la Ley, el Reglamento General y el Reglamento de PSIPTEL. Dichos pagos serán efectuados a EL MINISTERIO, FITEL y a OSIPTEL, según corresponda.”

En tal sentido, se tiene que a la fecha la empresa Telefónica del Perú S.A.A. mantiene vigente un contrato de concesión celebrado con el Estado Peruano para la prestación del servicio público de telefonía móvil, incluyéndose como una

¹⁸ Actualmente Telefónica del Perú S.A.A.

¹⁹ Disponible en la siguiente dirección electrónica:

https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/documentos/Adenda_Telefonica_Renovacion.pdf

²⁰ De fecha 23 de mayo de 1991.

²¹ De fecha 28 de junio de 1991.

²² De fecha 30 de enero de 1992.

²³ Conforme a la referida adenda, se establecieron las siguientes prestaciones a cargo de Telefónica del Perú:

Clausula Primera: Plan de Cobertura del servicio de telefonía móvil.

Clausula Segunda: Desarrollo de la Red de Transporte Rioja – Moyobamba-Yurimaguas-Iquitos.

Clausula Tercera: Tarifa Social de la Telefonía Móvil Prepago.

Clausula Cuarta: Acceso a Internet sin costo a Entidades Beneficiarias en Capitales de Provincia.

Clausula Quinta: Acceso a Internet sin costo en Distritos con Mayor Pobreza, en Distritos de Provincias Fronterizas y Capitales Provinciales Aisladas.

Clausula Sexta: Capacitación a cargo de TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. en materia de telecomunicaciones.

de sus obligaciones efectuar el pago del canon respectivo por el uso del espectro radioeléctrico.

Siendo ello así, corresponde que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ejerza adecuadamente su rol fiscalizador y de gestión sobre el uso de un recurso natural y las obligaciones de la empresa concesionaria, más aún en el caso específico del cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico, toda vez que parte de dichos están destinados al desarrollo de las telecomunicaciones en beneficio de la ciudadanía, y el incumplimiento de efectuar dicho genera la aplicación de sanciones, incluyendo la resolución del contrato de concesión.

Con relación a la transparencia de la información correspondiente a los servicios públicos prestados por particulares a partir de concesiones, autorizaciones, licencias o derechos concedidos por el Estado, diversas sentencias del Tribunal Constitucional han desarrollado la particularidad que reviste este tipo de contratos, la necesidad de publicitar determinada información y la flexibilidad en este caso particular sobre los límites al derecho de acceso a la información pública, en el sentido siguiente:

- **Expediente N° 02838-2009-PHD/TC.-** Proceso constitucional de hábeas data seguido por una empresa clasificadora de riesgos contra el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, respecto al pedido de entrega de los Balances Generales y Estados de Ganancias y Pérdidas de las personas jurídicas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores, en el cual el Tribunal Constitucional analizó "... de manera puntual y detallada sobre qué aspectos versa la documentación solicitada.", desarrollando los conceptos de secreto bancario y vida privada -citando a su vez las Sentencias N° 000004-2004-AI/TC y 01219-2003-HD/TC-, y determinando que el secreto bancario busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en el entendido que la publicidad de información económica pone en riesgo el derecho a la intimidad, seguridad e integridad de las personas naturales o jurídicas, reconociendo dicho colegiado que el contenido no esencial del derecho a la intimidad -como es la información bancaria- permite limitaciones en tanto sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En esa línea, resulta relevante el Fundamento 14 de la referida sentencia, que señala lo siguiente:

"14. Por consiguiente, y dado que ni el secreto bancario ni la reserva tributaria forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad, únicamente se encuentran constitucionalmente proscritas aquellas limitaciones cuyo propósito es el de quebrar la esfera privada del individuo y ocasionarle perjuicios reales y/o potenciales de la más diversa índole, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos y se encuentren dentro de los márgenes de lo informado por la razonabilidad y la proporcionalidad." (subrayado nuestro).

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

“... lo que realmente resulta relevante es la naturaleza de la información sujeta a reserva por las implicancias que su exposición puede generar en los particulares, ...”

(...)

“En todo caso, aún cuando el suministro de la información requerida incrementa la eficiencia del mercado, el logro de tal objetivo no puede realizarse a costa de sacrificar completamente otros bienes constitucionales igualmente legítimos.”

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

- **Expediente N° 00009-2014-PI/TC.**- Sentencia correspondiente al Proceso de Inconstitucionalidad del artículo 5° de la Ley N° 29720 - Ley que Promueve las Emisiones de Valores Mobiliarios y Fortalece el Mercado de Capitales²⁴, que otorgó a la documentación contable (Estados Financieros) de ciertas empresas no sujetas a supervisión de la Superintendencia de Mercado de Valores, la condición de información de acceso público. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que dicha disposición vulnera el derecho a la intimidad, en particular la privacidad de ciertos datos económicos, el secreto bancario y el derecho a la seguridad personal de quienes forman parte de las empresas obligadas, sólo en aquellos casos de empresas no sujetas a la supervisión de la referida entidad.

Al respecto, en el Fundamento 16 de la referida sentencia, el Tribunal Constitucional realizó una interpretación acuciosa del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución, al sostener que “16. Finalmente, que el secreto bancario y la reserva tributaria constituyan la concreción, en el plano económico, de una manifestación del derecho a la intimidad no quiere decir que sean absolutos ...”, en el entendido que en supuestos excepcionales con arreglo a ley, determinadas autoridades pueden acceder a dicha información, y en tal medida “...se desprende que si bien la Norma Fundamental se limita a enunciar de forma explícita a aquellos sujetos calificados para disponer el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria, dicho listado no sólo

²⁴ El Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5° de la Ley N° 29720, que señalaba lo siguiente:

“Las sociedades o entidades distintas a las que se encuentran bajo la supervisión de Conasev, cuyos ingresos anuales por venta de bienes o prestación de servicios o sus activos totales sean iguales o excedan a tres mil unidades impositivas tributarias (UIT), deben presentar a dicha entidad sus estados financieros auditados por sociedades de auditoría habilitadas por un colegio de contadores públicos en el Perú, conforme a las normas internacionales de información financiera y sujetándose a las disposiciones y plazos que determine Conasev. La unidad impositiva tributaria (UIT) de referencia es la vigente el 1 de enero de cada ejercicio. Los estados financieros presentados son de acceso al público.”

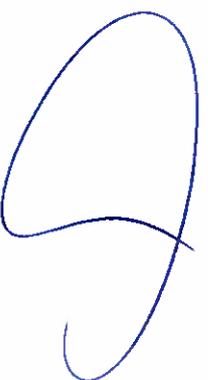
no prohíbe, sino que, por el contrario, admite implícitamente la posibilidad de que tales derechos puedan ser limitados en aras de la satisfacción de otros bienes jurídico-constitucionales, siempre que las medidas adoptadas para tal efecto superen el test de proporcionalidad [STC 0004- 2004-AI/TC, fundamento 39].”.

En ese sentido, el referido colegiado dictaminó que el secreto bancario no es absoluto, siendo que en determinados contextos los Estados Financieros de las empresas constituye información de acceso público, en la medida que su justificación se sustente en un bien o derecho constitucionalmente protegido, ponderando, en dicho caso concreto, la transparencia del mercado de valores en beneficio de los inversores al proporcionarles información veraz, suficiente y oportuna, y por otro lado, el derecho a la intimidad de las empresas que no decidieron ingresar al mercado de valores, es decir, por voluntad propia decidieron no someterse a la regulación especial aplicable a dicho sistema financiero de valores.

Adicionalmente, en el Fundamento 38 se advirtió que “... la transparencia del mercado es un principio propio del mercado de valores, por la especialidad de su régimen, pues la publicidad de cierta información financiera o contable depende de la decisión de las empresas de ingresar a la bolsa de valores.”, situación distinta de aquellas que decidieron no participar en dicho sistema (subrayado nuestro).

Asimismo, el pronunciamiento en referencia anotó que la eventual publicidad de los Estados Financieros no se limita a invocar la transparencia del mercado, sino que se encuentra sujeta, en última instancia, a la justificación de un interés público subyacente, determinando en el caso concreto que la publicidad de los Estados Financieros de empresas que no se encontraban sujetas a supervisión de la ex Conasev por no participar en operaciones de la Bolsa de Valores de Lima, no tenía justificación alguna, pues no se cautelaba ningún derecho de un inversionista al ser imposible adquirir acciones en el referido mercado de valores de una empresa que no cotiza en bolsa.

- 
- **Expediente N° 0014-2014-PI/TC Caso Ley Universitaria.-** En dicho proceso se discutió la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley N° 30220 - Ley Universitaria, entre otros, el artículo 11.3 que dispone la obligación de las universidades de publicar en sus portales electrónicos en forma permanente y actualizada sus Estados Financieros.



Al respecto, en el Fundamento 25 de la sentencia el Tribunal Constitucional determinó que “... la educación no solo es un derecho, sino un auténtico servicio público que explica una de las funciones-fines del Estado, cuya ejecución puede operar directamente o a través de terceros (entidades privadas), aunque siempre bajo fiscalización estatal.”, criterio esbozado también en el Fundamento 8 de la Sentencia N° 03221-2010-HD.

Añade el Fundamento 31 que “... cuando el Estado abre la posibilidad de que determinadas actividades, en principio a él encomendadas, sean llevadas a cabo por particulares, genera con ello un deber especial de vigilancia y fiscalización del servicio brindado, ya que su cumplimiento no es solo una cuestión concerniente a la entidad privada, sino que guarda especial relación con los fines del propio Estado.” (subrayado nuestro).

- **Expediente N° 2939-2004-AA.-** Proceso de Amparo en el que resulta relevante el desarrollo efectuado por el Tribunal Constitucional del rol de los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, en aplicación de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos -modificada por la Ley N° 27632-, al mantener funciones de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, como es el ejercicio de las competencias de supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público.

En tal medida, dicho colegiado reafirmó la plena vigencia del debido procedimiento administrativo, que adquiere “... *especial relevancia e imperiosa necesidad cuando los organismos reguladores ejercen las funciones de control y fiscalización de las empresas privadas que les corresponden legalmente; debiendo OSINERG otorgar a los administrados la plena posibilidad de ejercer su derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho y a impugnar.*” (subrayado nuestro).

Así, se aprecia de la referida cita que los organismos reguladores deben respetar los derechos de los usuarios conforme al debido procedimiento administrativo, siendo un derecho constitucional ofrecer y producir pruebas, coligiéndose que es absolutamente reprochable permitir a los administrados interponer los recursos de impugnación contra las decisiones emitidas por una autoridad, pero limitando el acceso a la información relacionada con el acto administrativo cuestionado o el derecho de aportar medios probatorios para acreditar los argumentos planteados.

- **Expediente N° 0004-2004-AI/TC.-** Proceso de Inconstitucionalidad contra diversos artículos de los Decretos Legislativos N° 939 y 947, Ley de Medidas para la Lucha Contra la Evasión y la Informalidad y su modificatoria, respectivamente, hoy derogados por la Ley N° 28194.

En el Fundamento 37 de dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional determinó que el secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad personal, por tres motivos:

“a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2° de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de los delitos económicos; c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2°5), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho.”

En ese sentido, bajo dicha interpretación resulta claro que la reserva tributaria tampoco constituye un contenido esencial del derecho a la intimidad personal.

- **Expediente N° 0008-2003-AI.-** En dicho proceso el Tribunal Constitucional desarrolló importantes aspectos relacionados con: (i) los derechos de los consumidores y los usuarios; (ii) el Estado vigilante, garantista y corrector; y,

(iii) el rol de los organismos reguladores, conforme se advierte de los Fundamentos 30, 31 y 41 a 45 que señalan lo siguiente:

“30. La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

31. De acuerdo con lo establecido por el artículo 65° de la Constitución, el Estado mantiene con los consumidores o usuarios dos obligaciones genéricas; a saber:

a) Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.
(...)”

41. Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N° 27332, parcialmente modificada por la Ley N° 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.

La ley ha conferido a dichos organismos, además, una función específica: la responsabilidad de supervisar las actividades efectuadas al amparo del Decreto Legislativo N.° 674; es decir, aquellos casos en los que existan privatizaciones o concesiones por parte del Estado a favor de empresas privadas (art. 4° de la Ley N.° 27332). Se trata, pues, de una supervisión de las actividades “post- privatización”.

Así, el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión.

42. (...) Por tal razón, tendrá como deber intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la

calidad y el costo razonable de lo ofertado. En buena cuenta, es menester enfatizar que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado.

43. Allí radica la especial función que cumplen los organismos reguladores. Estos organismos tienen la obligación de asumir la delicada misión que les ha sido asignada bajo principios de transparencia e imparcialidad. De la eficiente labor en sus respectivos sectores depende, en gran medida, que se genere verdadera competencia entre los distintos agentes económicos, lo que redundará en beneficio de los usuarios.

En efecto, el control de los estándares de calidad del servicio, la razonabilidad del precio que se le asigne, el desarrollo sostenido del sector, la acción proactiva y efectiva en el cuidado del medio ambiente y la competencia técnica, son conductas que deben ser asumidas por los organismos reguladores, sea mediante acciones ex ante -regulaciones previas-, o ex post -sanciones ejemplares que disuadan tanto al infractor como a los distintos competidores de atentar contra los valores de un mercado eficiente y humano.

44. Los organismos reguladores deben hacer del usuario un partícipe de su funcionalidad, brindándole una atención personalizada y capacitándolo en el ejercicio de los derechos que le son inherentes, en su calidad de pilar de la economía.

Los organismos reguladores no pueden funcionar aisladamente en la labor que les ha sido encomendada. A los usuarios compete, ante todo, la obligación de hacerse respetar en el círculo económico, informándose acerca de sus derechos. Y a las empresas que ofrecen servicios al público les corresponde el deber constitucional, legal y cívico de adecuar cada una de sus actividades a los designios de una economía social de mercado, en las cuales su beneficio personal no sea el punto de partida y finalidad de su actividad, sino la inevitable consecuencia de haber brindado un servicio digno, de calidad y a un costo razonable.

45. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de precisar que existe una percepción de que los órganos reguladores no están defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores (Exp. N.º 005-2003-AI/TC). Son ampliamente conocidas las distintas denuncias existentes respecto a los continuos abusos cuyas víctimas son los usuarios de servicios públicos otorgados en concesión a diversas entidades privadas.

En la sentencia precitada, este Colegiado convino en exhortar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, a efectos de que asuman las medidas necesarias para que OSIPTEL asuma un efectivo control de las actividades que puedan ser atentatorias de la libre competencia en el mercado y que repercutan negativamente en la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Empero, los abusos presentados como consecuencia de determinadas posiciones dominantes en el mercado, no sólo se suscitan en el sector de las telecomunicaciones, sino también en otros sectores en los que determinadas empresas privadas hacen caso omiso de las distintas quejas que los usuarios formulan.”

Conforme se aprecia del análisis formulado por el Tribunal Constitucional, el Estado tiene una función reguladora del mercado y tutiva de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios -en especial públicos-, cuya

actuación se rige por los principios de imparcialidad y transparencia, garantizando a los consumidores el acceso a la información sobre el servicio prestado y los costos de los mismos, los cuales deben ser razonables.

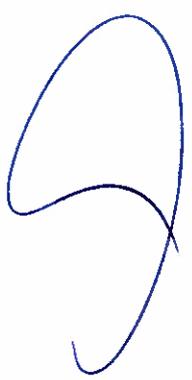
- **Expediente N° 0005-2003-AI.-** En el Fundamento 41° de la referida sentencia, el intérprete máximo de la Constitución Política del Perú señaló que “El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene el objeto de satisfacer necesidades de interés general. Mediante la concesión se organiza de la manera más adecuada la prestación de un servicio público por un determinado tiempo, actuando el concesionario por su propia cuenta y riesgo, y su labor o prestación será retribuida con el pago que realizan los usuarios.” (subrayado nuestro).

Se añade que “La concesión se desarrolla según el régimen legal vigente y el contrato acordado, cuyo objeto fundamental es asegurar la eficiencia en la prestación del servicio. (...). Estos órganos [reguladores] están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público, y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable; ello porque si bien la concesión, como a la que se ha hecho referencia ..., es un contrato que puede tener un blindaje jurídico, el objeto fundamental no es el lucro, sino el servicio, el cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad, ...”. (subrayado nuestro).

En dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional determinó el contenido de un servicio público, el cual puede ser ejercido por un particular o empresa privada bajo la modalidad de concesión, quien ingresa a prestar determinados servicios por cuenta y riesgo propio, siendo materia de fiscalización por parte de los organismos públicos reguladores a efecto de tutelar el derecho de los usuarios y el interés público.



Ahora bien, en este orden de ideas y conforme al desarrollo normativo y jurisprudencial expuesto, se tiene que la información requerida por el administrado está relacionada con el pago del canon que debe realizar una empresa privada, la cual voluntariamente ha decidido contratar con el Estado el derecho de concesión para la prestación de un servicio público de telefonía móvil, utilizando para ello un recurso natural, considerado patrimonio de la Nación, como ocurre con el espectro radioeléctrico.



En esa línea, tanto la Ley de Comunicaciones y los contratos suscritos por Telefónica del Perú S.A.A. con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, exigen de ambas partes el cumplimiento de diversos procedimientos, requisitos y prestaciones recíprocas, entre otras, el pago anual del referido canon por parte de la concesionaria, y la obligación de la entidad estatal de supervisar, fiscalizar y efectuar el cobro de dicha contraprestación.

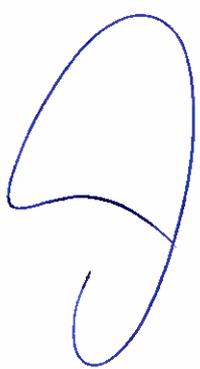
En tal sentido, constituye un derecho ciudadano contar con la información correspondiente no sólo sobre las características, tarifas y detalles del servicio público concesionado, sino también sobre el cumplimiento de las obligaciones de la concesionaria y de la entidad estatal responsable, siendo perfectamente posible que se transparente la situación de los pagos por concepto de canon por el uso del espectro radioeléctrico y el estado de la cobranza de dichas deudas, pues así se fiscalizará no solo el cumplimiento de las obligaciones de la empresa concesionaria, sino también la labor del ente estatal encargado de ejercer su función fiscalizadora sobre las obligaciones de la concesionaria.

Por otro lado, al margen de la importancia de la publicidad de la información solicitada por el recurrente, la tesis formulada por la entidad, en el sentido que el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico, al tratarse de un gasto, se encuentra protegida por la reserva tributaria, no tiene asidero legal, pues conforme se ha desarrollado precedentemente, la entidad no tiene la condición de administración tributaria, dicha información no ha sido obtenida por la presentación de una declaración jurada de determinación de impuestos o fiscalización tributaria, y la publicidad de un único egreso -como es el pago del canon- no representa una biografía económica que evidencie la situación económica, financiera o tributaria de la concesionaria, ni constituye una información que siendo pública, afecte su integridad o seguridad, más aún cuando es de público conocimiento que todas las empresas de telecomunicaciones concesionarias que utilizan el espectro radioeléctrico tienen la obligación de efectuar dicho pago en favor del Estado.

Cabe añadir, a mayor abundamiento, que conforme a lo previsto por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 003-2018-MTC, la fórmula para determinar el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico, así como todos los componentes o factores para su cálculo, constituye información de absoluta naturaleza pública, por lo que resulta contradictorio el alegato de la entidad que, siendo dichos indicadores información de naturaleza pública -tal como lo ha reconocido la propia entidad-, el resultado de la aplicación de la respectiva fórmula tenga naturaleza reservada; por el contrario, es perfectamente válido concluir que, si todos los componentes de una ecuación y la respectiva fórmula es información pública, entonces el resultado -el canon por pagar- tiene también naturaleza pública.



Asimismo, el hecho de que la información requerida está relacionada con la gestión de un recurso natural que es patrimonio de la Nación, ello constituye un elemento trascendental para determinar la naturaleza de su publicidad, pues es evidente que la protección y cuidado de un bien -tangible o intangible- de propiedad del Estado no sólo es función del respectivo órgano supervisor, sino también de la ciudadanía en general, pues constituye un derecho ciudadano cautelar el uso de los bienes del Estado y también fiscalizar la labor de la entidad encargada de su administración.



En efecto, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 2 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2845-2008-HD/TC, el derecho de acceso a la información pública tiene una dimensión colectiva en función a que mediante el ejercicio de esta prerrogativa los ciudadanos tienen la posibilidad conocer el manejo o gestión de los bienes públicos:

"2. Este Tribunal se ha pronunciado respecto a los alcances del derecho en cuestión en la sentencia del Exp. N.º 1797-2002-HD/TC, señalando que "(...) En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna (...). Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo que ha de estar al alcance de cualquier individuo". Como se observa, desde ambas perspectivas, el derecho de acceso a la información pública se sustenta en una cotitularidad inherente a todos los ciudadanos sobre el manejo de la información que se encuentre en poder o se origine en el Estado."

En la misma línea, en el Fundamento 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1797-2002-HD-TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“16. Como ya se ha dejado entrever, a juicio del Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, p.ej. los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no. A criterio del Tribunal, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que, si en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa.

Y es que, si mediante el derecho en referencia se garantiza el acceso, conocimiento y control de la información pública, a fin de favorecer la mayor y mejor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, así como la transparencia de la actuación y gestión de las entidades gubernamentales, entonces, un mínimo de exigencia que imponen que esos fines se puedan cumplir, es que la información sea veraz, actual y clara.”



Cabe destacar, a título referencial, que en el ámbito del sector minero el Estado ha implementado un mecanismo para que las empresas concesionarias publiquen la información sobre los montos que pagan por el impuesto a la renta, impuesto especial a la minería y regalías mineras, en el entendido de que dicha información no solo permite a los ciudadanos conocer el aporte de las empresas mineras al fisco, la contraprestación que pagan al Estado por la explotación de los recursos naturales e incluso la forma en que dichos recursos económicos se distribuyen entre las distintas regiones de nuestro país. El citado mecanismo consiste en la instauración de una Comisión Multisectorial Permanente que recoge dicha información de las empresas mineras, la misma que finalmente es publicada en un Informe Nacional de Transparencia de las Industrias Extractivas, conforme a lo regulado por el Decreto Supremo N° 028-2011-EM, Decreto Supremo que crea la Comisión Multisectorial Permanente para el Seguimiento y Supervisión de la Transparencia en el empleo de los recursos que obtiene el Estado por el desarrollo de las Industrias Extractivas Minera e Hidrocarburífera, hecho que evidencia la importancia y necesidad de transparentar los pagos que por todo concepto realizan las empresas concesionarias, en este caso de los sectores minería e hidrocarburo, por la explotación de recursos naturales del Estado y las respectivas ganancias económicas obtenidas en un ejercicio.



En consecuencia, **corresponde que la entidad proporcione al recurrente la información respecto al pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico de los años 2015 a 2019 realizado por Telefónica del Perú S.A.A., así como las razones por las cuales no se habría realizado el cobro del canon respectivo, de ser el caso, y en tanto no implique que la entidad elabore un informe específico para atender dicho extremo, en aplicación del tercer párrafo del artículo 13° de la Ley de Transparencia, debiendo en todo caso comunicar de manera clara, precisa y veraz la inexistencia de la información tal como la ha solicitado el recurrente.**

Con relación al extremo de la solicitud de acceso a la información pública referido al proceso judicial contencioso administrativo contra la Resolución N° 98-2016-SDC-INDECOPI, así como la medida cautelar dictada por el 25° Juzgado Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima (requerimiento 3), la entidad alega su confidencialidad en virtud de lo previsto por el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, al tratarse de información que puede revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación de un proceso judicial en trámite.

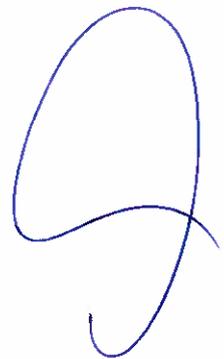
Respecto a la publicidad de los procesos judiciales, el numeral 4 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú ha establecido, como principio de la función jurisdiccional, su publicidad, salvo en los casos que determine la ley, por lo que se infiere que, tal como ocurre en materia de transparencia y acceso a la información pública, la publicidad de los procesos judiciales constituye la regla y la reserva de la información la excepción.

Concordante con dicha norma, el numeral 3 del artículo 39° de la Ley N° 30934, Ley que modifica la Ley de Transparencia, establece que los entes del sistema de justicia, incluyendo el Poder Judicial, tienen la obligación de hacer accesible al público la información que resulte relevante para el adecuado escrutinio de su labor, publicando en su portal de transparencia todas las sentencias judiciales y jurisprudencia sistematizada de fácil acceso por materias y sumilladas en lenguaje sencillo.

Por otro lado, si bien el principio de publicidad judicial fue introducido como una garantía para el imputado en un proceso penal²⁵, de modo que éste no se vea sujeto a decisiones arbitrarias de los jueces que desarrollen y decidan sobre sus derechos bajo un régimen de secreto, dicho principio de publicidad judicial alcanza también una dimensión colectiva al permitir el escrutinio de los ciudadanos sobre el accionar de los jueces, en la medida que son funcionarios que brindan un servicio público y su actuación debe ceñirse a la Constitución, la ley y el ordenamiento jurídico en general.



En ese orden de ideas, la necesidad de que los jueces sean objeto de un control permanente, no solo por parte de los órganos dispuestos para su selección, ratificación, o separación, sino por toda la ciudadanía, se sostiene, entre otros motivos, en que los procesos judiciales no solo definen el derecho aplicable a las partes, sino que la interpretación que le otorgan a las normas e instituciones jurídicas con las que estos se resuelven materializan el Derecho desde un punto de vista objetivo, sobre todo en los casos de los órganos judiciales que tienen la facultad de establecer precedentes judiciales de aplicación obligatoria, como la Corte Suprema de Justicia de la República o el Tribunal Constitucional.



Es así que la Constitución Política del Perú ha recogido el escrutinio de la labor de los jueces como uno de los principios esenciales de la función jurisdiccional, al prever en el numeral 20 del artículo 139° *“el derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales”*.

Por otro lado, la forma en que los ciudadanos pueden efectuar un seguimiento al desarrollo de un proceso judicial, incluso de naturaleza penal, es a través de las audiencias públicas, las cuales en algunos casos cobran gran relevancia al punto de ser transmitidas en vivo o difundidas a través de los medios de comunicación privados y estatales, siendo posible conocer no solo las posiciones

²⁵ Así lo recoge actualmente el numeral 2 del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

de las partes, las pruebas en las que sustentan sus pretensiones, o las objeciones a los argumentos de la parte contraria, sino incluso el contenido de las resoluciones o dictámenes emitidos en el curso de dicho proceso, cuando dichas decisiones se encuentran impugnadas en una instancia superior.

No obstante, para que el escrutinio de las actuaciones jurisdiccionales se realice con eficacia, y sobre la base de información verificable y objetiva, resulta necesario también que los actuados producidos al interior del proceso sean puestos a disposición de la ciudadanía en general, en la medida que solo conociendo los argumentos de ambas partes, las normas que invocan y las pruebas que presentan, y que figuran en los escritos que presentan ante el juez (demandas, recursos, opiniones técnicas, dictámenes) es posible garantizar que el derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, se ejerza de manera informada.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial de España, que en su Protocolo de Comunicación de la Justicia 2018²⁶, ha establecido lo siguiente:

“La experiencia acumulada en los años transcurridos desde la creación de las Oficinas de Comunicación ha demostrado que esta información no supone el quebranto del secreto sumarial ni perjudica el buen fin de la investigación, mientras que sí contribuye a poner en valor ante la ciudadanía el trabajo de jueces y magistrados y a facilitar la comprensión de sus decisiones judiciales. Debe tenerse en cuenta que es en la fase de instrucción donde se producen las denominadas “filtraciones” y los llamados “juicios paralelos”. Una política de transparencia, mediante la comunicación de información puntual, veraz, objetiva y responsable que permita ofrecer una idea cabal de la marcha del procedimiento judicial es el mejor modo de impedir lecturas interesadas o interpretaciones erróneas por parte de los implicados en el proceso o de terceros ajenos al mismo” (p. 11).

En todo caso, la Ley de Transparencia y otras leyes especiales establecen los límites al conocimiento público de los actuados judiciales, siempre que los mismos se deriven de la protección de otros derechos o bienes constitucionales protegidos, como la intimidad personal o familiar, la seguridad personal de testigos, la seguridad nacional o la seguridad ciudadana, la protección de la intimidad de niños, adolescentes o víctimas de delitos contra la libertad sexual y la protección misma de la imparcialidad judicial, conforme lo señala el artículo 357º del Código Procesal Penal, al establecer las razones por las cuales puede reservarse alguna actuación en fase del juicio oral.

Sobre la posibilidad de brindar acceso público a los actuados contenidos en un expediente judicial en trámite, dicha posibilidad no solo encuentra sustento en la necesidad de efectuar un escrutinio oportuno y objetivo de la labor jurisdiccional de los jueces, como parte de la dimensión colectiva del derecho de acceso a la información pública, sino que la misma ha sido admitida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en el Fundamento 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 3062-2009-PHD/TC, dicho colegiado ha precisado que:

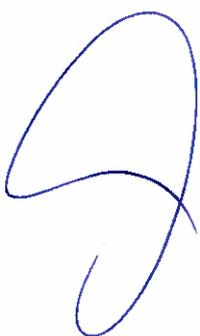
“(…) en los casos de solicitudes de copias de expedientes judiciales, cabe efectuar determinadas precisiones: a) si el expediente pertenece a un proceso judicial que aún no ha concluido, la información debe ser solicitada al juez que

²⁶ Protocolo disponible en el siguiente enlace web del Poder Judicial de España [file:///D:/Usuarios/fleon/Downloads/20181017%20Protocolo%20de%20Comunicaci%C3%B3n%20de%20la%20Justicia%202018%20\(3\).pdf](file:///D:/Usuarios/fleon/Downloads/20181017%20Protocolo%20de%20Comunicaci%C3%B3n%20de%20la%20Justicia%202018%20(3).pdf). Visitado el 27 de agosto de 2019.

conoce el proceso, dado que es éste el funcionario responsable de tal información; b) si el expediente pertenece a un proceso judicial que ya concluyó y se encuentra en el respectivo archivo, la información debe ser solicitada al funcionario designado por la institución o en su caso al Secretario General de la misma o a quien haga sus veces; c) en ambos casos, los funcionarios encargados de atender lo solicitado tienen la responsabilidad de verificar caso por caso y según el tipo de proceso (penal, civil, laboral, etc.) si determinada información contenida en el expediente judicial no debe ser entregada al solicitante debido a que afecta la intimidad de una persona, la defensa nacional o se constituya en una causal exceptuada por ley para ser entregada (por ejemplo, la "reserva" en determinadas etapas del proceso penal, el logro de los fines del proceso, etc.), bajo las responsabilidades que establece el artículo 4° de la Ley N.° 27806; d) el hecho de que un proceso judicial haya concluido no implica per se que "todos" los actuados de dicho proceso se encuentren a disposición de cualquier persona, sino que debe evaluarse si determinada información se encuentra exceptuada de ser entregada, debiendo, claro está, informar al solicitante las razones por las que no se entrega tal información; y e) si la solicitud de información sobre un proceso judicial se presenta ante un funcionario de la institución que no posee la información, éste debe, bajo responsabilidad, realizar las gestiones necesarias para que dicho pedido llegue al funcionario competente para efectivizar la entrega de información y ante cualquier duda hacer llegar lo solicitado al Secretario General de la misma o quien haga sus veces". (subrayado nuestro).



Si bien en dicha sentencia se indica que la solicitud de copias de un expediente judicial en trámite debe realizarse al juez de la causa, ello no implica que tal solicitud no pueda realizarse a otra entidad que cuente con dicha información. Asimismo, en esta sentencia el Tribunal Constitucional ha establecido, como línea de principio, que es posible el acceso a copias de un expediente judicial en trámite, por vía de una solicitud de acceso a la información pública. De acuerdo a la misma, la limitación para el acceso a copias de un expediente judicial no debe hacerse en razón a si el expediente se encuentra concluido o en trámite, sino en función a si dicho acceso pueda afectar la intimidad personal o familiar, o algunas de las otras causales de excepción contempladas en la Ley de Transparencia, y según el tipo de proceso y la etapa en que éste se encuentre, como el supuesto de la reserva de la investigación preparatoria establecido en el artículo 324° del Código Procesal Penal.



No obstante, en los Fundamentos 6 a 9 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2647-2014-PHD/TC, el Tribunal Constitucional efectuó una precisión a la jurisprudencia desarrollada en la precitada sentencia, al señalar que en aplicación del artículo 139° del Código Procesal Civil, la entrega de copias de un expediente en trámite se encuentra reservada solo a las partes, pudiendo la ciudadanía en general acceder a dichas copias cuando el proceso judicial se encuentre concluido. Sin embargo, el mencionado Tribunal Constitucional indicó expresamente, que la restricción al acceso público de copias de un expediente judicial en trámite, contenida en el artículo 139° del Código Procesal Civil, solo resultaba aplicable cuando lo que se solicitase fuesen copias certificadas, manteniendo en el caso de copias simples su doctrina establecida en la sentencia emitida en el Expediente N° 3062-2009-PHD/TC:

“Como se advierte, en los supuestos detallados no se desarrolla cómo proceder en casos como el de autos, siendo evidente que el tercer párrafo del artículo 139 del Código Procesal Civil es claro en relación a que la información puede ser entregada a cualquier persona cuando el proceso haya concluido, cuidando que

la información que se entregue no afecte aspectos personalísimos de quienes fueron parte en el respectivo proceso.

En ese sentido, cabe tener presente que el artículo 17 del Decreto Supremo 043-2003-PCM (Texto Único Ordenado de la Ley 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública), al regular como una excepción el ejercicio del derecho de acceso a la información, excluye la que es considerada confidencial, estableciendo en el inciso 6 que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de "(...) materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República".

Este marco permite establecer: a) que la demandante no es parte del proceso judicial en el que se han solicitado las copias; b) que el Código Procesal Civil expresamente refiere que, en esos casos, la información será entregada a terceras personas ajenas al proceso cuando dicho proceso haya culminado, siempre que no contenga información que pudiera ser considerada personalísima, esto es, previa evaluación; e) que el artículo 17, inciso 6, del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública, regula como excepciones válidas al ejercicio del derecho de acceso a la información pública las materias que sean exceptuadas por la Constitución o por ley aprobada por el Congreso de la República; y, d) que dicha excepción consta en un cuerpo normativo que tiene rango de ley, aprobado por delegación de facultades del Congreso de la República (Decreto Legislativo 768, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante Resolución Ministerial 10493-JUS).

Según lo expuesto, la demanda debe ser desestimada, toda vez que lo solicitado es la entrega de copias certificadas cuyo otorgamiento se encuentra expresamente regulado, como ha quedado anotado, supuesto distinto a la entrega de copias simples, lo que, conforme ha desarrollado este Tribunal en el Exp. 03062-2009-PHD/TC, es factible". (subrayado nuestro).

Ahora bien, en el caso materia de análisis la solicitud de información está referida a la situación del expediente judicial correspondiente a un proceso contencioso administrativo iniciado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el acto administrativo contenido en la Resolución N° 098-2016/SDC-INDECOP²⁷, mediante el cual se declaró como "... barrera burocrática carente de razonabilidad la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles, contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC y en los Oficios 5903-2012-MTC/12 del 27 de febrero de 2012 y 17727-2012-MTC/27 del 11 de junio de 2012 (...)", por lo que no cabe duda que se trata de documentación con la que cuenta la entidad (subrayado nuestro).

En ese sentido, si bien el análisis precedente sobre la publicidad de un expediente judicial por parte del Poder Judicial tiene razón de ser, entre otros, en el derecho de la ciudadanía a ejercer la fiscalización y crítica de la labor jurisdiccional y de los pronunciamientos judiciales, la publicidad de la situación de un proceso judicial a cargo de una entidad constituye un mecanismo de la ciudadanía para ejercer, a su vez, un control o fiscalización de la actuación de los procuradores y la respectiva entidad en la defensa de los intereses del Estado, pues la transparencia de dicha labor de defensa constituye una garantía -y un incentivo- de que los servidores responsables de ejercer tal función la realicen de la mejor manera.

²⁷ Disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam

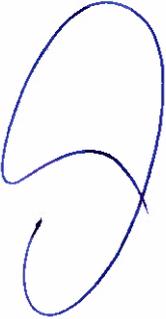
Por otro lado, es importante advertir que la controversia del referido procedimiento judicial versa sobre la razonabilidad de la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico, es decir, la debida fundamentación técnica de la fórmula empleada para tal efecto, sistemática que fue aprobada por la norma reglamentaria de la Ley de Telecomunicaciones.

En consecuencia, es evidente que la discusión judicial trata sobre el sustento técnico, legal y razonable de un diseño normativo, que en muchas ocasiones se encuentra desarrollado en una exposición de motivos, de modo que al tratarse la controversia judicial sobre la legitimidad de una norma de aplicación general, no existe ningún aspecto de defensa que esté referida a la protección de un dato que pueda resultar confidencial, tan es así, que el desarrollo legislativo de una determinada norma y todos sus antecedentes constituye información de absoluta naturaleza pública, tal como ocurre, por ejemplo, con las normas emitidas por el Congreso de la República, cuyos antecedentes, documentos sustentatorios, informes, opiniones y demás documentación relacionada se encuentra a disposición de la ciudadanía en el respectivo portal web del Poder Legislativo, siendo incluso de naturaleza pública las sesiones de debate en las respectivas comisiones y plenos congresales.

Con relación a la confidencialidad de las estrategias de defensa en un proceso administrativo, judicial o arbitral de una entidad, cabe señalar que toda documentación que contenga las opiniones, recomendaciones o informes a ser utilizados en la respectiva defensa de los intereses del Estado tendrán la calidad de estrategia en tanto no haya sido expuesta en el respectivo procedimiento, pues una vez planteado como argumento de defensa pierde su condición de “*estrategia a adoptarse*”, al ser evidente que tales argumentos y fundamentos son de conocimiento de la parte contraria, careciendo de razonabilidad mantener en reserva los mismos, pues no existe impedimento legal alguno para que la parte contraria último pueda publicitar los argumentos planteados por la entidad en el respectivo proceso.



A mayor abundamiento, y solo a modo referencial, en los procesos judiciales con sentencia emitida en primera instancia, es claro que la respectiva resolución debe recoger todos los argumentos y medios probatorios -merituados- que fueron ofrecidos por las partes, de modo que al existir la obligación de publicitar las sentencias judiciales, resulta evidente que tal publicidad pone de manifiesto las posiciones de las partes, incluyendo sus “*estrategias*”, no siendo razonable sostener que dichos argumentos de defensa tienen la calidad de confidenciales.



Sin perjuicio de lo anotado, cabe añadir que la entidad no ha acreditado de qué forma o en qué medida la totalidad de la información contenida en el expediente judicial solicitado contenga la alegada “*estrategia a adoptarse*” en la defensa de sus intereses, más aún si en aplicación de los artículos 13° y 18° de la Ley de Transparencia, así como en los pronunciamientos constitucionales citados precedentemente, le corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones probar la existencia del referido supuesto de excepción, que incluso debe ser interpretado de manera restrictiva al tratarse de una limitación a un derecho fundamental.

En consecuencia, advirtiendo que en el presente caso el expediente judicial contencioso administrativo esta referido a dilucidar la legalidad -razonabilidad- de la metodología o forma de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico, el cual se encuentra contenida en una norma reglamentaria de absoluta naturaleza pública, y la “*estrategia*” de la entidad fue expuesta en el

referido proceso judicial, perdiendo con ello la calificación "a adoptarse" prevista por la norma, se concluye que los argumentos de defensa de la entidad, así como toda la documentación contenida en el respectivo proceso judicial, no califica en el supuesto de excepción previsto por el numeral 4 del artículo 17° de la Ley de Transparencia, **por lo que corresponde que la entidad entregue al recurrente la información solicitada en este extremo.**

Finalmente, en virtud de lo previsto por el artículo 30° del Reglamento de la Ley de Transparencia, aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, en aplicación de 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 en el numeral 1 del artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1353, así como lo establecido en el numeral 111.1 del artículo 111° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS²⁸, en atención de la abstención del Vocal Segundo Ulises Zamora Barboza;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR FUNDADO el recurso de apelación presentado por **MARCELO GABRIEL CASTILLA BAEZ**, debiendo **REVOCARSE** lo dispuesto por el **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** en el correo electrónico de respuesta de fecha 7 de mayo de 2019; y, en consecuencia, **ORDENAR** a la entidad que entregue la información denegada al recurrente, conforme a lo expuesto en la parte considerativa, previo pago del costo de reproducción, de ser el caso.

Artículo 2.- SOLICITAR al **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES** que, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, acredite el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

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 Secretaria Técnica del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la notificación de la presente resolución al ciudadano **MARCELO GABRIEL CASTILLA BAEZ** y al **MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**, de conformidad con lo previsto en el artículo 18° de la norma antes citada.

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



MARIA ROSA MENA MENA
Vocal Presidenta



PEDRO CHILET PAZ
Vocal

vp: pcp

²⁸ En adelante, Ley N° 27444.

